

# TE OGH 1981/9/17 130s125/81

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.09.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 17. September 1981

unter dem Vorsitz des Hofrats des Obersten Gerichtshofs Dr. Horak, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Kießwetter, Dr. Schneider, Dr. Hörburger und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Larcher als Schriftführerin in der Strafsache gegen Johann A und einen anderen wegen des Verbrechens des versuchten Diebstahls nach §§ 15, 127 ff. StGB. über die von den Angeklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft Wien gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien vom 11. Februar 1981, GZ. 3 a Vr 10.782/80-37, nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrags des Berichterstatters, Hofrats des Obersten Gerichtshofs Dr. Reisenleitner, der Ausführungen der Verteidiger Dr. Oehlzand und Dr. Mold und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalts Dr. Strasser, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A wird verworfen. Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten B wird teilweise Folge gegeben und das Urteil im Ausspruch darüber, welche strafbare Handlung durch die als erwiesen angenommenen Tatsachen begründet wird, deren der Angeklagte B schuldig befunden wurde, und demgemäß im Strafausspruch (einschließlich des Ausspruches über die Vorhaftanrechnung) aufgehoben und insoweit gemäß § 288 Abs 2 Z. 3 StPO. - unter teilweiser Neufassung des erstgerichtlichen Urteilsspruchs - in der Sache selbst erkannt:

Herbert B hat zu I des erstgerichtlichen Urteilsspruchs das Verbrechen des versuchten Diebstahls durch Einbruch nach §§ 15, 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 129

Z. 1 StGB. und zu II des erstgerichtlichen Urteilsspruchs das Vergehen des im Familienkreis begangenen Diebstahls nach § 166 Abs 1 StGB. begangen und wird hiefür nach § 129 StGB. unter Bedachtnahme auf § 28 Abs 1 StGB. zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 15 (fünfzehn) Monaten verurteilt.

Der den Angeklagten B betreffende Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft wird aus dem Ersturteil übernommen.

Auf diese Entscheidung werden der Angeklagte B mit seiner Berufung und die Staatsanwaltschaft mit ihrer diesen Angeklagten betreffenden Berufung verwiesen.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten B verworfen.

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerden wird gemäß § 290 Abs 1 StPO. der erstgerichtliche Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaftzeit des Angeklagten A dahin ergänzt, daß diesem Angeklagten gemäß § 38 Abs 1 Z. 1 StGB. auch die Zeit vom 8. November 1980, 13 Uhr, bis 10. November 1980, 8,30 Uhr, auf die verhängte Freiheitsstrafe angerechnet wird.

Der Berufung des Angeklagten A und der diesen Angeklagten betreffenden Berufung der Staatsanwaltschaft wird nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Angeklagte Johann A des Verbrechens des versuchten Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 15, 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 129 Z. 1 StGB. (Punkt I des Schulterspruches) und der Angeklagte Herbert B des Verbrechens des versuchten Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 15, 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 129 Z. 1, '166' StGB. (Punkt I und II des Schulterspruches) schuldig erkannt. Zu Punkt I des Schulterspruches wurden beide Angeklagte schuldig erkannt, am 8. November 1980 in Gesellschaft als Beteiligte versucht zu haben, mit dem Vorsatz, sich unrechtmäßig zu bereichern, aus drei PKW. fremde bewegliche Sachen, nämlich 'Geld oder Waren' (Seite 1e2 d. A.) in einem 5.000 S nicht übersteigenden Wert durch Einbruch den Eigentümern wegzunehmen, indem Johann A die Kraftfahrzeuge an den Seitenfenstern mit einem Schraubenzieher aufzubrechen trachtete, während Herbert B Aufpasserdienste leistete.

Herbert B wurde darüber hinaus im Punkt II des Schulterspruches des in der Zeit zwischen dem 4. Juli und 16. Oktober 1980 zum Nachteil seiner damaligen Lebensgefährtin Gertrude C verübten Diebstahls einer Persianerkappe im Wert von etwa 700 S schuldig erkannt. Dieses Urteil wird von beiden Angeklagten mit getrennt ausgeführten Nichtigkeitsbeschwerden und mit Berufungen, von der Staatsanwaltschaft mit Berufung bekämpft.

