

# TE OGH 1979/11/22 130s137/79

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.1979

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 22.November 1979

unter dem Vorsitz des Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Pallin in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska, Dr. Müller, Dr. Horak und Dr. Hörburger als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Böhm-Hiller als Schriftführers in der Strafsache gegen Franz A und andere wegen des Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z. 1, 128 Abs. 1 Z. 4, 129 Z. 1 und 2 StGB., des Vergehens des unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach den §§ 136 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 erster Fall StGB. und des Vergehens des schweren Betruges nach den §§ 146, 147 Abs. 1 Z. 1 und 2 und Abs. 2 StGB. über die vom Angeklagten Johann B gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengerichts vom 11.April 1979, GZ. 4 d Vr 9935/78-59, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung und die vom Angeklagten Franz A erhobene Berufung sowie über die von der Staatsanwaltschaft erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrates des Obersten Gerichtshofes Dr. Hörburger, der Ausführungen der Verteidiger der Angeklagten, Rechtsanwälte Dr. Hummer und Dr. Strigl, und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwaltes Dr. Kodek, zu Recht erkannt:

Die Nichtigkeitsbeschwerden des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft werden verworfen.

Gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO. wird aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerden der Punkt C/ des Schuldspruchs, jedoch nur insoweit, als beim Betrug ein 5.000 S übersteigender Schaden angenommen und er daher dem § 147 Abs. 2 StGB.

unterstellt wurde, sowie demnach auch im Strafausspruch aufgehoben und unter Ausschaltung des vorerwähnten Ausspruchs eines 5.000 S übersteigenden Schadens sowie der Eignung des Betruges nach dem § 147 Abs. 2 StGB. gemäß dem § 288 Abs. 2 Z. 3 StPO. erkannt:

## Spruch

Franz A und Johann B werden für das ihnen nach dem unberührten Teil des erstgerichtlichen Schuldspruches zur Last fallende Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z. 1, 128 Abs. 1 Z. 4, 129 Z. 1 und 2 StGB. (Faktum A/), des Vergehens des unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach den §§ 136 Abs. 1, 2, 3 erster Fall StGB. (Faktum B/) und des Vergehens des schweren Betruges nach den §§ 146, 147 Abs. 1 Z. 1 StGB. (Faktum C/) unter Anwendung des § 28 StGB. nach § 129 StGB. zu Freiheitsstrafen in der Dauer von je 18 Monaten verurteilt.

Der Ausspruch über die Vorhaftanrechnung gemäß dem § 38 Abs. 1 StGB. wird aus dem Ersturteil übernommen.

Mit ihrer Berufung werden die Angeklagten auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß dem § 390 a StPO. fallen den Angeklagten die jeweils durch sie verursachten Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil die Angeklagten Franz A und Johann B zu A/ des Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z. 1, 128 Abs. 1 Z. 4, 129 Z. 1 und 2 StGB., zu B/

des Vergehens des unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach den §§ 136 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 erster Fall StGB. und zu C/ des Vergehens des schweren Betruges nach den §§ 146, 147 Abs. 1 Z. 1 und 2 und Abs. 2 StGB. schuldig erkannt.

Nach dem Inhalt des Schuldspruches haben zu A/ die Angeklagten mit Ausnahme des Teilfaktums A/III/, eines im Februar 1978 von Johann B in Gesellschaft des abgesondert verfolgten Günther C zum Nachteil eines Unbekannten durch Einbruch in einem PKW. verübten Diebstahls eines Fotoapparates und eines Rasierapparates im Gesamtwert von 8.000 S, und des Faktums A/V, eines Diebstahls von Werkzeugen im Gesamtwert von 500 S durch Franz A zum Nachteil des Erziehungsheimes Eggenburg, in der Zeit vom 12. bis zum 25. November 1978 zu A/I beide in Gesellschaft als Beteiligte, teilweise in Gesellschaft weiterer abgesondert verfolgter Täter gemeinsam 1.) durch Einbruch oder Eindringen mit einem nicht zum ordnungsgemäßen Öffnen bestimmten Werkzeug in 12 Fällen, 2.) durch Aufbrechen eines Behältnisses in zwei Fällen, 3.) (ohne Überwindung eines Hindernisses) in weiteren fünf Fällen Bargeld und verschiedene Sachwerte mit einem Gesamtschaden, soweit er ziffernmäßig feststellbar war, von ca. 50.000 S; zu II Franz A überdies in Gesellschaft des abgesondert verfolgten Adolf D durch Einbruch in zwei Angriffen Elektrogeräte, Kleidungsstücke und Lebensmittel im Gesamtwerte von 2.000 S;

