

# TE OGH 1981/9/29 90s43/81

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.09.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 29. September 1981

unter dem Vorsitz des Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Obauer und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral, Dr. Steininger, Dr. Horak und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwärters Mag. Oberhofer als Schriftführer in der Strafsache gegen Johann A und andere wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren Bandendiebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1 und Abs 2 Z 1, 128 Abs 2, 129 Z 1

und 3, 130 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die von den Angeklagten Johann A und Karl B gegen das Urteil des Kreisgerichtes Ried im Innkreis als Schöffengericht vom 12. September 1980, GZ 7 Vr 292/78-203, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Steininger, Verlesung der Rechtsmittelschrift des Angeklagten Karl B, sowie Anhörung der Ausführungen des Verteidigers des Angeklagten Johann A, Dr. Brandt, und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Stöger, zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Nichtigkeitsbeschwerden wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen, nämlich in den Punkten I/A/2 und 3 sowie I/B/1 des Schuldspruchs und im Freispruch unberührt bleibt, in den Punkten I/A/1, I/B/

2, II/1 bis 7, III/, IV/, V/ und VI/ des Schuldspruchs und demgemäß auch in den die Angeklagten Johann A und Karl B betreffenden Strafaussprüchen aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Johann A und Karl B werden von der weiters wider sie erhobenen Anklage, es haben I/ gewerbsmäßig fremde bewegliche Sachen nachgenannten Personen mit dem Vorsatz weggenommen, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern:

A/ Johann A und Karl B in Gesellschaft als Beteiligte (§ 12 StGB) am 6. Juli 1975 in St. Gilgen dem Matthias C durch Einbruch dessen PKW Marke BMW 2002 Tii, polizeiliches Kennzeichen S 147.396, im Wert von 100.000 S samt einem Funkgerät, einem Radio Marke Blaupunkt, einem Finn-Segel und einigen Kleidungsstücken, wobei sie die Lenkradsperre abdrehen, sohin eine Sperrvorrichtung aufbrechen;

B/ Johann A, Karl B und der abgesondert verfolgte Bernhard E als Mitglieder einer Bande 1/ in der Nacht zum 14. April 1978 in Zürs der Firma F KG durch Einbruch deren PKW Marke Mercedes 350 SE, polizeiliches Kennzeichen PF-DE 300, im Wert von 182.000 S samt einem Autotelefon Marke SEL, einem zusammenklappbaren Kinderwagen, einem Skybord, einer Unfallkombinationstasche Marke Minox, einem gelben Benzinkanister, einem Regenschirm, einem Paar Damenlederstiefel, 20 Stück Kassettenbänder und einem Paar Schiträger Marke Eckel im Gesamtwert von ca. 7.000 S, wobei sie die Lenkradsperre des Fahrzeugs abdrehen, sohin eine Sperrvorrichtung aufbrechen;

II/ Johann A in Enzenkirchen dadurch, daß er bei den nachgenannten Personenkraftwagen die Fahrgestell- oder Motornummer änderte und für diese Fahrzeuge Kraftfahrzeugpapiere anderer Fahrzeuge verwendete, worauf er die Fahrzeuge an gutgläubige Kunden weiterverkaufte, welche die Zulassung dieser Fahrzeuge zum öffentlichen Verkehr erwirkten, diese Fahrzeugkäufer dazu bestimmt, versucht zu haben, der Republik Österreich an ihrem Recht auf Ausschluß von nicht ordnungsgemäß zugelassenen Kraftfahrzeugen vom öffentlichen Verkehr absichtlich einen Schaden zuzufügen, indem er Gendarmeriebeamte in Beziehung auf ihr Amtsgeschäft als Strassenaufsichtsorgane durch die erwähnte Täuschung über Tatsachen zur Duldung der Teilnahme dieser Kraftfahrzeuge am öffentlichen Verkehr zu verleiten suchte, und zwar 1/ im Herbst 1975 dadurch, daß er von August I um den Betrag von 20.000 S einen PKW Marke BMW 1802 kaufte und in dieses Fahrzeug die Fahrgestellnummer 4105376 einschweißte und das Fahrzeug an Karl Heinz J weiterverkaufte, 2/ im Frühjahr 1976 dadurch, daß er von Karl B einen PKW Marke BMW 1802 kaufte und in dieses Fahrzeug die Fahrgestellnummer 3537406 einschweißte und in der Folge dieses Fahrzeug an Hermann K samt Typenschein weiterverkaufte, 3/ im Herbst 1976 dadurch, daß er von August I einen PKW Marke BMW 320 um den Betrag von 30.000 S kaufte und in dieses Fahrzeug den Motor eines BMW Marke 316 einbaute und die Fahrgestellnummer 5125514 einschweißte und in der Folge dieses Fahrzeug an Franz L verkaufte, 4/ im Sommer 1977 dadurch, daß er von Rudolf M einen PKW Marke BMW 520 kaufte und in dieses Fahrzeug den Motor eines von August I gekauften PKW Marke BMW 320 einbaute, wobei er die Motornummer änderte, und in der Folge das Fahrzeug an N. N verkaufte, 5/ im Jahre 1976 dadurch, daß er in einen PKW Marke BMW 2002, Baujahr 1968, den er um 18.000 S gekauft hatte, die Fahrgestellnummer 1870580 einschweißte und das Fahrzeug an einen Unbekannten weiterverkaufte, 6/ anfangs 1977 dadurch, daß er in einen PKW Marke BMW 2500 Baujahr 1970, den er um 15.000 S gekauft hatte, die Fahrgestellnummer 2020011 eines von Fritz O gekauften PKW Marke BMW 2500 einschweißte und dieses Fahrzeug an Johann P weiterverkaufte, 7/ im Herbst 1977 dadurch, daß er in einen PKW Marke BMW 320 die Fahrgestell- und Motornummer 5205060 einschweißte und dieses Fahrzeug um den Betrag von 75.000 S an Johann Q weiterverkaufte;