## Rechtliche Beurteilung

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Johann A:

Aus dem Nichtigkeitsgrund der Z. 4 des § 281 Abs 1

StPO. rügt dieser Angeklagte die Abweisung seines Antrages auf Vernehmung des Zeugen D zum Beweise dafür, daß er (Beschwerdeführer) 'im Begriff war, am Montag eine geregelte Arbeit anzutreten' (S. 171 d. A.).

Durch das ablehnende Zwischenerkenntnis wurden indes Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers nicht hintangesetzt:

Die Frage, ob der Beschwerdeführer nach Verübung der Diebstähle einem Erwerb nachgegangen wäre, war nicht von Einfluß auf die Entscheidung über die Schuld, weil, worauf schon das Erstgericht zutreffend verwies, die beschäftigungslosen und einkommenslosen beiden Angeklagten bei ihrer Festnahme und daher auch zur Zeit der Taten (Punkt I des Schulterspruches) ohne Bargeld waren (vgl. S. 8, 16, 43, 55, 61 a, 63 verso, 63 a, 161 d.A.) und der bloße spätere Antritt einer offensichtlich monatsweise entlohnnten Arbeit (vgl. S. 63 a) für den Beschwerdeführer noch nicht den sofortigen Bezug eines Einkommens bedeutet hätte.

Somit schlägt die Verfahrensrüge nicht durch.

Die weiteren Beschwerdeausführungen des Angeklagten A unter dem Nichtigkeitsgrund der Z. 5 des § 281 Abs 1 StPO. stellen nach Inhalt und Zielsetzung im wesentlichen nichts anderes dar, als eine im Nichtigkeitsverfahren vor dem Obersten Gerichtshof unzulässige und daher unbeachtliche, überdies einzelne Passagen der Urteilsgründe aus dem Zusammenhang läsende, Bekämpfung der freien Beweiswürdigung des Schöffengerichtes, das die leugnende Verantwortung der Angeklagten formal mängelfrei als unglaubwürdig verwarf.

Entgegen dem Beschwerdevorwurf einer Undeutlichkeit wird im Spruch und in den Gründen des erstgerichtlichen Urteils unzweideutig zum Ausdruck gebracht, daß der Angeklagte A die drei Kraftfahrzeuge an den Seitenfenstern mit einem Schraubenzieher aufzubrechen trachtete, während der Angeklagte B Aufpasserdienste leistete, wobei der gemeinschaftliche Tatentschluß (Zueignungs- und Bereicherungsvorsatz) der Täter (§ 127 Abs 2 Z. 1 StGB.) auf die Verschaffung von Geld oder Waren gerichtet war (Seiten 175, 180-182 d.A.). Die tatsächlichen Schlußfolgerungen, die das Erstgericht zu diesen Annahmen über das Tatverhalten der Angeklagten führten, sind mängelfrei, weil logisch, zureichend, mit der Gerichtserfahrung im Einklang stehend und, der Beschwerde zuwider, durch die Beweisergebnisse, insbesondere durch die Aussagen des Tatzeugen E (S. 19 ff., 89 ff., 165 f.d.A.) gedeckt.

Die von der Beschwerde bekämpfte Feststellung zu Punkt I 2 des Schulterspruches, die Angeklagten hätten sich in

diesem Fall 'in gleicher Weise' an dem PKW. 'zu schaffen gemacht' (Seite 180 d.A.), ist nicht isoliert zu betrachten, sondern im Zusammenhang mit dem Folgesatz, wonach die Vorgangsweise (der Täter) 'wie im erstbeschriebenen Fall' (Punkt I 1 des Schulterspruches) war. Damit geht mit genügender Deutlichkeit hervor, daß das Erstgericht, die Verhaltensweisen der Angeklagten differenzierend, auch im zweiten Fall den Versuch des Angeklagten A, mit einem Schraubenzieher den PKW. zu öffnen und ein Vorpaßhalten des Angeklagten B als erwiesen annahm. Ob dieses Vorpaßhalten aber (wie im ersten Fall) auf derselben oder auf der gegenüberliegenden Seite der Straße (wie dies der Zeuge E für den zweiten Fall deponiert) stattfand, ist, entgegen der Beschwerdeauffassung, weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Beziehung von Bedeutung. Beide Tatmodalitäten bedeuten die für die Gesellschaftsqualifikation des Diebstahls (§ 127 Abs 2 Z. 1 StGB) wesentliche Beteiligung (§ 12 StGB) des Vorpaß haltenden Täters an der Tat, während deren Ausführung durch den anderen Täter bei gleichzeitigem räumlichen Naheverhältnis.