4.) Johann B allein durch Einbruch eine Stereoanlage im Werte von 4.000 S gestohlen;

Zu B/ beide Angeklagte im bewußten und gewollten Zusammenwirken in zwei Fällen Kraftfahrzeuge in Gebrauch genommen, nachdem sie sich die Gewalt über die Fahrzeuge durch eine im § 129 StGB. geschilderte Handlung verschafften, wobei an einem Fahrzeug ein Schaden in der Höhe von 9.000 S entstand;

Zu C/ ebenfalls beide als Beteiligte gemäß dem § 12 StGB. zu C/1) A) und B) durch Vorlage von den im Faktum A/II/ von Franz A widerrechtlich erlangten und in der Folge verfälschten Scheckformularen in zwei Fällen Firmenangestellte zur Ausfolgung von Waren im Werte von 2.990 S und überdies zu C/2) durch die Vorgabe, zahlungsfähige und zahlungswillige Kunden zu sein, einen Tankwart zur Ausfolgung von Benzin im Wert von 230 S verleitet. Diesen Schuldspruch, jedoch ausdrücklich nur in den Fakten A/I 1) bis 3), IV und C/1) a) und b), bekämpft der Angeklagte Johann B mit einer auf die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs. 1 Z. 5, 9 lit. a und b und 10 StPO. gestützten Nichtigkeitsbeschwerde. Die Staatsanwaltschaft rügt unter Anziehung der Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs. 1 Z. 5 und 10 StPO. das Urteil insoweit, als vom Erstgericht die Qualifikation einer gewerbsmäßigen Begehung der Diebstähle zu A/ und der Betrügereien zu C/ des Schuldspruches nicht angenommen wurde.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Johann B:

Die Mängelrüge wendet sich zunächst unter dem Gesichtspunkt einer Unvollständigkeit gegen die Urteilsannahme der Täterschaft des Angeklagten in den Fakten A I 1, a bis c sowie e bb) und dd), 3 b

bb) und 3 c aa) des Urteilsatzes mit der Behauptung, der Schuldspruch sei in diesen Fakten nicht durch das Geständnis der Angeklagten gedeckt, andere Gründe seien dafür aber nicht angegeben worden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der geltend gemachte Begründungsmangel liegt nicht vor. Die Beschwerde übersieht, daß sich der Angeklagte B nach dem Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls (mit Ausnahme des zu A I 1 c aa) angeklagten Diebstahls eines Fotoapparates zum Nachteil des Walter E, von welcher Tat der Angeklagte freigesprochen wurde) ausdrücklich im Sinne der Anklage schuldig bekannt hat (Band II Seite 43), die Verantwortung des Mitangeklagten A ausdrücklich für richtig erklärte (Band II Seite 52) und auch hinsichtlich des zum Nachteil der Petra F verübten Diebstahls (Faktum A I 1 e dd) des Urteilsspruches) - an welche Tat er sich zunächst nicht erinnern wollte - ein Geständnis abgelegt hat (Band II Seite 53). Die Feststellungen des Ersturteils zu den bekämpften Fakten sind daher durch das Geständnis des Beschwerdeführers und des Mitangeklagten Franz A gedeckt.

Da der Beschwerdeführer nach den (in dieser Richtung nicht bekämpften) Urteilsfeststellungen die zu A I des Urteilsatzes angeführten Taten in Gesellschaft des Franz A als Beteiligten (§ 127 Abs. 2 Z. 1 StGB.) begangen hat, ist

der weitere Einwand der Mängelrüge (Punkt I 1, 2 und 8), er habe im Faktum A I 1 a und A I 3 c aa selbst nur einen Kassettenrecorder bzw. einen Aschenbecher gestohlen, nicht aber die weiteren zu diesen Fakten im Urteilsspruch angeführten Gegenstände, weiters die Behauptung, die zu I 1 b des Urteilssatzes angeführten Tomaten habe sich lediglich Franz A zugeeignet (der diese auch gegessen habe), unbeachtlich, weil der Gesellschaftsdiieb auch für jenen Teil des Diebsguts haftet, den sein Komplize im Rahmen des gemeinsamen Tatentschlusses stiehlt und für sich behält (Leukauf-Steininger, Komm. 2, § 127

StGB., RN. 78).

