

# TE OGH 1982/12/16 120s42/82

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.12.1982

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 16. Dezember 1982

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Breycha, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Keller, Dr. Kral, Dr. Horak und Dr. Lachner als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Hankiewicz als Schriftführer in der Strafsache gegen Albin A wegen des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs. 1 und Abs. 4 2. Fall (§ 81 Z 1) StGB über die von der Generalprokuratur gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien vom 29. September 1981, GZ 25 Bs 348/81-ON 13 in 11 a E Vr 1492/80 des Kreisgerichtes Wiener Neustadt erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Keller und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Kodek zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

## Text

Gründe:

Mit Urteil des Kreisgerichtes Wr. Neustadt vom 10. Dezember 1980, ON 8, wurde Albin A des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach dem § 88 Abs. 1, Abs. 4, zweiter Fall (§ 81 Z 1) StGB schuldig erkannt und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, weil er am 11. Oktober 1980 in Gloggnitz dadurch, daß er als Lenker eines PKW mit einem Blutalkoholgehalt von mindestens 1,1 ‰ die im Straßenverkehr erforderliche Aufmerksamkeit und Vorsicht nicht anwandte und eine für den Straßenverlauf (Linkskurve) relativ und absolut überhöhte Geschwindigkeit von mindestens 80 km/h einhielt, somit unter besonders gefährlichen Verhältnissen, sodaß das Fahrzeug nach rechts von der Fahrbahn abkam, gegen einen Betonmast stieß und von diesem zurück auf die Fahrbahn prallte, fahrlässig seine beiden Mitfahrer am Körper schwer verletzte. Abweichend vom Strafantrag (ON 3) nahm das Gericht nicht die Qualifikation der Z 2, sondern die der Z 1 des § 81 StGB an, weil es - was allerdings den Urteilsgründen nicht deutlich zu entnehmen ist - der Verantwortung des Beschuldigten, er habe zur Zeit des Alkoholkonsums noch nicht beabsichtigt, sein Fahrzeug anschließend in Betrieb zu nehmen und sei dazu erst durch seine Begleiter überredet worden, folgte. Aus der Alkoholbeeinträchtigung im Zusammenhalt mit der überhöhten Fahrgeschwindigkeit leitete es die für die Qualifikation nach dem § 81 Z 1 StGB erforderliche extrem hohe Unfallwahrscheinlichkeit ab. Das Oberlandesgericht Wien gab nach (teilweiser) Wiederholung des Beweisverfahrens mit Urteil vom 29. September 1981, ON 13 (25 Bs 348/81) der auf die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs. 1 Z 5 und 9 lit a (richtig 10) StPO gestützten Berufung des Angeklagten gegen das eingangs zitierte Urteil dahin Folge, daß aus dem angefochtenen Urteil der Ausspruch über die Begehung der Tat unter besonders gefährlichen Verhältnissen und damit die Qualifikation nach dem zweiten Fall des § 88 Abs. 4 StGB in Beziehung auf § 81 Z 1 StGB ausgeschaltet und über den Angeklagten nach

dem ersten Strafsatz des § 88 Abs. 4 StGB eine Geldstrafe verhängt wurde. In den Entscheidungsgründen brachte das Berufungsgericht zum Ausdruck, daß eine Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um maximal 10 km/h (wobei es allerdings die sich aus der Verwendung des Abblendlichts ergebende zusätzliche Beschränkung der Geschwindigkeit außer acht ließ und nur auf die örtliche Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h abstellte) und ein Blutalkoholgehalt von 1,1 ‰ bei den zur Nachtzeit gegebenen Verkehrsverhältnissen noch keine qualitativ verschärfte Gefahrenlage im Sinne einer außergewöhnlich hohen Unfallwahrscheinlichkeit begründeten. Das Berufungsgericht fügte bei, daß nicht unerwähnt bleiben solle, daß zwar im Zuge der vorgenommenen Beweisergänzung erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der Verantwortung des Angeklagten, wonach er sein Fahrzeug nicht mehr in Betrieb nehmen wollte und hiezu erst überredet wurde, hervorgekommen seien. Da die Anklagebehörde jedoch die Nichtannahme der Tatqualifikation im Sinne der Z 2 des § 81 StGB unbekämpft gelassen habe, könne darauf nicht Bedacht genommen werden, weil sich das Berufungsgericht auf die in Beschwerde gezogenen Punkte zu beschränken habe. Die Bestimmung des § 477 Abs. 1 StPO verbiete jedes amtswegige Vorgehen, soweit es nicht zum Vorteil des Angeklagten geschehe.