Soweit der Beschwerdeführer A mit Beziehung auf die Aussagen des Tatzeugen, wonach er nicht habe feststellen können, ob die von ihm an den Kraftfahrzeugen wahrgenommenen Kratzspuren frisch waren (S. 166 d.A.), im Rahmen der Mängelrüge dem Sinne nach das Unterbleiben von Erhebungen über das Alter der erwähnten Beschädigungen (die das Erstgericht aber formal mängelfrei als von den gegenständlichen Einbruchsversuchen herrührend feststellte) releviert, verkennt er, daß ein Verfahrensmangel nicht aus dem Nichtigkeitsgrund der Z. 5, sondern nur aus jenem der Z. 4 des § 281 Abs 1

StPO. gerügt werden darf und für die Geltendmachung des letzteren Nichtigkeitsgrundes die formelle Voraussetzung schon einer entsprechenden Antragstellung in der Hauptverhandlung fehlt. Davon abgesehen ergibt sich, wie am Rande erwähnt sei, aus der Aussage der Zeugin Ernestine F, auf deren Aussagen das Erstgericht seine Feststellungen u.a. stützt, daß die Beschädigung an ihrem PKW. (Punkt I 1 des Schulterspruches) neu war (vgl. S. 169 d.A.). Erweisen sich somit die Beschwerdeinwendungen unter dem Nichtigkeitsgrund der Z. 5 des § 281 Abs 1 StPO.

ebenfalls als nicht stichhäftig, so ist die auf die Z. 9 lit a leg. cit. gestützte Rechtsrüge insoweit nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt, als, teils unter Verweisung auf die Ausführungen der Mängelrüge, nach Art einer Schuldberufung die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes bekämpft werden. Mit der Behauptung, im Urteil sei nicht festgestellt, welche Gegenstände die Angeklagten hätten stehlen wollen, übergeht der Beschwerdeführer die bereits erwähnte Konstatierung, wonach der Vorsatz der beiden Angeklagten auf den Diebstahl von Geld oder Waren gerichtet war.

Die in der Beschwerde als fehlend reklamierte Feststellung, welche Gegenstände sich in den Kraftfahrzeugen tatsächlich befunden hatten, war entbehrlich, weil ein allfälliges Fehlen von Geld oder Waren, deren Ziel die diebischen Angriffe waren, in den PKW. für die unter Anlegung eines abstrahierenden und generalisierenden Maßstabes vorzunehmende Beurteilung der Versuchstauglichkeit (§ 15 Abs 3 StGB) unmaßgeblich war und ein nur wegen Fehlens an sich existenter Sachen jener Personen, deren PKW. von den Tätern aufzubrechen versucht worden waren, gescheiterter Diebstahlsversuch daher nur relativ untauglich und somit ebenfalls strafbar wäre (so schon 13 Os 145/80).

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Johann A versagt deshalb zur Gänze.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Herbert B:

Soweit dieser Angeklagte in Ausführung des Nichtigkeitsgrundes der Z. 5 des § 281 Abs 1 StPO., ähnlich dem Angeklagten A, die Feststellung zu Punkt I 2

des Schulterspruches, wonach sich beide Angeklagten an dem PKW 'zu schaffen gemacht' hätten, bemängelt, sei er zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Erörterung zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A verwiesen.

Im weiteren bekämpft auch der Angeklagte B - unter anderem mit der Behauptung, es hätte zumindest im Zweifel seiner Verantwortung Glauben geschenkt werden müssen - nur die Beweiswürdigung des Schöffengerichtes, ohne in Ansehung dessen tatsächlichen Schlußfolgerungen einen Begründungsmangel formaler Natur in der Bedeutung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z. 5 StPO. aufzuzeigen.

