

# TE OGH 1979/7/17 90s62/79

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.07.1979

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 17. Juli 1979 unter dem Vorsitz des Hofrates des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini, Dr. Walenta, Dr. Schneider und Dr. Friedrich als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Maukner als Schriftführerin in der Strafsache gegen Herbert A wegen des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1, 130 und 15 StGB über die vom Angeklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung sowie über die von der Staatsanwaltschaft erhobene Berufung gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 14. Dezember 1978, GZ 2 d Vr 10.150/77-150, nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Friedrich, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Gruber und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Knob, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, welches im übrigen unberührt bleibt, in den Punkten I/3., /5. und /6. des Schulterspruchs, in den Aussprüchen, der Angeklagte habe die Diebstähle laut Punkt I und die Diebstahlsversuche laut Punkt II des Urteilssatzes in der Absicht vorgenommen, sich durch die wiederkehrende Begehung der Taten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, und sohin auch in der rechtlichen Beurteilung der in den aufrecht bleibenden Punkten I/1., /2. und /4. sowie II/1. bis /3. des Schulterspruchs bezeichneten Taten nach § 130 StGB sowie im Strafausspruch einschließlich des Ausspruchs über die Anrechnung der Vorhaft aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Der Berufung des Angeklagten gegen den Ausspruch über die privatrechtlichen Ansprüche wird dahin Folge gegeben, daß die gemäß § 369 StPO erfolgten Zusprüche an die Privatbeteiligten Hermann B und Elisabeth C aus dem Urteil ausgeschaltet und diese Privatbeteiligten gemäß § 366 StPO mit ihren Entschädigungsansprüchen auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden. Im übrigen werden der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft mit ihren Berufungen (gegen den Ausspruch über die Strafe) auf diese Entscheidung verwiesen.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Herbert A des Verbrechens des teils vollendeten und teils versuchten schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1, 130 (zu ergänzen: vierter Fall) und 15 StGB schuldig erkannt, begangen dadurch, daß er in der Zeit vom 1. Februar 1976 bis zum 27. November 1977

an verschiedenen Orten Österreichs in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Taten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, durch Einbruch oder Eindringen mit einem nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug teils in Personenkraftwagen und teils in ein Gebäude fremde bewegliche Sachen in einem 5.000 S übersteigenden Wert in sechs Fällen (mit einem Gesamtwert der betreffenden Sachen von rund 20.000 S) stahl (Fakten I/1. bis /6.) und in drei weiteren Fällen zu stehlen versuchte (Fakten II/1. bis /3.).

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten gegen diesen Schulterspruch kommt teilweise Berechtigung zu.

Keine Verfahrensmängel, die mit Nichtigkeit bedroht wären, macht der Beschwerdeführer, der jene 'Verfahrensumstände' als für ihn nachteilig rügt, mit seinen ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Nichtigkeitsgrund einleitend erhobenen Vorwürfen geltend, entgegen § 239 StPO seien sämtliche zur Beweisführung erforderlichen Gegenstände erst während der Hauptverhandlung in den Verhandlungssaal gebracht und zum Teil sogar erst durch einen Zeugen vorgelegt worden, entgegen § 248 Abs 4 StPO habe ihn der Vorsitzende nicht nach jeder Abhörung von Zeugen und Sachverständigen gefragt, ob er auf deren Aussagen etwas zu entgegnen habe, den Antrag auf Einholung eines kriminologischen Gutachtens habe er im Hinblick darauf zurückgezogen, daß der Vorsitzende das betreffende Faktum keinesfalls ausscheiden zu wollen erklärt und ihm in Aussicht gestellt habe, er werde bei Aufrechterhaltung seines Begehrens noch ein Jahr hier (gemeint: in Untersuchungshaft) sein, er würde sich aber zur Zurückziehung des Antrags nie entschlossen haben, wenn er mit einer Freiheitsstrafdauer von 26

Monaten gerechnet hätte. Sein allgemein gehaltener Einwand hinwieder, das Gericht habe entgegen § 246 StPO den Umfang des Beweisverfahrens durch eine vorzeitig gewonnene Überzeugung von seiner Schuld bestimmt, läßt die Anführung von konkreten Umständen vermissen, die nach seinem Dafürhalten einen Nichtigkeitsgrund bilden (§ 285 a Z 2 StPO).