III/ Karl B im Jahre 1978 in Thomasroith dadurch, daß er in einen PKW Marke BMW 1502 eine andere Fahrgestellnummer eines gleichen Fahrzeugs einschweißte und dieses Fahrzeug an Rudolf R um den Betrag von 72.000 S weiterverkaufte, wobei er Kraftfahrzeugpapiere eines anderen Fahrzeugs verwendete, Rudolf R dazu bestimmt, versucht zu haben, der Republik Österreich an ihrem Recht auf Ausschluß von nicht ordnungsgemäß zugelassenen Kraftfahrzeugen vom öffentlichen Verkehr absichtlich einen Schaden zuzufügen, indem er Gendarmeriebeamte in Beziehung auf ihr Amtsgeschäft als Straßenaufsichtsorgane durch die erwähnte Täuschung über Tatsachen zur Duldung der Teilnahme dieses Kraftfahrzeugs am öffentlichen Verkehr zu verleiten suchte;

IV/ Johann A und Karl B im bewußten und gewollten Zusammenwirken im April 1975 in Wals mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, Angestellte der X-Versicherungsanstalt in Linz durch die Behauptung, dem Karl B sei sein PKW Marke BMW 3,0 CS, Fahrgestellnummer 2213839, polizeiliches Kennzeichen O 57.549, im Wert von 180.000 S gestohlen worden, somit durch Täuschung über Tatsachen, zur Auszahlung der vollen Versicherungssumme aus der Vollkaskoversicherung, sohin zu Handlungen zu verleiten versucht, welche die X-Versicherungsanstalt Linz an ihrem Vermögen schädigen sollten, wobei ein 100.000 S übersteigender Schaden entstehen sollte;

V/ Karl B am 28. April 1975 in Wals durch die vor Gendarmeriebeamten des Gendarmeriepostens Wals, sohin zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Beamten, durch die Behauptung, es sei ihm sein PKW Marke BMW 3,0 CS, polizeiliches Kennzeichen O 57.549, im Wert von ca 180.000 S gestohlen worden, die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung, nämlich des Verbrechens des schweren Diebstahls nach §§ 127 Abs 1, 128 Abs 2 StGB, wissentlich vorgetäuscht; VI/ Johann A im April 1975 in Wals dadurch, daß er Karl B aufforderte, vor Beamten des Gendarmeriepostens Wals, sohin zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Beamten, die zu Punkt V/ erwähnte Anzeige zu Protokoll zu geben, zu der zu Punkt V/ erwähnten strafbaren Handlung des Karl B beigetragen, gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen.

Für das den Angeklagten Johann A und Karl B weiterhin zur Last fallende Verbrechen des schweren gewerbsmäßigen Bandendiebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1 und Abs 2 Z 1, 128 Abs 2, 129 Z 1 und 3, 130 StGB (Punkte I/A/2 und 3 sowie I/B/1 des angefochtenen Urteils) werden die Genannten nach § 130 zweiter Strafsatz StGB unter Bedachtnahme gemäß §§ 31, 40 StGB auf das Urteil des Amtsgerichtes München vom 20. Juni 1978, AZ 451 Ds 253 Js 38119/78, zu Zusatz-Freiheitsstrafen verurteilt, und zwar Johann A zu 15 (fünfzehn) Monaten, Karl B zu 12 (zwölf)

Monaten. Gemäß § 38 StGB wird die Vorhaft bei Johann A vom 25. April 1978, 3.00 Uhr, bis 27. Feber 1979, 13.00 Uhr, und bei Karl B vom 28. April 1978, 12.30 Uhr, bis 1. September 1978, 11.00 Uhr, sowie vom 15. September 1978, 11.00 Uhr, bis 28. Feber 1979, 16.00 Uhr, auf die Strafe angerechnet.

Gemäß § 389 StPO fallen beiden Angeklagten die Kosten des Strafverfahrens zur Last.

Im übrigen werden die Nichtigkeitsbeschwerden verworfen. Mit ihren Berufungen werden die Angeklagten Johann A und Karl B auf obige Entscheidung verwiesen.

