

# TE OGH 1983/3/10 130s18/83

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.03.1983

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 10.März 1983 unter dem Vorsitz des Hofrats des Obersten Gerichtshofs Dr. Schneider, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Müller, Dr. Kießwetter, Dr. Felzmann und Dr. Brustbauer als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Jackwerth als Schriftführers in der Strafsache gegen Werner A und einen anderen wegen des Verbrechens der Hehlerei nach § 164 Abs 1 Z. 2, Abs 2 und Abs 3 StGB über die vom Angeklagten Werner A gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengerichts vom 21.September 1982, GZ. 3 b Vr 5698/81-115, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrags des Berichterstatters, Hofrats des Obersten Gerichtshofs Dr. Müller, der Ausführungen des Verteidigers DDr. Stern und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalts Dr. Hauptmann, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Gemäß § 290 Abs 1 StPO wird jedoch das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch, der Angeklagte Werner A habe (auch) die ihm im insoweit rechtskräftigen Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 25.November 1981, GZ. 3 a Vr 5698/81-72, zu Punkt I 1 angelastete Hehlerei gewerbsmäßig betrieben und es seien ihm die Umstände bekannt gewesen, daß die mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen, aus der die zu Punkt I 1 genannte Sache stammt, aus einem anderen Grund als wegen gewerbsmäßiger Begehung mit einer Freiheitsstrafe bedroht ist, die fünf Jahre erreicht, ferner in der rechtlichen Unterstellung der unter I 1 genannten Tat auch unter § 164 Abs 3 StGB sowie im Strafausspruch aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z. 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Werner A wird für das ihm nach dem unberührt gebliebenen Teil des Schuldspruchs weiterhin zur Last fallende Verbrechen der Hehlerei nach § 164 Abs 1 Z. 2, Abs 2 und Abs 3, zweiter und dritter Fall, StGB gemäß § 164 Abs 3 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 20 (zwanzig) Monaten verurteilt.

Gemäß § 38 Abs 1 StGB wird dem Angeklagten Werner A die Vorhaft vom 19.Februar 1981, 8,45 Uhr bis 21.September 1982, 11,45 Uhr, auf die verhängte Freiheitsstrafe angerechnet.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte hierauf verwiesen. Gemäß § 390 a StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Der am 15.Juli 1944 geborene Werner A war (neben einem andern) in einem ersten Rechtsgang (mit Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 25.November 1981, GZ. 3 a Vr 5698/81-72) des Verbrechens der Hehlerei

nach § 164 Abs 1 Z. 2, Abs 2 und Abs 3 StGB (nach dessen zweitem und drittem Fall, dem Schuldspruch, nicht aber der rechtlichen Subsumtion zufolge, auch nach dem ersten Anwendungsfall: Wert über 100.000 S) schuldig erkannt worden. Darnach hat er in Wien (zu I) Sachen in einem 5.000 S übersteigenden Wert, die Nachgenannte durch eine mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen erlangt hatten, gekauft, und zwar:

(zu 1) Anfang 1980 ein Funkgerät der Marke Grundig im Wert von 4.800 S des Helmut B, das ein unbekannter Täter am 5. Dezember 1979 durch Einbruch in dessen Personenkraftwagen erlangt hatte; (zu 2) im Oktober 1980 Photoapparate, eine Filmkamera und zwei Ferngläser, jeweils der Marke Minolta, in einem festgestellten Wert von insgesamt 78.820 S sowie je zwei weitere Photoapparate und Filmkameras derselben Marke, deren Wert nicht festgestellt wurde, und einen blauen Kunststoffkoffer mit der Aufschrift 'Minolta', wobei das Gericht einen Gesamtwert aller dieser Gegenstände von über 100.000 S annahm, die der abgesondert verfolgte Gerhard C in der Nacht zum 11. Juni (richtig: Juli - S. 289/I in ON. 14) 1980 durch Einbruch in die Geschäftsräumlichkeiten der Firma D, Vertriebsgesellschaft m.b.H., erlangt hatte, wobei Werner A die Hehlerei gewerbsmäßig betrieb und die mit Strafe bedrohte Handlung, aus der die Sachen stammen, aus einem anderen Grund als wegen gewerbsmäßiger Begehung mit einer fünf Jahre erreichenden Freiheitsstrafe bedroht ist, und dem Werner A die Umstände bekannt waren, die diese Strafdrohung begründen.