50 01

Zu Unrecht reklamiert der Angeklagte ferner in Ansehung einiger Fakten eine 'unheilbare' Unzuständigkeit des Erstgerichts, weil insoweit bereits das Landesgericht Salzburg zuvorgekommen und eine Delegierung im Akt nicht ersichtlich sei, als Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1

StPO Denn eine örtliche Unzuständigkeit des nach der Anklageschrift (oder nach dem bezüglichen Erkenntnis des Gerichtshofs zweiter Instanz) zur Hauptverhandlung berufenen Schöffengerichts kann nach rechtskräftiger Versetzung des Beschuldigten in den Anklagestand nicht mehr eingewendet werden (§ 219 StPO) und dementsprechend weder den in der Beschwerde relevierten noch einen anderen Nichtigkeitsgrund verwirklichen.

Die Annahme der Gewerbsmäßigkeit selbst ohne darauf abzielende Anklage führt nicht zur Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 8 StPO Umsoweniger kann dieser Nichtigkeitsgrund vorliegend dadurch verwirklicht sein, daß das Gericht im Sinn der in der Hauptverhandlung vom 14.9.1978 - allerdings ohne Zustimmung des Angeklagten - in diese Richtung modifizierten Anklage erkannte. In bezug auf die Punkte I/1., /2. und /4. sowie II/1. bis /3. des Schulterspruchs geht die Nichtigkeitsbeschwerde auch im übrigen fehl.

Soweit er mit seinem auf § 281 Abs 1 Z 5 StPO gestützten Vorbringen formelle Begründungsmängel des Urteils im Sinn dieses Nichtigkeitsgrundes geltend macht, sind die Behauptungen des Beschwerdeführers nicht stichhältig. Zum Faktum I/1. kann vom Fehlen einer Begründung für die Feststellungen, daß der PKW der Eheleute D versperrt war und daß die Kratzspuren daran vom Angeklagten beim Einbruch verursacht wurden (S. 303/II), keine Rede sein: beide Konstatierungen hat das Schöffengericht ausführlich und aktengetreu aus den Aussagen der Zeugen E und F (ON 124, 146) in Verbindung mit jenen der Zeugen G und H (S. 266, 267/II, S. 57a vso in ON 59) abgeleitet und mit dem Hinweis auf deren Angaben zureichend begründet (S. 304/II). Einer besonderen Erörterung der im Akt erliegenden Fotos (S. 57e, f in ON 59) bedurfte es dabei nicht, weil diese - zumal das eine mit einem Teleobjektiv angefertigt wurde (S. 57c, d in ON 59) - keineswegs gegen die Überlegung sprechen, daß E und F den Angeklagten nur deshalb nicht als Täter identifizieren konnten, weil sie ihre Beobachtungen aus größerer Entfernung gemacht hatten. Zum Faktum I/4. hat das Erstgericht klar und deutlich begründet, warum es von der Richtigkeit der Aussage des Zeugen I überzeugt war; den Einwand des Angeklagten, eine Herkunft der Werkzeugspuren am Tatort von den beiden bei ihm vorgefundenen

Schraubenziehern könnte nicht mit Sicherheit festgestellt werden, sah es eben durch diese Aussage, aber auch durch die bezüglichen Lichtbilder (S. 89-93 in ON 59) und durch einen eigenen Vergleich der Schraubenzieher mit den von den Spuren abgenommenen Silikonabdrücken (S. 280-282/II) als widerlegt an (S. 306, 307/II).

Mit der Rüge, das Schöffengericht hätte darüber von Amts wegen ein kriminologisches Gutachten einholen müssen, behauptet der Beschwerdeführer der Sache nach nicht einen Begründungsmangel des Urteils nach Z 5, sondern einen Verfahrensmangel nach Z 4 des § 281 Abs 1 StPO. Diesen Nichtigkeitsgrund aber kann der Angeklagte schon in Ermangelung der formellen Voraussetzungen nicht mit Erfolg geltend machen, weil er nämlich seinen auf die nunmehr vermißte Beweisaufnahme gerichteten Antrag in der Hauptverhandlung ausdrücklich zurückgezogen hat (S. 287, 288/II).