Gemäß § 390 a StPO fallen beiden Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 25. Dezember 1948 geborene Kraftfahrzeug-Mechanikermeister Johann A und der am 19. Dezember 1949 geborene Autospengler Karl B des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren Bandendiebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1 und Abs 2 Z 1, 128 Abs 2, 129 Z 1 und 3, 130

StGB (Punkte I/A/1, 2 und 3 sowie I/B/1 und 2 des Urteilssatzes), des Vergehens der versuchten Täuschung nach §§ 15, 108 Abs 1 und 2 StGB als Beteiligte (durch Bestimmungstäterschaft) gemäß § 12 zweiter Fall StGB (hinsichtlich A Punkt II/1 bis 7 des Urteilssatzes; hinsichtlich B Punkt III/ des Urteilssatzes), ferner des Verbrechens des versuchten schweren Betruges nach §§ 15, 146, 147 Abs 3 (Punkt IV/ des Urteilssatzes) und des Vergehens der Vortäuschung einer mit Strafe bedrohten Handlung nach § 298 Abs 1 StGB, Johann A insoweit als Beteiligter (durch sonstigen Tatbeitrag) gemäß § 12 dritter Fall StGB (hinsichtlich A Punkt VI/ des Urteilssatzes, hinsichtlich B Punkt V/ des Urteilssatzes) schuldig erkannt.

Von einem weiteren Anklagefaktum in Richtung des Vergehens der versuchten Täuschung wurde Johann A infolge Rücktritts des öffentlichen Anklägers in der Hauptverhandlung von diesem Anklagepunkt gemäß § 259 Z 2 StPO freigesprochen.

Nach dem Inhalt der sie treffenden Schuldsprüche liegt den Angeklagten Johann A und Karl B zur Last I/ gewerbsmäßig fremde bewegliche Sachen in einem 100.000 S übersteigenden Wert durch Einbruch und zum Teil auch durch Aufbrechen einer Sperrvorrichtung (Lenkradsperre) nachgenannten Personen mit dem Vorsatz weggenommen zu haben, sich durch die Sachzueignung unrechtmäßig zu bereichern, und zwar A/ Johann A und Karl B in Gesellschaft als Beteiligte (§ 12 StGB) 1. am 6. Juli 1975 in St. Gilgen dem Matthias C dessen PKW der Marke BMW 2002 Tii mit dem polizeilichen Kennzeichen S 147.396, im Werte von 100.000 S samt einem darin befindlichen Funkgerät, einem Radioapparat der Marke Blaupunkt, einem Finn-Segel und einigen Kleidungsstücken;

2. am 20. März 1978 in Annaberg dem Josef S dessen PKW der Marke Opel Kadett im Werte von 36.000 S;

3. am 23. oder 24. März 1978 in Bad-Hofgastein dem Werner T dessen PKW der Marke Mercedes 280 E mit dem polizeilichen Kennzeichen RW-DP 135 samt darin befindlichen zwei Schistücken, Bergschuhen, zwei Fotoapparaten und Schneeketten im Gesamtwert von etwa 62.000 S; B/ Johann A, Karl B und der abgesondert verfolgte Bernhard E als Mitglieder einer Bande 1. am 13. oder 14. April 1978 in Stuben am Arlberg dem Prof. Kurt V dessen PKW der Marke Porsche 911 mit dem polizeilichen Kennzeichen STA-AP 70 im Werte von etwa 120.000 S;

2. in der Nacht zum 14. April 1978 in Zürs der Firma F KG deren PKW der Marke Mercedes 350 SE mit dem polizeilichen Kennzeichen PF-DE 300 im Werte von etwa 182.000 S samt einem darin befindlichen Autotelefon der Marke SEL, einem zusammenklappbaren Kinderwagen, einem Skybord, einer Unfallskombinationstasche der Marke Minox, einem gelben Benzinkanister, einem Regenschirm, einem Paar Damenlederstiefel, 20 Stück Kassettenbänder und einem Paar Schiträger der Marke Eckel im Gesamtwert von etwa 7.000 S; II/ und III/ Johann A in der Zeit zwischen Herbst 1975 bis Herbst 1977 in Enzenkirchen und Karl B im Jahre 1978 in Thomasroith dadurch, daß Johann A in insgesamt 7 Fällen und Karl B in einem Fall die Fahrgestell- und/oder Motornummer von angekauften PKW (bedenklicher Herkunft) änderten und diese Fahrzeuge unter Verwendung von fremden Kraftfahrzeugpapieren an gutgläubige Kunden weiterverkauften, welche die Zulassung dieser Fahrzeuge zum öffentlichen Verkehr erwirkten, die jeweiligen Fahrzeugkäufer absichtlich bestimmt zu haben, der Republik Österreich an ihrem Recht auf Ausschluß von nicht ordnungsgemäß zugelassener (richtig: nicht den Zulassungsvoraussetzungen entsprechender) Kraftfahrzeuge vom öffentlichen Verkehr einen