Aus den nachstehend in extenso angeführten Gründen vermeint die Generalprokuratur, daß die dargestellte Vorgangsweise des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht mit dem Gesetz nicht im Einklang stehe:

### **Rechtliche Beurteilung**

'Die - gemäß dem § 489 Abs. 1 StPO bei Berufungen gegen einzelrichterliche Urteile der Gerichtshöfe anzuwendenden - gesetzlichen Bestimmungen über das Berufungsverfahren gegen bezirksgerichtliche Urteile enthalten keine Vorschrift des Inhaltes, wie das Berufungsgericht vorzugehen hat, wenn materiellrechtliche Nichtigkeitsgründe (§ 281 Abs. 1 Z 9 bis 11 StPO) vorliegen (vgl § 475 StPO). Es kommen daher analog die entsprechenden Bestimmungen des Nichtigkeitsverfahrens zur Anwendung. Wurde also in einer Berufung gegen das Urteil eines Bezirksgerichtes oder Einzelrichters einer der vorgenannten Nichtigkeitsgründe geltend gemacht und erachtet das Berufungsgericht diesen für gegeben, dann muß es in Ermangelung einer besonderen Bestimmung so vorgehen, wie der Oberste Gerichtshof vorzugehen hat, wenn das Urteil eines Schöffens- oder Geschworenengerichtes wegen eines materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes bekämpft wird und diese Rechtsrüge begründet ist. In solchen Fällen muß demnach (vgl § 288 Abs. 2 Z 3 StPO) das Urteil des Erstgerichtes, soweit es durch den Nichtigkeitsgrund berührt wird, aufgehoben werden; je nach der Lage des Falles ist sodann in der Sache selbst zu erkennen oder die Sache, sei es zur Gänze, sei es im Umfang der Aufhebung, an das Erstgericht zurückzuverweisen (siehe die bei Mayerhofer/Rieder unter Nr 4 zu § 473

StPO zitierten Entscheidungen).

Materiellrechtlich ist vorliegend davon auszugehen, daß der höhere Strafsatz des § 88 Abs. 4 StGB an das Vorliegen zweier rechtlich gleichwertiger Qualifikationen des Grundtatbestandes, nämlich der Fälle des § 81 Z 1 (besonders gefährliche Verhältnisse) und Z 2 (Rauschzustand) StGB geknüpft ist. Anders als § 81 StGB (vgl ZVR 1976/33, mit Anmerkung Melnizky; Burgstaller im Wiener Kommentar, RN 6;

Steininger-Leukauf, Komm zum StGB<sup>2</sup>, RN 3 je zu § 81) stellen § 88 Abs. 3 und 4, zweiter Fall, StGB keine selbständigen Tatbestände dar; sie normieren vielmehr strafsaterhöhende Umstände in bezug auf § 88 Abs. 1 bzw Abs. 4, erster Fall StGB (vgl ZVR 1980/26, mit Anmerkung Melnizky; Steininger-Leukauf, aaO, RN 9 zu § 88; teilweise abweichend Kienapfel, BT I, RN 446, 452, 460, 462, der auch im § 88 Abs. 4, zweite Alternative, StGB zwei selbständige Tatbilder sieht).