Ziffernmäßig noch unter dem Nichtigkeitsgrund der Z. 5, der Sache nach als materielle Nichtigkeit nach der Z. 9 lit a bzw. b des § 281 Abs 1 StPO. macht der Angeklagte B geltend, daß er bei den Diebstahlsversuchen nicht selbst 'Hand angelegt' habe, auch A 'eigentlich von seinen Versuchen zurückgetreten' sei, und rügt ferner sinngemäß das Unterbleiben von Feststellungen zur Frage des Vorhandenseins von Sachen von Wert in den PKW.

Damit verkennt der Beschwerdeführer, daß schon das ihm angelastete Vorpaßhalten am Tatort oder in dessen Nähe

die Qualifikation des Gesellschaftsdiebstahles nach dem § 127 Abs 2 Z. 1 StGB. begründet. Was den strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (§ 16 StGB.) anlangt, so traf weder das Erstgericht eine Feststellung hierüber noch wäre eine solche nach den Verfahrensergebnissen indiziert gewesen.

Zum behaupteten Feststellungsmangel in Ansehung der Frage der Versuchstauglichkeit sei erneut auf die Ausführungen zu dem entsprechenden Beschwerdeeinwand des Angeklagten A verwiesen. Geht die Nichtigkeitsbeserwirde des Angeklagten B im bisher behandelten Umfang fehl, so kann seinem unter dem Nichtigkeitsgrund der Z. 10 des § 281 Abs 1 StPO. erhobenen Einwand einer unrichtigen rechtlichen Subsumtion des zum Nachteil seiner Lebensgefährtin verübten Diebstahls einer Pelzkappe (Punkt II des Schulterspruches) im Ergebnis Berechtigung nicht abgesprochen werden.

Diese Tat stellt sich, weil im Familienkreis begangen, als privilegierter Diebstahl nach dem § 166 Abs 1 StGB. und daher als rechtlich selbständiges Delikt dar, für das im Verhältnis zu nicht privilegierten Diebstählen auch das Zusammenrechnungsprinzip (§ 29 StGB.) nicht gilt (Leukauf-Steininger2, RN. 18 zu § 166 StGB.; 10 Os 116/78).

Die Unterstellung der vom Schulterspruch Punkt II erfaßten - überdies vollendeten - Tat gemeinsam mit den Diebstahlsversuchen laut dem Schulterspruch Punkt I unter den Tatbestand des Verbrechens 'des versuchten Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 15, 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 129 Z. 1, 166 StGB.' ist daher verfehlt. Rechtsrichtig ist die strafrechtliche Subsumtion einerseits der dem Angeklagten B im Punkt I des Schulterspruches zur Last liegenden versuchten Diebstähle unter das Tatbild des Verbrechens des versuchten Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 15, 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 129 Z. 1 StGB.

und andererseits des vollendeten Diebstahls laut dem Punkt II des Schulterspruches unter den Tatbestand des Vergehens des im Familienkreis begangenen Diebstahls nach dem § 166 Abs 1 StGB. getrennt vorzunehmen.

Nur in diesem Belange ist die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten B begründet.

Im übrigen war sie gleich jener des Angeklagten A zu verwerfen.

Zur Maßnahme nach § 290 Abs 1 StPO.:

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerden vermochte sich der Oberste Gerichtshof davon zu überzeugen, daß das Ersturteil im Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft dieses Angeklagten mit einer von ihm nicht geltend gemachten und sich zu seinem Nachteil auswirkenden Nichtigkeit nach der Z. 11 des § 281 Abs 1 StPO. behaftet ist. Gemäß dem § 38 Abs 1 StPO. war diesem Angeklagten nämlich die Vorhaft nicht erst ab dem 10. November 1980, 8,30 Uhr (dem Zeitpunkt der Einlieferung in das gerichtliche Gefängenhaus), sondern schon ab dem 8. November 1980, 13,00 Uhr, (vgl. S. 5, 15 d.A.) anzurechnen gewesen.

In amtsweiger Wahrnehmung dieser Nichtigkeit nach dem § 290 Abs 1 StPO. war daher der Ausspruch über die Vorhaftanrechnung beim Angeklagten A entsprechend zu ergänzen.