Schaden zuzufügen, indem sie solcherart Gendarmeriebeamte in Beziehung auf ihr Amtsgeschäft als Straßenaufsichtsorgane durch Täuschung über Tatsachen zur Duldung der Teilnahme dieser Kraftfahrzeuge am öffentlichen Verkehr zu verleiten suchten;

IV/ Johann A und Karl B im bewußten und gewollten Zusammenwirken im April 1975 in Wals mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, Angestellte der X-Versicherungsanstalt in Linz durch die Vorspiegelung, der PKW der Marke BMW 3,0 CS mit dem polizeilichen Kennzeichen O 57.549 des Karl B im Werte von 180.000 S sei gestohlen worden, somit durch Täuschung über Tatsachen, zur Auszahlung der Versicherungssumme aus der Vollkaskoversicherung, sohin zu einer Handlung zu verleiten versucht zu haben, welche diese Versicherungsanstalt an ihrem Vermögen in einem 100.000 S übersteigenden Betrag schädigen sollte; V/ Karl B am 28. April 1975 in Wals durch Erstattung einer (wahrheitswidrigen) Anzeige vor Gendarmeriebeamten des Gendarmeriepostenkommandos Wals, sohin zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Beamten, des Inhalts, sein PKW der Marke BMW 3,0 CS mit dem polizeilichen Kennzeichen O 57.549 im Werte von etwa 180.000 S sei ihm gestohlen worden, die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung, nämlich des Verbrechens des schweren Diebstahls nach §§ 127 Abs 1, 128 Abs 2 StGB, wissentlich vorgetäuscht zu haben;

VI/ Johann A im April 1975 in Wals dadurch, daß er Karl B in seinem Vorsatz bestärkte, die zu Punkt V/ angeführte (wahrheitswidrige) Anzeige vor Beamten des Gendarmeriepostenkommandos Wals zu Protokoll zu geben, zu der dort erwähnten, gemäß § 298 Abs 1 StGB strafbaren Handlung des Karl B beigetragen zu haben.

Dieses Urteil bekämpfen beide Angeklagten mit gesondert ausgeführten Nichtigkeitsbeschwerden, denen zum Teil Berechtigung zukommt. Der Sache nach aus dem Nichtigkeitsgrund der Z 9

lit b des § 281 Abs 1 StPO - der Angeklagte A zitiert in diesem Zusammenhang, wenn auch unzutreffend, überdies die Nichtigkeitsgründe der Z 3, 9 lit a und lit c sowie 10 des § 281 Abs 1 StPO - machen beide Beschwerdeführer geltend, daß sie laut Mitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 10. Juli 1978

(ON 70 d.A) nur wegen der im Haftbefehl des Kreisgerichtes Ried im Innkreis vom 1. Juni 1978 (ON 27 d.A) angeführten Straftaten - mit Ausnahme des von den Schuldsprüchen nicht erfaßten und demnach hier außer Betracht zu bleibenden versuchten Diebstahls eines PKWs (der Marke BMW) am 25. April 1978 in München - an die Republik Österreich zur Strafverfolgung ausgeliefert worden sind und sohin nach dem im Auslieferungsrecht geltenden Grundsatz der Spezialität ihre strafgerichtliche Verfolgung und Aburteilung im Inland nur wegen der in diesem Haftbefehl unter den Punkten I/ bis III/ umschriebenen und im schuldigsprechenden Teil des angefochtenen Urteils unter den Punkten I/

A/2 und 3 sowie I/B/1 angeführten Diebstähle (nämlich des PKWs der Marke Opel Kadett des Josef S im Wert von 36.000 S am 20. März 1978 in Annaberg, des PKWs der Marke Mercedes 280 E des Werner T samt den darin befindlichen Sachen im Gesamtwert von etwa 62.000 S am 23. oder 24. März 1978 in Bad-Hofgastein sowie des PKWs der Marke Porsche 911

des Prof. Kurt V im Werte von etwa 120.000 S am 13. oder 14. April 1978 in Stuben /Langen/ am Arlberg) zulässig gewesen wäre. Demgegenüber vertrat das Erstgericht die Auffassung, daß zufolge der im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland anzuwendenden Bestimmung des Art 14 Abs 1 lit b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957, BGBl 1969/320, die Verfolgung und Aburteilung der Angeklagten A und B auch wegen der übrigen, im Haftbefehl vom 1. Juni 1978 nicht angeführten Straftaten deshalb zulässig sei, weil beide Angeklagten, nachdem sie im vorliegenden Verfahren nach ihrer Auslieferung durch die Bundesrepublik Deutschland am 27. bzw. 28. Februar 1979 im Inland aus der Untersuchungshaft entlassen und auf freien Fuß gesetzt worden waren (vgl Bd II, S 681 und 691 d.A), innerhalb der im Art 14 Abs 1 lit b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens genannten Frist von 45 Tagen nach ihrer Freilassung das Hoheitsgebiet der Republik Österreich nicht verlassen hatten, obwohl ihnen hiezu die Möglichkeit geboten war, zumal eine Ausreise in die Bundesrepublik Deutschland ohne besondere Schwierigkeiten auch ohne Reisepaß entweder unter Benützung eines mittels Personalausweises zu erlangenden Ausflugscheins oder mit einem Postausweis möglich gewesen wäre (Bd III, S 43 und 44 d.A).