Hat ein Erstgericht rechtlich gleichwertige Qualifikationen (rechtsirrig) vertauscht, wäre also - von seinen Feststellungen ausgehend - bei richtiger rechtlicher Beurteilung die Tat nicht der von ihm angenommenen aber einer anderen gleichwertigen Qualifikation (zB Einsteigen statt Einbrechen im Sinne des § 129 Z 1 StGB) zu unterstellen, so ist nach überwiegender Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes - ebenso wie in Fällen, in denen nicht das vom Erstgericht angeführte, aber ein anderes, rechtlich gleichwertiges Tatbestandsmerkmal gegeben ist - eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht zugunsten des Angeklagten ausgeführt und daher zu verwerfen (oder zurückzuweisen), das Ersturteil aber allenfalls richtigzustellen (vgl die bei Mayerhofer/Rieder zu § 282 StPO unter I A, B und C zitierten Entscheidungen; EvBl 1979/236 = LSK 1979/212; EvBl 1980/211; LSK 1981/88; so auch Bertel, Grundriß S 160). Im vorliegenden Fall war allerdings im Hinblick auf die vom Erstgericht getroffenen, die Vorwerfbarkeit des Fahrens im berauschten Zustand verneinenden Feststellungen auf deren Grundlage dem Berufungsgericht das Heranziehen der Qualifikation nach dem § 81 Z 2 StGB nicht möglich. Fehlt es an nach Lage des Falles möglichen, zur umfassenden

rechtlichen Beurteilung der Strafsache ausreichenden Feststellungen, so ist das Verfahren grundsätzlich zu ergänzen, wobei im Berufungsverfahren gegen einzelrichterliche (oder bezirksgerichtliche) Urteile auch eine Beweiswiederholung durch das Berufungsgericht in Betracht kommt. Wird die Entscheidungsgrundlage als unzulänglich erkannt, so darf dies nicht zu einer nach Ansicht des Berufungsgerichtes verfehlten rechtlichen Beurteilung führen, sondern ist die Ergänzung dieser Feststellungen erforderlich (§ 470 Z 3; 473 Abs. 2

(489) StPO).

Die vom Berufungsgericht vorliegend herangezogene Regelung des § 477 Abs. 1 StPO, aus der es die vermeintliche Unzulässigkeit amtswegigen Eingehens auf die Frage der Qualifikation nach dem § 81 Z 2 StGB ableitete, besagt für diese Frage nichts: § 477 Abs. 1 StPO ordnet im ersten Satz die Beschränkung auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte an und anerkennt damit ua die Möglichkeit partieller Rechtskraft des Urteils (siehe § 288 Abs. 2, 289 StPO), die im Umfang unterbliebener Anfechtung eintritt und auch vom Berufungsgericht - von den Fällen des zweiten Satzes dieser Gesetzesstelle abgesehen - zu beachten ist (vgl. SSt 47/11). Hat das Erstgericht hingegen, ausgehend von bedenklichen Tatsachenfeststellungen oder einer unrichtigen Rechtsansicht, eine unzutreffende Qualifikation herangezogen, das Vorliegen einer anderen - in Wahrheit gegebenen - rechtlich gleichwertigen Qualifikation jedoch verneint, so ist diese Ablehnung einer bestimmten Qualifikation nicht der selbständigen Rechtskraft fähig, die Entscheidung über ihr Vorliegen steht vielmehr in einem zu berücksichtigenden Zusammenhang mit der über die angenommene Qualifikation. Über die Berechtigung des Berufungsbegehrens kann nämlich erst erkannt werden, wenn feststeht, daß die vom Erstgericht herangezogene Qualifikation - hier des zweiten Falles des § 88 Abs. 4

StGB - nicht in einem anderen als dem von diesem bezeichneten, rechtlich gleichwertigen Umstand begründet ist. Nur in diesem Fall ist der Berufungswerber durch die erstgerichtliche Entscheidung beschwert, und seinem Rechtsmittel Folge zu geben.