Zum Faktum A I e bb des Urteilsspruches bringt der Beschwerdeführer in seiner Mängelrüge vor, er habe sich den im PKW. des Alexander G verwahrten Koffer nicht zugeeignet, sondern diesen unmittelbar nach der Wegnahme aus dem PKW. in der Nähe des Tatortes stehen gelassen. Wenn der Angeklagte mit diesen Ausführungen einen Begründungsmangel dahin geltend macht, daß diese Tatsache bei der Feststellung des Bereicherungsvorsatzes nicht berücksichtigt wurde, so steht dieser Umstand einer Feststellung des Bereicherungsvorsatzes zum Zeitpunkt der Wegnahme des Koffers (die nicht etwa aus bloßer Neugier sondern eben deshalb erfolgte, weil es die Angeklagten auf den Aktenkoffer selbst oder seinen Inhalt abgesehen hatten) nicht entgegen, weil das (der Wegnahme zeitlich nachfolgende) Stehenlassen des Koffers seine Ursache eben darin hatte, daß sich diese Erwartungen der Angeklagten über den Wert des Koffers oder seines Inhalts nicht erfüllten. Der Diebstahl von Scheckformularen wurde dem Angeklagten nicht angelastet, sodaß die Ausführungen der Beschwerde (die die Annahme eines Bereicherungsvorsatzes bei Wegnahme der Scheckformulare bekämpft) insoweit ins Leere gehen.

Es ist der Mängelrüge zwar zuzugeben, daß im Faktum A I 3 b bb (Diebstahl einer Autobatterie in nicht mehr feststellbaren Werte z. N. der Gertrude H) - abgesehen von der Wiedergabe der verba legalia im Urteilsspruch - weder auf Grund der Urteilsfeststellungen (die sich auf die Konstatierung beschränken, daß die Angeklagten diese Autobatterie an sich genommen und für sich benützt haben) noch auf Grund des zu den Urteilsgrundlagen erhobenen Geständnis der Angeklagten anzunehmen ist, daß der Beschwerdeführer und der Mitangeklagte A mit Bereicherungsvorsatz für sich handelten oder einen Dritten um den Wert dieser Sache bereichern wollten. Da die Ansichnahme der Autobatterie eine Schädigung der Eigentümerin nach sich zog und (nach den Urteilskonstatierungen und dem Geständnis des Mitangeklagten A) ein Handeln mit dem Vorsatz, den Berechtigten dauernd um die weggenommene Sache zu bringen, anzunehmen ist, hätte rechtsrichtig ein Schuldspruch wegen Vergehens der dauernden Sachentziehung nach dem § 135 Abs. 1 StGB. ergehen müssen. Da die Qualifikation des Gesellschaftsdiebstahls ohnedies aus anderen Fakten angenommen wurde, ebenso die des § 128 Abs. 1 Z. 4 StGB. und sich an deren Bestand durch die Ausscheidung dieses Faktums nichts ändern würde, würde eine solche Korrektur des Schuldspruchs nicht zugunsten des Beschwerdeführers ausfallen, weil zum Schuldspruch wegen Verbrechen des Diebstahls nach den §§ 127 Abs. 1

und Abs. 2 Z. 1, 128 Abs. 1 Z. 4, 129 Z. 1 und 2 StGB. (wenn auch unter Wegfall eines Faktums) noch ein weiterer Schuldspruch wegen Vergehens der dauernden Sachentziehung nach dem § 135 Abs. 1 StGB. hinzuträte, was bei der Strafbemessung (§ 33 Z. 1 StGB.) zu berücksichtigen wäre. Da eine rechtsrichtige Anwendung des Gesetzes solcherart nicht entscheidend zum Vorteil des Angeklagten ausschlüge und von diesem in dieser Richtung auch gar nicht reklamiert wurde, war die Nichtigkeitsbeschwerde auch in diesem Umfange zu verwerfen.

In seiner Rechtsrüge bekämpft der Beschwerdeführer zunächst formell unter Bezugnahme auf den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 9 lit. a StPO. den Schuldspruch in den Fakten A I 3 c bb, A II, A IV und C 1 des Urteilssatzes.

Der Rüge kommt keine Berechtigung zu.