In Stattgebung der gegen diesen Schuldspruch ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde hat der Oberste Gerichtshof (u.a.) den Angeklagten A betreffend das angefochtene Urteil in den Aussprüchen, daß der Wert der von Werner A verhehlten Sachen 100.000 S übersteigt, er ferner die Hehlerei gewerbsmäßig betrieb, die mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen, aus der die Sachen stammen, insoweit der von ihr betroffene Wert 100.000 S übersteigt, aus einem anderen Grund als wegen gewerbsmäßiger Begehung mit einer fünf Jahre erreichenden Freiheitsstrafe bedroht ist, und ihm die Umstände bekannt waren, wonach die mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen, aus der die Sachen stammen, aus einem anderen Grund als wegen gewerbsmäßiger Begehung mit einer fünf Jahre erreichenden Freiheitsstrafe bedroht ist, ferner in der Unterstellung unter § 164 Abs 3, zweiten und dritten Fall, StGB und demgemäß auch im Strafausspruch aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung (auch) in diesem Umfang an das Erstgericht zurückverwiesen.

Nach dem nunmehr angefochtenen Urteil des Schöffengerichts hat der Angeklagte Werner A die ihm im insoweit rechtskräftigen Urteil vom 25. November 1981 unter I 1 und 2

als verhehlt angelasteten Gegenstände (in einem jedoch 100.000 S nicht übersteigenden Wert) gewerbsmäßig angekauft, wobei überdies die mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen, aus der die Sachen stammen, aus einem anderen Grund als wegen gewerbsmäßiger Begehung mit einer Freiheitsstrafe bedroht ist, die fünf Jahre erreicht, und Werner A die Umstände bekannt waren, die diese Strafdrohung begründen.

Dementsprechend wurde Werner A des Verbrechens der Hehlerei (wie insoweit wohl schon nach dem rechtskräftigen Schuldspruch im ersten Rechtsgang) nach § 164 Abs 1 Z. 2, Abs 2 und (nunmehr abermals nach) Abs 3, zweitem und dritten Fall, StGB schuldig erkannt.

Der Angeklagte bekämpft abermals die Tatqualifikationen nach § 164 Abs 3 StGB, diesmal mit einer die Z. 4

und 5 des § 281 Abs 1 StPO anrufenden Nichtigkeitsbeschwerde. In der Verfahrensrüge (§ 281 Abs 1 Z. 4 StPO) wendet er sich gegen die Abweisung seines in der Hauptverhandlung gestellten Antrags auf Einholung einer Lohnbestätigung von der Firma Herbert E zum Beweis für die Richtigkeit seiner Verantwortung, er habe in dem angegebenen Zeitraum für diese Firma als Vertreter gearbeitet und aus Provisionen ein entsprechendes Einkommen erzielt (S. 228/II). Das Gericht hat diesen Beweis Antrag in der Hauptverhandlung 'wegen Spruchreife' abgewiesen (S. 228/II) und seine Entscheidung im Urteil näher dahin begründet, daß die unter Beweis gestellte Tatsache durchaus möglich, aber rechtlich unerheblich sei (S. 247/II). Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, daß das Hauptargument für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit seines Vorgehens sein geringes Einkommen gewesen wäre und das Urteil an anderer Stelle davon ausgehe, er habe zur Tatzeit (nur) einen durchschnittlichen Monatsverdienst von 10.000 S gehabt (S. 239/II), während er bei der Firma E netto 25.000 S hätte verdienen können. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, daß das Erstgericht die Feststellung gewerbsmäßigen Handelns des Angeklagten, der bei seinen Lebensverhältnissen neben einem regulären Einkommen 'noch beträchtliche Zubeußen aus anderen Erwerbsquellen benötigte' (S. 245/II), damit begründete, daß er zwei Vorstrafen wegen Hehlerei aufweist, dem Mitangeklagten F als Hehler bekannt war, beim Ankauf des Diebsguts den Preis in der Art eines professionellen Hehlers drückte, die Tat wiederholte und es um einen hohen Wert ging (S. 246). An dieser Argumentation hätte sich nun auch nichts geändert, wenn von einem