Das Berufungsgericht bedurfte daher vorliegend zum Eingehen auf die Frage des Vorliegens des Qualifikationsgrundes des § 81 Z 2 StGB nicht einer diesbezüglichen Anfechtung des erstinstanzlichen Schuldspruchs (in der Tatbeurteilung nach dem § 81 Z 1 StGB) durch die Staatsanwaltschaft. Diese hatte zu einem Rechtsmittel keinen Anlaß, weil der ihrer Ansicht nach jedenfalls anzunehmende höhere Strafsatz des § 88 Abs. 4 StGB vom Erstgericht ohnedies herangezogen wurde; da eine doppelte Zurechnung des Fahrens im berauschten Zustand durch Annahme beider Fälle des § 88 Abs. 4 zweiter Fall (§ 81 Z 1 und Z 2) StGB - wenn auch an sich bei anders gelagerten Sachverhalten denkbar (siehe Leukauf-Steininger, RN 33 zu § 81 StGB) - von der Anklagebehörde hier niemals angestrebt worden war, hätte sie ihrem Rechtsstandpunkt nur durch eine teilweise auch zugunsten des Angeklagten ausgeführte Berufung Rechnung tragen können, wobei ihre Legitimation hiezu mangels eines echten Beschwerdeinteresses zumindest sehr zweifelhaft gewesen wäre (vgl. abermals die bei Mayerhofer/Rieder zu § 282 StPO unter I A und B zitierten Entscheidungen).

Die Regelung des zweiten Satzes des § 477 Abs. 1 (§ 290 Abs. 1) StPO findet im vorliegenden Fall keine Anwendung:

Gewiß kommt ein amtswegiges Vorgehen der Rechtsmittelinstanz wegen unrichtiger Gesetzesanwendung durch das Erstgericht nur zum Vorteil des Angeklagten in Betracht; vorliegend handelt es sich jedoch weder um ein amtswegiges Vorgehen zum Vorteil des Angeklagten, der den seiner Ansicht nach gegebenen Subsumtionsirrtum ohnedies geltend machte, noch wird zum Nachteil des Angeklagten vorgegangen, sondern lediglich geprüft, ob die unrichtige Anwendung einer Qualifikationsnorm durch die erste Instanz sich überhaupt zum Nachteil des Angeklagten auswirkte, oder aber ob es nicht diesem deshalb an einer Beschwer fehlt, weil eine rechtlich gleichwertige Qualifikation auf seine Tat anzuwenden gewesen wäre. Es handelt sich vorliegend auch nicht um die in Lehre und Rechtssprechung allerdings divergierend beantwortete Frage (vgl. Gebert/Pallin/Pfeiffer, III/2, Nr 1 ff (3 bb) zu § 290 StPO), ob das Rechtsmittelgericht im Sinne des § 262 StPO in der rechtlichen Beurteilung frei oder ob es auf die Beschwerdepunkte beschränkt und auch insofern an das Verschlimmerungsverbot gebunden ist (vgl. JBl 1977, 327, mit zustimmender Glosse von Liebscher; Roeder, Lehrbuch, S 308, FN 4; Komar in StPO FS 65 ff; RZ 1980/54 mit weiteren ausführlichen Zitaten). Diese Frage kann hier für das eingeschrittene Berufungsgericht, das nach durchgeführter Beweiswiederholung in der Sache selbst nach den für die Urteilsfällung der Gerichtshöfe erster Instanz geltenden Vorschriften zu erkennen hat (§ 474 StPO), dahingestellt bleiben. Die dem Berufungsgericht gestellte Aufgabe bestand

nämlich ausschließlich in der Prüfung der Frage, ob der höhere Strafsatz des § 88 Abs. 4 StGB Anwendung zu finden hatte oder nicht; dies war der Beschwerdepunkt des Angeklagten, insoweit er sich gegen den Urteilsspruch nach dem § 88 Abs.1