Soweit die Beschwerde unter diesem Nichtigkeitsgrund (und auch unter dem der Z. 10 des § 281 Abs. 1 StPO. als Feststellungsmangel) hinsichtlich des Diebstahls zum Nachteil der Viktoria I (A I 3 c bb des Urteilssatzes, der Geschädigte wird in der Beschwerde irrtümlich als Alexander G bezeichnet) das Fehlen der Feststellung rügt, daß die Tür des Fahrzeuges der Viktoria I zum Tatzeitpunkt offen gewesen sei und daher nicht erbrochen wurde, übersieht sie, daß diese von ihr vermißte Feststellung ohnedies getroffen (Band II Seite 77) und die Tat auch nicht als Einbruchsdiebstahl qualifiziert wurde. Faktum A II des Urteilssatzes ist nicht Gegenstand des gegen den Beschwerdeführer ergangenen Schuldspruches, sodaß die Ausführungen der Beschwerde zu diesem Nichtigkeitsgrund (und auch zu dem der Z. 10 des § 281 Abs. 1

StPO.) ins Leere gehen.

Soweit die Beschwerde unter diesem Nichtigkeitsgrund (und auch unter

Bezugnahme auf die Z. 9 lit. b des § 281 Abs. 1 StPO.) das Unterbleiben der Feststellung behauptet, der Beschwerdeführer B sei beim Öffnen der Türe des PKW. des Horst J (Faktum A IV) 'im betrunkenen Zustand gewesen', woraus sich seine Zurechnungsunfähigkeit ergeben hätte, wirft sie dem Urteil aber in Wahrheit nicht vor, daß es in einem entscheidungswesentlichen Punkte keine (hinreichenden) Feststellungen enthalte, sondern erklärt sich dadurch beschwert, daß das Gericht nicht zu anderen, nämlich für den Beschwerdeführer vorteilhafteren Feststellungen gelangt sei. Nicht einmal der Angeklagte selbst hat jemals behauptet, er hätte sich im Zeitpunkt der Begehung dieser Straftat in einem die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rauschzustand befunden, er hat sich vielmehr lediglich darauf berufen, daß er 'etwas getrunken' gehabt habe (Band II Seite 53).

Wenn die Beschwerde die Urteilsfeststellungen zur Begründung des Schuldspruches wegen Vergehens des schweren Betruges unter Benützung falscher Urkunden (Faktum C 1 des Urteilsatzes) für nicht ausreichend hält, weil lediglich der Mitangeklagte A die dem Karl K gestohlenen Schecks ausgefüllt und eine Feststellung fehle, daß der Angeklagte von diesen Fälschungshandlungen gewußt habe, übergeht sie die Feststellungen des Ersturteils, daß die Verwertung dieser gestohlenen Schecks im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Mitangeklagten A erfolgte. Die Beschwerde weicht damit von den Urteilsfeststellungen ab und bringt den materiellen Nichtigkeitsgrund nicht zur prozeßordnungsgemäßen Darstellung.

Auch der - formell auf den Nichtigkeitsgrund der Z. 10 des § 281 Abs. 1 StPO. gestützte - Einwand der Beschwerde ist nicht begründet, das Urteil qualifiziere rechtsirrig alle Fälle des Aufbrechens von Kraftfahrzeugen als Verbrechen nach dem § 129 Z. 2 StGB. Das Erstgericht hat nur die Straftaten zu den Fakten A I 2 dieser Gesetzesstelle unterstellt; dies mit Recht, weil in diesen Fällen von den beiden Angeklagten ein Zigarettenautomat und eine Holzkiste aufgebrochen wurden, die Einbruchsdiebstähle in Transportmittel wurden ohnedies richtig dem § 129 Z. 1 StGB. unterstellt (Fakten A I, III und IV des Urteilsatzes).

Die Nichtigkeitsbeschwerde dieses Angeklagten war daher zu verwerfen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft:

Unter den Nichtigkeitsgründen der Z. 5 und 10 des § 281 Abs. 1 StPO. bekämpft die Staatsanwaltschaft die Nichtannahme der Qualifikation der den Angeklagten angelasteten Diebstähle und Betrügereien als gewerbsmäßig im Sinne der §§ 130 und 148 StGB.