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Einwand beider Beschwerdeführer, daß durch ihre strafgerichtliche Verfolgung und Aburteilung auch wegen jener

Straftaten, zu deren Strafverfolgung eine Auslieferung durch das Bayerische Staatsministerium der Justiz an die Republik Österreich nicht erfolgt ist, sohin wegen sämtlicher im schuldigsprechenden Teil des Ersturteils mit Ausnahme der unter den Punkten I/A/2 und 3 sowie I/B/1 angeführten strafbaren Handlungen der im Auslieferungsrecht geltende Grundsatz der Spezialität verletzt worden und das Ersturteil insoweit mit dem Nichtigkeitsgrund der Z 9 lit b des § 281 Abs 1 StPO behaftet sei, ist berechtigt:

Zufolge des im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland bei einer Auslieferung - nach Maßgabe der beiderseitigen Vorbehalte und Erklärungen sowie unter Bedachtnahme auf den zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland am 31. Jänner 1972 abgeschlossenen Vertrag über die Ergänzung des Europäischen Auslieferungsübereinkommens und die Erleichterung seiner Anwendung, BGBl 1977/35 - anzuwendenden Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957, BGBl 1969/320 (vgl Linke-Epp-Dokoupil-Felsenstein, Internationales Strafrecht, 203) darf gemäß Art 14 Abs 1 dieses Auslieferungsübereinkommens eine ausgelieferte Person wegen einer anderen, vor der Übergabe begangenen Handlung als jener, die der Auslieferung zugrundeliegt, nur dann verfolgt und abgeurteilt werden, wenn a) der Staat, der sie ausgeliefert hat, zustimmt oder b) die ausgelieferte Person, obwohl sie dazu die Möglichkeit hatte, das Hoheitsgebiet des Staates, dem sie ausgeliefert worden ist, innerhalb von 45 Tagen nach ihrer endgültigen Freilassung nicht verlassen hat (oder wenn sie nach Verlassen dieses Gebietes dorthin zurückgekehrt ist). In Ergänzung dieser den Grundsatz der Spezialität der Auslieferung normierenden Bestimmung des Art 14 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens wurde im Art VII Abs 1 des eingangs angeführten Vertrages vom 31. Jänner 1972 zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich klargestellt, daß eine bedingte Freilassung einer ausgelieferten Person (nur) dann der endgültigen Freilassung (im Sinne des Art 14 Abs 1 lit b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens) gleichsteht, wenn sie ohne eine deren Bewegungsfreiheit einschränkende Anordnung gewährt wird.

Die Voraussetzungen des Art 14 Abs 1 lit b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens treffen aber im vorliegenden Verfahren auf keinen der beiden Beschwerdeführer zu, sind doch beide nur jeweils unter Anwendung der im § 180 Abs 5 StPO angeführten gelinderen Mittel des Gelöbnisses nach der Z 1 der vorzitierten Gesetzesstelle, von Weisungen nach Z 3 und 4 dieser Gesetzesstelle und der vorübergehenden Abnahme der Reisepapiere bzw der zur Führung eines Fahrzeuges nötigen Papiere nach Z 5 und 6 dieser Gesetzesstelle sowie nach Leistung einer Kautionssumme durch den Angeklagten A in der Höhe von 80.000 S und durch den Angeklagten B in der Höhe von 20.000 S (§ 180 Abs 5 Z 7 StPO) am 27. bzw 28. Februar 1979 aus der Untersuchungshaft entlassen worden (vgl Bd I, ON 74, S 401 m und verso; ON 75, S 403 i und 403 j sowie ON 92; ferner Bd II, ON 135, sowie S 681, 691 und ON 158 und 160

d. A). Auf Grund dieser ihre Bewegungsfreiheit einschränkenden gerichtlichen Anordnungen anlässlich der Entlassung der beiden Beschwerdeführer aus der Untersuchungshaft kann somit von einer endgültigen Freilassung im Sinne der zitierten Bestimmung nicht gesprochen werden, sodaß schon deshalb der dort geregelte, eine Durchbrechung des Grundsatzes der Spezialität der Auslieferung bewirkende Ausnahmefall hier nicht Platz greifen kann. Noch klarer und eindeutiger ist die den Grundsatz der Spezialität der Auslieferung normierende Vorschrift des § 70 Abs 1 des seit 1. Juli 1980

in Kraft stehenden und demnach vom Erstgericht im Zeitpunkte der Fällung des angefochtenen Urteils bereits zu beachtenden Auslieferungs- und Rechtshilfegesetzes, BGBl 1979/529:

Nach Z 1 des § 70 Abs 1 dieses Gesetzes steht die Spezialität der Auslieferung der Verfolgung und Bestrafung einer nach Österreich ausgelieferten Person wegen einer vor ihrer Übergabe begangenen Handlung, auf die sich die Auslieferungsbewilligung nicht erstreckt, ohne Zustimmung des ersuchten Staates ua (nur) dann nicht entgegen, wenn sich die ausgelieferte Person nach ihrer Freilassung länger als 45 Tage auf dem Gebiet der Republik Österreich aufhält, obwohl sie es verlassen konnte und durfte. Das Verstreichen dieser Schutzfrist von 45 Tagen kann demnach einem Ausgelieferten nur dann zum Nachteil gereichen, wenn er sowohl die tatsächliche als auch die rechtliche Möglichkeit hatte, Österreich zu verlassen (arg: 'konnte und durfte'). Diese Voraussetzung ist jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn dem Ausgelieferten - so wie dies im vorliegenden Verfahren bei den Angeklagten A und B zutrifft - durch gerichtliche Weisungen, infolge eines Gelöbnisses oder durch eine auferlegte Kautionssumme die rechtliche Befugnis, Österreich zu verlassen, fehlt (Linke-Epp-Dokoupil-Felsenstein, aaO tum 2 zu § 70 ARHG, 88/89, und die dort zitierte Judikatur).

Da die durch das Bayerische Staatsministerium der Justiz erteilte Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland zur

strafgerichtlichen Verfolgung und Bestrafung der beiden Beschwerdeführer sich nur auf die unter den Punkten I/A/2 und 3 sowie I/B/1 des Schuldspruchs angeführten PKW-Diebstähle erstreckt, jedoch in bezug auf alle übrigen Straftaten, deren die Angeklagten A und B gleichfalls schuldig erkannt worden sind, nicht vorliegt (vgl Bd I, ON 70 sowie Bd II, S 845 und 846 d.A in Verbindung mit ON 177 und 178), und auch ein Verzicht der Bundesrepublik Deutschland auf die Einhaltung der Spezialität (im Sinne der Z 3 des § 70 Abs 1 ARHG) nicht angenommen werden kann, steht der Verfolgung und Bestrafung der Beschwerdeführer wegen der im Ersturteil unter den Punkten I/A/1, I/B/2, II/1 bis 7, III/, IV/, V/ und VI/ bezeichneten Straftaten das Verfolgungshindernis der Spezialität der Auslieferung entgegen, sodaß das angefochtene Urteil in diesem Umfang gemäß § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO nichtig ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (vgl KH 2095; 3720; RZ 1955, 26; RZ 1971, 152/10 Os 55/76; 13 Os 163/76; 13 Os 2/77) ist bei Vorliegen eines sich aus den Bestimmungen über das internationale Strafrecht oder aus den Prinzipien des Auslieferungsverkehrs ergebenden (materiellrechtlichen) Verfolgungshindernisses, wozu insbesondere das Prinzip der Spezialität der Auslieferung zählt, dann sofort mit einem Freispruch vorzugehen, wenn ein Auslieferungsverfahren nicht oder nicht mehr anhängig ist; eine Aufhebung des (unter Verletzung des Prinzips der Spezialität der Auslieferung ergangenen) Urteils und Rückverweisung der Sache an das Erstgericht zur nachträglichen Erwirkung der Zustimmung des ausliefernden Staates zur strafgerichtlichen Verfolgung und Bestrafung des Angeklagten auch wegen jener strafbaren Handlung, auf welche sich die seinerzeitige Auslieferungsbewilligung nicht erstreckt hat, kommt nur in Betracht, wenn das Auslieferungsverfahren noch im Zuge ist (SSt 23/45). Gemäß § 68 Abs 1 ARHG ist es Sache des Staatsanwaltes, zu beantragen, daß das Gericht die Auslieferung einer im Ausland befindlichen Person zur Verfolgung (oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer vorbeugenden Maßnahme) erwirkt; das Gericht hat demnach nur tätig zu werden, wenn ein bezüglicher Antrag des Anklägers vorliegt. Daher ist es auch Sache des Staatsanwaltes, die (nachträgliche) Erwirkung der Zustimmung des ersuchten Staates im Sinne des § 70 Abs 1 ARHG bei Gericht zu beantragen. Im vorliegenden Verfahren hat die Staatsanwaltschaft zwar am 7. Mai 1979 beim Untersuchungsrichter des Kreisgerichtes Ried im Innkreis die 'Einleitung eines ergänzenden Auslieferungsverfahrens hinsichtlich Johann A und Karl B betreffend die in der Vollanzeige bzw in ON 104/Bd I genannten weiteren Fakten' beantragt, worauf der Untersuchungsrichter am 28. Dezember 1979 eine 'Ergänzende Sachverhaltsfeststellung' (ON 177) dem Bundesministerium für Justiz zur Erwirkung der (nachträglichen) Auslieferung der beiden Beschuldigten zur Verfolgung auch wegen der darin beschriebenen (weiteren) Straftaten seitens der Justizbehörden des Freistaates Bayern vorlegte (ON 178).