In unzulässigen Angriffen nach Art einer Schuldberufung gegen die im Verfahren über Nichtigkeitsbeschwerden unanfechtbare schöffengerichtliche Beweiswürdigung erschöpfen sich jene Beschwerdeausführungen, mit denen der Angeklagte gegen den Nachweis seiner Täterschaft zum Faktum I/2. (S. 305, 306/II) sowie in bezug auf das Faktum I/1. dagegen argumentiert, daß das Erstgericht seiner Verantwortung, er habe seinen PKW zur Tatzeit an einen ihm Unbekannten verborgt gehabt, keinen Glauben schenkte (S. 304/II). Allein durch die Möglichkeit einer anderen Deutung von Verfahrensergebnissen kann eine Urteilsnichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO nicht dargetan werden;

ein Widerspruch der bekämpften Beweisführung zu den Denkgesetzen oder zu allgemeiner Lebenserfahrung aber wird mit der Beschwerde nicht aufgezeigt. Dasselbe gilt für diejenigen Einwände des Beschwerdeführers, mit denen er zum Faktum II/3. die vom Schöffengericht angenommene Glaubwürdigkeit des Zeugen J (S. 314, 315/II) anficht und zum Faktum II/2. die den Urteilsfeststellungen (S. 311, 312/II) zuwiderlaufende Möglichkeit hervorhebt, zur Tatzeit könnte nicht er den PKW seiner Gattin gelenkt haben, sondern ein unbekannter Entlehner des Fahrzeugs.

Verfehlt ist der sachlich den Nichtigkeitsgrund nach Z 9 lit. a des§ 281 Abs 1 StPO relevierende Einwand des Angeklagten, er habe nach Inhalt des Urteils bei den Fakten II/1. bis /3. keine Tathandlungen gesetzt, die in 'unmittelbarer sachfälliger' Beziehung zum tatbildmäßigen Unrecht stünden. Denn in seinem jeweiligen Tatverhalten, bei dem er mit der Absicht, aus den Autos ihm als brauchbar erscheinende Sachen, insbesondere Bargeld, sogleich zu stehlen, in zwei Fällen (II/1. und /3.) das betreffende Fahrzeug bereits aufzubrechen begann (S. 301, 302, 313, 314/II) und sich im dritten (II/2.) an einem weiteren PKW zu schaffen machte, indem er sich auf ihn lehnte, um ihn nach Diebgut abzusuchen, das er in unmittelbarer Folge an sich bringen könne (S. 311, 312/II), sind - wie das Schöffengericht zutreffend erkannte - durchaus schon ausführungsnahe Versuchshandlungen zu den geplanten Einbruchsdiebstählen im Sinn des § 15 Abs 2 StGB zu erblicken. Mit der Behauptung schließlich, das Urteil enthalte zu diesen Fakten keine Feststellungen, nach denen die Personenkraftwagen versperrt gewesen seien, macht der Angeklagte in Ansehung der bezüglichen Einbruchsqualifikation (§ 129 Z 1 StGB) inhaltlich eine Urteilsnichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO geltend. Damit bringt er jedoch die Rechtsrüge nicht zu prozeßordnungsgemäßer Darstellung, weil er sich über die teils ausdrücklich und teils dem Sinn gemäß unmißverständlich gegenteiligen Urteilsannahmen (S. 302, 311, 312, 313, 314/II) hinwegsetzt.

Soweit die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Punkte I/1., /2. und /4. sowie II/1. bis /3. des Schultspruchs gerichtet ist, war sie demnach zu verwerfen.

Mit Recht rügt der Beschwerdeführer dagegen zu den Punkten I/3., /5. und /6. des Schultspruchs Begründungsmängel des Urteils im Sinn des § 281 Abs 1 Z 5 StPO

Die Täterschaft des Angeklagten in diesen Fällen leitete das Erstgericht unter anderem daraus ab, daß dabei ebenso wie bei den Fakten I/1., /2. und /4. in 'Profi'-Manier nur Bargeld gestohlen wurde und daß nach seiner Festnahme am Tatort (Kaprun) keine Einbruchsdiebstähle aus Personenkraftwagen mehr registriert wurden (S. 309, 310/II).