monatlichen Einkommen des Angeklagten von 25.000 S ausgegangen worden wäre, zumal die Annahme der Gewerbsmäßigkeit - die das Schöffengericht hier ausdrücklich in dem 'zur Aufrechterhaltung seines (aufwendigen: S. 245/II) Lebenswandels notwendigen' Erwerb der Gegenstände durch den Angeklagten zum Weiterverkauf erblickte (S. 246/II) - keineswegs voraussetzt, daß die wiederkehrende Begehung strafbarer Handlungen gegen fremdes Vermögen die einzige oder überwiegende Einnahmsquelle des Täters darstellt. Im übrigen hat der Beschwerdeführer zwar angegeben, daß 10.000 S nur sein Fixum waren und man insgesamt bei der Firma E 25.000 S verdienen könne, ohne sie zu versteuern (S. 212/II), ein tatsächlich erzielt Einkommen in dieser Höhe aber niemals, so insbesondere auch nicht in dem gegenständlichen Beweisantrag, behauptet.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Verfahrensrüge erweist sich daher als unbegründet. In der aus dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z. 5 StPO erhobenen Mängelrüge bezeichnet der Beschwerdeführer die vom Erstgericht für die Feststellung der Gewerbsmäßigkeit seines Handelns und des Wissens um die Herkunft des verhehlten Guts aus einem Einbruchsdiebstahl angegebenen Gründe als bloße Scheinbegründung, die sich nicht auf den Denkgesetzen entsprechende Schlußfolgerungen stützen könne; eine Begründung mit 'präsumtiv' und 'professionell' habe der Oberste Gerichtshof bereits in seinem aufhebenden Erkenntnis als unzureichend abgelehnt (S. 177/II). Bei den damit (übrigens nur für das Wort 'professionell' zutreffend) bezogenen Ausführungen ging es jedoch darum, daß die seinerzeitige Wiedergabe des Eindrucks des Zeugen C, A mache solche Einkäufe (gemeint: wie den gegenständlichen) 'professionell', eine eindeutige Feststellung über die gewerbsmäßige Tendenz des Hehlers ebenso wenig ersetzen konnte, wie die Bezeichnung der gegenständlichen Tat als 'professioneller Kauf'. Die Aufhebung des im ersten Rechtsgang erflossenen Urteils war demnach - hinsichtlich der Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit - wegen des Fehlens einer eindeutigen Feststellung über ihr Vorliegen erforderlich und nicht etwa, weil eine solche Feststellung, wie es nun der Fall ist, getroffen und - neben anderen Argumenten - mit 'professioneller' Vorgangsweise des Beschwerdeführers begründet wurde. Daß sich aus der Erkenntnis, ein Hehler handle in professioneller Manier, ein den Denkgesetzen entsprechender Schluß auf die sein Vorgehen bestimmende gewerbsmäßige Tendenz ziehen läßt, kann ebenso wenig bezweifelt werden, wie die Schlüssigkeit der weiteren, oben bereits teilweise wiedergegebenen Argumente des Erstgerichts zu den Konstatierungen zur subjektiven Tatseite. Die ausführliche, sämtliche Besonderheiten des Tatgeschehens erörternde Begründung des Schöffensenats, insbesondere auch zur Frage des Wissens des Beschwerdeführers um die Herkunft der von ihm verhehlten Waren aus einem Einbruchsdiebstahl, ist vielmehr mängelfrei. Die dagegen gerichteten Beschwerdeausführungen stellen in Wahrheit nur einen im Nichtigkeitsverfahren unzulässigen Angriff auf die erstgerichtliche Beweiswürdigung dar.

Bei der Behandlung der sohin zu verwerfenden Nichtigkeitsbeschwerde zeigte sich jedoch, daß das angefochtene Urteil an anderen, vom Beschwerdeführer nicht geltend gemachten materiellen Nichtigkeiten (§ 281 Abs 1 Z. 9 lit b und Z. 11 StPO) leidet, die sich zu dessen Nachteil auswirken und daher gemäß § 290 Abs 1 StPO von Amts wegen aufzugreifen sind:

Im ersten Rechtsgang waren die Qualifikationen des § 164 Abs 3 StGB lediglich bezüglich des Faktums I/2