Als das Bundesministerium für Justiz jedoch mit Erlaß vom 4. Jänner 1980 (ON 182) darauf verwies, daß die 'Ergänzende Sachverhaltsfeststellung' zur Erwirkung der Zustimmung des ausliefernden Staates zu einer weiteren Strafverfolgung nicht hinreichend ist, sondern ein Nachtragshaftbefehl sowie ein Protokoll über die Vernehmung der Ausgelieferten zur Frage der Ausdehnung des Auslieferungsersuchens vorzulegen sind, wobei es überdies in diesem Zusammenhang auf Art 14

Abs 1 lit b des Europäischen Auslieferungsübereinkommens hinwies (vgl den Schlußsatz des bezeichneten JMERlasses), beantragte die Staatsanwaltschaft am 14. Jänner 1980 beim Untersuchungsrichter, 'von einem nachträglichen Auslieferungsbegehren im Sinne des Art. 14 Abs 1 lit b des Übereinkommens Abstand zu nehmen' (S 846/Bd II d. A). Mit dieser Erklärung hat die Staatsanwaltschaft demnach ihren Antrag, die Zustimmung des ausliefernden Staates zur Strafverfolgung der Angeklagten A und B wegen weiterer strafbarer Handlungen, auf welche sich die seinerzeitige Auslieferungsbewilligung ON 70 nicht bezogen hatte, zu erwirken, der Sache nach zurückgezogen. Ein solcher Antrag wurde auch in der Folge bis zur Fällung des Urteils in erster Instanz - ersichtlich ausgehend von der verfehlten Rechtsansicht, daß vorliegend eine 'Nachtragsauslieferung' entbehrlich sei - nicht neuerlich gestellt.

Bei dieser Sachlage war aber - entgegen der von der Generalprokuratur vertretenen Auffassung, wonach die Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung nach Einholung der erforderlichen Zustimmung der Bundesrepublik Deutschland zur Verfolgung und Bestrafung der beiden Beschwerdeführer auch wegen der von der Urteilsaufhebung betroffenen Straftaten zurückzuverweisen sei - in Ansehung jener strafbaren Handlungen, auf welche sich die Auslieferungsbewilligung ON 70 nicht erstreckt, sogleich mit einem Freispruch gemäß § 259 Z 3 StPO vorzugehen. Damit erübrigt sich ein Eingehen auf das weitere, im besonderen gegen die unter den Punkten II/ und VI/ des Schuldspruches gerichtete und auf den Nichtigkeitsgrund der Z 5 des § 281 Abs 1 StPO gestützte Beschwerdevorbringen des Angeklagten A. Im übrigen sind die Nichtigkeitsbeschwerden jedoch

unberechtigt. Der Angeklagte A wendet unter dem Gesichtspunkt einer Urteilsnichtigkeit nach der Z 1 des § 281 Abs 1 StPO, es habe sich im Hinblick auf die Mitwirkung des Vorsitzenden des Schöffengerichtes an dem Ratskammerbeschluß vom 27. Februar 1979, Bd II, ON 135 d.A, mit dem gemäß § 190

StPO die von den Angeklagten A und B zu leistenden Kautionssummen ziffernmäßig bestimmt wurden, ein gemäß § 68 Abs 2 StPO ausgeschlossener Richter an der angefochtenen Entscheidung beteiligt. Nach der vorzitierten Bestimmung der Strafprozeßordnung ist von der Mitwirkung und Entscheidung in der Hauptverhandlung ua nur jener Richter ausgeschlossen, der in derselben Sache als Untersuchungsrichter tätig gewesen ist. Die Mitwirkung an einem Ratskammerbeschluß fällt aber nicht unter die einen Ausschlussgrund im Sinne des § 68 Abs 2 StPO darstellende untersuchungsrichterliche Tätigkeit (vgl Mayerhofer-Rieder, StPO, E Nr 8, 13 und 14 zu § 68 StPO; ferner ÖJZ-LSK 1975/126). Der Umstand, daß im vorliegenden Verfahren der Vorsitzende des Schöffengerichtes bei der Ratskammersitzung vom 27. Februar 1979, Bd II, ON 135 d.A, den Vorsitz führte (vgl Bd II, S 673 a verso d.A), bewirkt daher entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers A keine Urteilsnichtigkeit im Sinne der Z 1 des § 281 Abs 1 StPO, sodaß sich eine Prüfung der weite in § 281 Abs 1 Z 1 zweiter Halbsatz StPO angeführten und zur erfolgreichen Geltendmachung dieses Nichtigkeitsgrundes erforderlichen prozessualen Voraussetzung (der sofortigen Geltendmachung des den Ausschlussgrund bewirkenden Umstandes in der Hauptverhandlung nach dessen Kenntnis durch den Angeklagten) erübrigt.