Auch dieser Beschwerde kommt keine Berechtigung zu. Das Schöffengericht hat eine gewerbsmäßige Begehung der Diebstähle mit der Begründung verneint, daß angesichts der Kürze des Deliktszeitraumes - ungeachtet der Vielzahl der begangenen Straftaten - nicht auf eine gewerbsmäßige Begehung geschlossen werden könne. Soweit die Staatsanwaltschaft in ihrer Mängelrüge behauptet, das Ersturteil habe Teile der Verantwortung der Angeklagten B und A, die auf eine gewerbsmäßige Begehung der Taten schließen lasse, mit Stillschweigen übergangen und auch einen inneren Widerspruch zwischen den Urteilsfeststellungen geltend macht, bringt sie in Wahrheit nur vor, daß aus den Beweisergebnissen auch andere (für die Angeklagten ungünstigere Schlußfolgerungen möglich waren) und bekämpft daher (unter diesem Nichtigkeitsgrund unzulässig) lediglich die ersterichterliche Beweiswürdigung. Soweit die Staatsanwaltschaft sodann unter Anrufung der Z. 10 des § 281 Abs. 1 StPO. dem Sinne nach darzutun versucht, es hätte das Erstgericht auf Grund der Verfahrensergebnisse die tatsächlichen Voraussetzungen für die Zurechnung einer gewerbsmäßigen Begehung des Diebstahls und des Betruges zu treffen gehabt, bringt sie nicht diesen oder einen anderen gesetzlichen Nichtigkeitsgrund zur Darstellung, sondern versucht lediglich in einer im Nichtigkeitsverfahren unzulässigen und damit unbeachtlichen Weise die freie richterliche Beweiswürdigung des Schöffensenates zu bekämpfen. Es erübrigt sich daher, auf diese Ausführungen weiter einzugehen.

Zur gleichfalls in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgeworfenen Frage einer allfällig gewerbsmäßigen Begehung des Betruges hat zwar das Erstgericht nicht Stellung genommen. Es kann aber auch hierin kein Mangel des Urteiles erkannt werden, weil im Verfahren keinerlei Umstände hervorgekommen sind, die Feststellungen in der Richtung einer gewerbsmäßigen Begehung des Betruges und damit seiner Eignung nach § 148 StGB. indiziert hätten.

Die unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft war daher gleichfalls zu verwerfen.

Gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO. vermag sich anlässlich der Nichtigkeitsbeschwerden der Oberste Gerichtshof davon zu

überzeugen, daß das Urteil im Schuldspruch wegen des Vergehens des Betrug es insoweit mit einem den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 10 StPO. verwirklichenden Nichtigkeitsgrund behaftet ist, als ihnen eine Eignung desselben nach dem § 147 Abs. 2 StGB. angelastet wurde. Ersichtlich auf Grund eines Versehens oder Rechenfehlers ist das Erstgericht nämlich irrig von einem Gesamtschaden beim Betrug über 5.000 S ausgegangen, wiewohl die Summe des aus drei Teilfakten sich ergebenden Schadens tatsächlich nur 3.220 S beträgt. Es war daher von Amts wegen auch zugunsten des Angeklagten A so vorzugehen, als ob dieser Nichtigkeitsgrund geltend gemacht worden wäre, dieser Ausspruch des Ersturteiles sowie der über die rechtliche Unterstellung des Betrug es unter den § 147 Abs. 2 StGB. aufzuheben und aus dem Urteil auszuschneiden, daher auch der Strafausspruch aufzuheben und die Strafen neu zu bemessen. Bei der Strafbemessung ist bei beiden Angeklagten erschwerend das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, die Vielzahl der deliktischen Angriffe und die Tatsache, daß sie schon wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Taten verurteilt worden sind; mildernd hingegen das Geständnis (das wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat), das (teilweise) Zustandebringen der Beute und der Umstand, daß die Taten nach Vollendung des 18. und vor Vollendung des 21. Lebensjahres begangen wurden. Bei Würdigung dieser Strafzumessungsgründe und der Tatsache, daß die beiden Angeklagten im Hinblick auf ihr Alter noch grundsätzlich resozialisierungsfähig sind und auch ihr Geständnis auf Schuldeinsicht hinweist, erachtet der Oberste Gerichtshof, daß bei beiden Angeklagten eine Freiheitsstrafe in der Dauer von je 18 Monaten ihrem Verschuldensgrad und dem Unrechtsgehalt der Taten angemessen ist.

Infolge Neubemessung der Strafen sind die Berufungen der beiden Angeklagten Franz A und Johann B gegenstandslos geworden.

#### **Anmerkung**

E02368

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

ECLI:AT:OGH0002:1979:0130OS00137.79.1122.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19791122\_OGH0002\_0130OS00137\_7900000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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