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, daß auch die Vorhaftanrechnung beim Angeklagten B im erstgerichtlichen Urteil insofern unzutreffend ist, als diesem Angeklagten eine Haftzeit beginnend mit 8. November 1980, 8,30 Uhr, angerechnet wurde, obwohl die beiden Angeklagten die im Punkt I des erstgerichtlichen Urteils bezeichneten Diebstahlsversuche erst gegen 13 Uhr dieses Tages verübten und danach festgenommen wurden. Diese sich zum Vorteil des Angeklagten B auswirkende Vorhaftanrechnung hatte der Oberste Gerichtshof unverändert aus dem erstgerichtlichen Urteil zu übernehmen.

Zur Neubemessung der Strafe beim Angeklagten B und zu den Berufungen:

Bei der Strafbemessung beim Angeklagten B erachtete der Oberste Gerichtshof als erschwerend die Begehung mehrerer strafbarer Handlungen derselben und verschiedener Art, den Umstand, daß dieser Angeklagte schon wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhender Taten verurteilt wurde, den raschen Rückfall und die zweifache Deliktsqualifikation, als mildernd, daß es in den Urteilsfakten I beim Versuch blieb, und im Urteilsfaktum II eine teilweise Schadengutmachung durch eine Dritte in Form der Übergabe des Pfandscheins über die Pelzkappe an die Geschädigte. Eine untergeordnete Beteiligung bei den Urteilsfakten I, die der Angeklagte B für sich als mildernd in Anspruch nimmt, kann angesichts der arbeitsteiligen Vorgangsweise der Täter nicht angenommen werden.

Auf der Basis der festgestellten Strafzumessungsgründe erachtete der Oberste Gerichtshof die Verhängung einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 15 Monaten der Schuld des Täters und dem Unrechtsgehalt der Taten angemessen.

Den Angeklagten A verurteilte das Erstgericht nach § 129 StGB. zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 10 Monaten. Es wertete bei diesem Angeklagten als erschwerend den raschen Rückfall, die Straffälligkeit innerhalb einer ihm gesetzten Probezeit, die Mehrheit der Angriffe und einschlägige Vorstrafen, als mildernd, daß es beim Versuch blieb.

Der Angeklagte A strebt mit seiner Berufung eine Herabsetzung des Ausmaßes der Freiheitsstrafe und die Gewährung bedingter Strafnachsicht an, die Staatsanwaltschaft begeht mit ihrer Berufung, soweit sie diesen Angeklagten betrifft, deren Erhöhung. Keiner der Berufungen kommt Berechtigung zu.

Zu Unrecht wurde allerdings eine Tatverübung innerhalb einer diesem Angeklagten (anlässlich einer bedingten Entlassung) bestimmten Probezeit als erschwerend gewertet; dieser Umstand soll nach dem Willen des Gesetzgebers allein für den Widerruf Bedeutung haben (Dokumentation zum Strafgesetzbuch, S. 88, linke Spalte). Unzutreffend ist auch die Annahme (mehrerer) einschlägiger Vorstrafen;

nur eine - allerdings gewichtige - Vorstrafe beruht auf der gleichen schädlichen Neigung. Das Erstgericht unterließ aber andererseits, die zweifache Deliktsqualifikation als erschwerend heranzuziehen. Auf der Grundlage der solcherart korrigierten Strafzumessungsgründe erachtete der Oberste Gerichtshof die vom Erstgericht verhängte Freiheitsstrafe im Ergebnis der durch einen besonders raschen Rückfall sehr beschwerten Schuld des Täters angemessen. Eines höheren Strafausmaßes bedarf es allerdings unter dem Blickwinkel des im § 32 Abs 3 StGB. zum Ausdruck kommenden allgemeinen Grundsatzes für die Strafbemessung deshalb nicht, weil alle drei dem Angeklagten A zur Last fallenden Angriffe beim Versuch blieben und daher - von Kratzspuren auf den angegriffenen PKW. abgesehen - kein Schaden eintrat.

Für eine bedingte Strafnachsicht ist schon im Hinblick auf das Vorleben des Angeklagten A, das durch eine schwere wegen einschlägiger Delikte verhängte Vorstrafe gekennzeichnet ist, kein Raum.

#### **Anmerkung**

E03328

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

ECLI:AT:OGH0002:1981:0130OS00125.81.0917.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19810917\_OGH0002\_0130OS00125\_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)