Aber auch die vom Angeklagten B aus der Z 10

des § 281 Abs 1 StPO erhobene Rüge gegen die Annahme der gewerbsmäßigen Begehung der ihm zur Last fallenden Diebstähle (Punkte I/A und I/B) sowie der Begehung eines Teiles dieser Diebstähle (Punkt I/B) auch als Mitglied einer Bande unter Mitwirkung (§ 12 StGB) eines anderen Bandenmitgliedes, die darauf hinausläuft, daß die in Rede stehenden Qualifikationen infolge des Wegfalls von Diebstahlsschuldsprüchen nicht (mehr) aufrecht erhalten werden können, versagt.

Zunächst ist dieser Rechtsrüge, deren prozeßordnungsgemäße Darstellung einen Vergleich des im Urteil festgestellten Sachverhaltes mit dem darauf angewendeten Strafgesetz erfordert, entgegenzuhalten, daß sie eine gesetzmäßige Ausführung vermissen läßt, weil sie sich über die - mängelfrei begründeten - Urteilsfeststellungen hinwegsetzt, denzufolge beide Angeklagten, sohin auch Karl B, in Verfolgung ihres Vorhabens, durch fortgesetzte Begehung von Autodiebstählen ihre finanziellen Schwierigkeiten zu beseitigen, bei Verübung der ihnen angelasteten PKW-Diebstähle jeweils die Absicht verfolgten, sich durch die wiederkehrende Begehung solcher (schwerer und auch durch Einbruch beschwerter) Diebstähle eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (Bd III, S 26, 29/30, 37 und 41 d.A) und überdies der im Schuldspruch unter Punkt I/B angeführte PKW-Diebstahl von den beiden Angeklagten sowie dem abgesondert verfolgten Bernhard E als Mitglieder einer Bande (unter Mitwirkung dieser drei Bandenmitglieder) begangen wurden, nachdem sich diese drei Personen vorher durch entsprechende Vereinbarung zur fortgesetzten Verübung von zunächst nur ganz allgemein und bloß ihrer Art nach bestimmten Diebstählen von PKW der Luxusklasse, sohin zu einer Diebsbande im Sinne der Begriffsbestimmung des § 278 Abs 1 StGB verbunden hatten (Bd III, S 29 und 41/42 d.A). Außerdem übersieht der Beschwerdeführer, daß selbst eine einmalige Tatverübung weder die Annahme der gewerbsmäßigen Begehung noch jene der Tatqualifikation als Bandendiebstahl im Sinne des § 130 StGB hindert. Denn gewerbsmäßige Begehung im Sinne der §§ 70, 130 StGB setzt nur voraus, daß der Täter bei der Tatbegehung die Absicht hat, sich durch Wiederholung der Straftat eine fortlaufende, dh für längere Zeit wirksame Einnahmequelle zu erschließen (Leukauf-Steininger, Komm zum StGB2, RN 6 zu § 70), und auch Bandendiebstahl im Sinne des § 130 StGB erfordert keineswegs, daß es - in Verfolgung der Ziele der Bande - bereits zur fortgesetzten Tatbegehung, also schon zur Verübung von mehreren Diebstählen gekommen sein muß (Leukauf-Steininger, aaO, RN 8 zu § 130 StGB).

Daß hinsichtlich einzelner, dem Beschwerdeführer zur Last fallender Diebstähle - wegen Vorliegens des Verfolgungshindernisses der Spezialität der Auslieferung -

ein Freispruch zu erfolgen hatte, steht demnach der Annahme gewerbsmäßiger, zum Teil auch bandenmäßiger Begehung der weiterhin vom Schuldspruch erfaßten Diebstähle nicht entgegen. Im bezeichneten Umfang waren somit die Nichtigkeitsbeschwerden zu verwerfen.

Bei der durch die getroffene Sachentscheidung notwendig gewordenen Neubemessung der Strafen wertete der Oberste Gerichtshof bei beiden Angeklagten als erschwerend die mehrfache Qualifikation des Diebstahls, als mildernd hingegen das Geständnis und die teilweise Schadensgutmachung.

Unter Berücksichtigung dieser Strafzumessungsgründe, des längeren Zurückliegens der abgeurteilten Straftaten und der über die beiden Angeklagten vom Amtsgericht München verhängten jeweils einjährigen Freiheitsstrafe, auf die vorliegend gemäß § 31 StGB Bedacht zu nehmen ist, waren die über die beiden Angeklagten zu verhängenden Zusatz-Freiheitsstrafen - ausgehend davon, daß bei gemeinsamer Abeurteilung aller in Betracht kommender strafbarer Handlungen bei A eine Strafe von 2 1/4 Jahren und bei B eine solche von 2 Jahren tatschuldangemessen gewesen wäre - gemäß § 40 StGB in dem aus dem Spruch ersichtlichen Ausmaß zu bemessen.

Die übrigen Entscheidungen gründen sich auf die bezogenen Gesetzesstellen.

**Anmerkung**

E03378

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1981:0090OS00043.81.0929.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19810929\_OGH0002\_0090OS00043\_8100000\_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)