(Verhehlung der von Gerhard C durch Einbruch gestohlenen Waren) angenommen worden (S. 84, 87/II). Nur darauf erstreckte sich die seinerzeitige Anfechtung durch den Beschwerdeführer. Mit dem Erfolg seiner Beschwerde war daher vom aufhebenden Erkenntnis des Obersten Gerichtshofs der Schuldspruch 'im übrigen', so insbesondere zu I/1 - Verhehlung des dem Werner B durch Einbruch gestohlenen Funkgeräts - nicht betroffen worden und daher unberührt geblieben (S. 170/II). In diesem Umfang wäre daher dieser in (Teil-) Rechtskraft erwachsene Schuldspruch dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis des zweiten Rechtsgangs unverändert zugrunde zu legen gewesen (vgl. 12 Os 42/82). Durch die Qualifikation auch dieser Tat (I/1) nach § 164 Abs 3, zweitem und drittem Fall, StGB statt einer ausdrücklichen Beschränkung des Ausspruchs über die diesbezügliche rechtliche Subsumtion auf den eingeschränkten Gegenstand des zweiten Rechtsgangs (I/2) verstieß das Schöffengericht gegen den insbesondere aus den Bestimmungen des XX. Hauptstücks der Strafprozeßordnung hervorgehenden Grundsatz der materiellen Rechtskraft, indem es unzulässigerweise den bereits rechtskräftigen, die in Rede stehenden Qualifikationen nicht enthaltenden Schuldspruch abänderte.

Soweit auch zu I 1 des Schuldspruchs die Qualifikationen nach § 164 Abs 3 (zweiter und dritter Fall) StGB

angenommen wurde, war der Schuldspruch daher zu kassieren. Im angefochtenen Urteil wird dem Angeklagten die

Vorhaft gemäß § 38 Abs 1 Z. 1 StGB (nur) vom 25. November 1981, 13,00 Uhr, bis 21. September 1982, 11,45 Uhr, auf die Strafe angerechnet, weil das Erstgericht ersichtlich von der (unrichtigen) Annahme ausging, die (vorangegangene) weitere Vorhaft vom 19. Februar 1981, 8,45 Uhr, bis 25. November 1981, 13,00 Uhr, sei bereits im ersten Rechtsgang (S. 87/II) rechtswirksam angerechnet worden. Dabei übersah es jedoch, daß der Oberste Gerichtshof dieses Urteil (auch) im Strafausspruch (S. 171/II) und damit auch im Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft aufgehoben hat (LSK. 1977/277), sodaß die Vorhaft zur Vermeidung eines Nachteils für den Angeklagten im zweiten Rechtsgang (neuerlich) ihrem gesamten Umfang nach anzurechnen gewesen wäre. Der Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft war daher gemäß § 290 Abs 1 StPO spruchgemäß zu ergänzen, wobei dem Angeklagten A, der am 5. November 1982 um 13 Uhr enthaftet wurde (S. 269/II), die bis zur Fällung des Urteils erster Instanz in Vorhaft zugebrachte Zeit (siehe § 400 StPO) urteilsmäßig auf die Strafe anzurechnen war (S. 228/II).

Bei der durch die Änderung des Schuldspruchs erforderlich gewordenen Neubemessung der Strafe, die nach § 164 Abs 3 StGB zu verhängen war, konnte der Gerichtshof, wie schon das Erstgericht, als erschwerend die einschlägigen Vorstrafen, den hohen Schaden, die (zu I 2 weiterhin gegebene) doppelte Qualifikation (nach § 164 Abs 3 StGB) und den raschen Rückfall (schon ab Anfang 1980 nach einer erst mit 19. September 1979 vollzogenen letzten Strafhaft), als mildernd hingegen das Teilgeständnis und die Schadensgutmachung werten.

Das Geständnis des Angeklagten war schon vom Schöffensenat, weil die belastenden Qualifikationen nicht umfassend, zutreffend nur als Teilgeständnis gewertet worden. Von der Verleitung durch andere kann bei einem gewerbsmäßigen Hehler vom Format des Angeklagten A unter den gegebenen Umständen ebensowenig die Rede sein wie von der Ausnützung einer 'aufstoßenden' (gemeint wohl: besonders verlockenden) Gelegenheit, die ja nicht schlechthin immer schon dann angenommen werden kann, wenn einem Hehler Diebsbeute angeboten wird (Leukauf-Steininger2 RN. 15 zu § 34 StGB). Auf der Basis der vorstehend angeführten (besonderen) Strafzumessungsgründe und der allgemeinen Strafbemessungsnormen (§ 32 StGB) erscheint angesichts des etwas eingeschränkten Schuldspruchs eine Freiheitsstrafe von zwanzig Monaten angemessen.

Mit seiner Berufung war der Angeklagte auf die vom Obersten Gerichtshof vorgenommene Strafneubemessung zu verweisen.

#### **Anmerkung**

E04081

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1983:0130OS00018.83.0310.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19830310\_OGH0002\_0130OS00018\_8300000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)