und 4, zweiter Fall (§ 81 Z 1) StGB wandte (§ 464, 467 Abs. 2 StPO). Der Lösung dieser Frage hat sich das Berufungsgericht, ausgehend von seiner unrichtigen Rechtsansicht, entzogen und es unterlassen, die seiner eigenen Auffassung nach möglichen und daher auch gebotenen Feststellungen zu treffen. Das Vorgehen des Berufungsgerichtes verletzte daher das Gesetz in den Bestimmungen der § 474, 477 Abs. 1, erster Satz StPO' Der Oberste Gerichtshof vermag sich - im Ergebnis - der Beschwerde nicht anzuschließen. Auszugehen ist davon, daß das Erstgericht - wie den Entscheidungsgründen (vgl insbes S 80/81 im Zusammenhalt mit S 85) in ihrer Gesamtheit mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen ist und was auch die Generalprokuratur einräumt (siehe oben S 2 und S 5) - die Verantwortung des Beschuldigten, er habe zur Zeit des Alkoholkonsums noch nicht beabsichtigt, sein Fahrzeug anschließend in Betrieb zu nehmen, ersichtlich als nicht widerlegbar erachtete und daher in bezug auf die Vorwerfbarkeit des Fahrens im berauschten Zustand zu einem Resultat gelangt war, das einer verneinenden Konstatierung gleich zu achten ist (vgl SSt 14/28). Folglich ist, bevor auf die von der Generalprokuratur aufgeworfenen Probleme - Rechtsnatur des § 88 Abs. 3 und 4

StGB; Kriterien, unter welchen das Rechtsmittelgericht Qualifikationsmängel aufgreifen und fehlende Feststellungen nachtragen darf - eingegangen werden kann, die ihnen vorgelagerte Frage zu klären, unter welchen Umständen das Berufungsgericht überhaupt befugt ist, von dem von der Tatsacheninstanz ermittelten Sachverhalt abzugehen bzw die hierfür gegebene Begründung einer Überprüfung zu unterziehen.

Die bezügliche Gesetzeslage ist eindeutig:

Nach den Bestimmungen der § 467 Abs. 2, 470 Z 3, 477 Abs. 1, erster Satz, und 489 StPO nämlich, hat sich der zur Entscheidung über die vom Einzelrichter gefällten Urteile zuständige Gerichtshof zweiter Instanz auf die in Beschwerde gezogenen Punkte zu beschränken und darf nur die Teile des erstrichterlichen Erkenntnisses ändern, gegen welche die Berufung gerichtet ist. Nur dann, wenn er sich aus Anlaß einer von wem immer ergriffenen Berufung überzeugt, daß zum Nachteil des Angeklagten das Strafgesetz unrichtig angewendet wurde (§ 281 Abs. 1 Z 9 bis 11 StPO) oder daß dieselben Gründe, auf denen seine Verfügung zugunsten eines Angeklagten beruht, auch einem Mitangeklagten zustatten kommen, der die Berufung nicht oder nicht in der in Frage kommenden Richtung ergriffen hat, hat der Gerichtshof so vorzugehen, als wäre eine solche Berufung eingelegt. Abgesehen von dem zuletzt angeführten, vorliegend nicht aktuellen Fall des sogenannten beneficium cohaesionis kann daher das Berufungsgericht ohne Antrag ausschließlich dem Angeklagten zum Nachteil gereichende Verletzungen des materiellen Strafgesetzes aufgreifen, wogegen es dem Urteil anhaftende prozessuale Mängel - sei es nun eine bedenkliche Beweiswürdigung, seien es Verfahrens- oder Begründungsmängel nach der Z 4 oder 5 des § 281 Abs. 1 StPO - nur dann beachten darf, wenn diese Gebrechen von einer hiezu berechtigten Partei aufgegriffen wurden (vgl SSt 5/29; SSt 22/86; SSt 32/88; ZVR 1973/58; EvBl 1973/191).

Aus dem Gesagten folgt, daß die einer Tatqualifikation nach § 88 Abs. 4 (81 Z 2) StGB zwingend entgegenstehenden, unbekämpft gebliebenen Feststellungen des Erstgerichts mangels Anfechtung jeglicher Ingerenz des Berufungsgerichtes entzogen waren und daß mithin die von der Generalprokuratur behauptete Gesetzesverletzung dem Urteil des Oberlandesgerichtes Wien nicht anhaftet. Es war daher die Beschwerde zu verwerfen, ohne daß es erforderlich gewesen wäre, in eine Erörterung der darin aufgeworfenen materiellrechtlichen Fragen einzutreten.

#### **Anmerkung**

E03969

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

ECLI:AT:OGH0002:1982:0120OS00042.82.1216.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19821216\_OGH0002\_0120OS00042\_8200000\_000

© 2026 JUSLINE

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

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