Bei dieser Argumentation übergang es jedoch jene Aussage des Zeugen K mit Stillschweigen, wonach bei den Autoeinbrüchen vor der Festnahme des Angeklagten nicht bloß Bargeld, sondern auch Lederjacken und Photoapparate gestohlen wurden (S. 102/II): nimmt man bei Richtigkeit der Bekundung an, daß der Angeklagte als 'Profi' ausschließlich Bargeld stahl, dann liegt im Unterbleiben weiterer Einbrüche in PKWs nach seiner Verhaftung kein Indiz für die Stichhäftigkeit der Urteilsannahme, nach den Verhältnissen am Tatort sei die Täterschaft eines Dritten auszuschließen; diesfalls müßten ja die vorerwähnten Gebrauchsgegenstände jedenfalls durch einen anderen Täter entfremdet worden sein; zieht man aber auch für jene Diebstähle seine Täterschaft als möglich in Betracht, dann wird der Schlußfolgerung des Erstgerichtes daraus, daß bei den in Rede stehenden Fakten ebenso wie bei jenen, in denen

er durch andere Beweismittel überführt ist, lediglich Bargeld gestohlen wurde, weitgehend der Boden entzogen. Durch die Nichterörterung der bezeichneten Aussage ist demzufolge das angefochtene Urteil beim Ausspruch über entscheidende Tatsachen unvollständig geblieben. Dazu kommt noch, daß aus dem 'eher seltenen' Vorkommen von 1.000 DM-Noten keineswegs schon 'mit Sicherheit' darauf geschlossen werden kann, der beim Angeklagten vorgefundene Geldschein dieser Art sei mit dem beim Faktum I/3.

gestohlenen ident (S. 310/II), daß die Begehung der bis dahin bekannt gewordenen Autoeinbrüche des Angeklagten durchwegs zum Nachteil deutscher Staatsbürger durchaus nicht 'eindeutig' den vom Schöffengericht ohne jeglichen konkreten Anhaltspunkt gezogenen und bei der Beweiswürdigung verwerteten Schluß zuläßt, das bei ihm sichergestellte Bargeld in verschiedenen Währungen und im Wert von rund 180.000 S stamme aus strafbaren Handlungen, von denen den Sicherheitsbehörden wegen der Nichterstattung von Anzeigen durch geschädigte Ausländer wegen Sprachschwierigkeiten nur ein geringer Teil bekannt geworden sei (S. 310, 315/II), und daß ein den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung entsprechender Grund für eine Unwahrscheinlichkeit der Annahme, ein 'Fluchthelfer' erhalte seinen Lohn in verschiedenen Währungen und Banknoten, mit der die bezügliche Verantwortung des Angeklagten über die Herkunft der vorerwähnten Gelder einfach als 'lächerliche und völlig unglaubliche Schutzbehauptung' abgetan wurde (S. 310, 311/II), nicht zu erkennen ist.

Die aufgezeigten, nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO zur Urteilsnichtigkeit führenden Mängel reflektieren auch auf den vom Erstgericht aus dem Gesamtverhalten des Angeklagten, sohin aus der Begehung einer Vielzahl von Diebstählen, abgeleiteten (S. 315/II) Ausspruch über die Gewerbsmäßigkeit (§ 289 StPO); kann doch bei einer solchen für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit gegebenen Begründung nicht ausgeschlossen werden, daß das Gericht bei Wegfall einzelner Diebstahlsfakten (allenfalls sogar schon in tatsächlicher Hinsicht) zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

Demzufolge war der bezügliche Ausspruch zur Gänze aufzuheben und die Erneuerung des Verfahrens in erster Instanz in dem von der Nichtigkeit betroffenen Umfang anzurufen.

Insoweit war daher in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wie im Spruch zu erkennen, ohne daß es einer Erörterung des weiteren bezüglichen Beschwerdevorbringens bedurfte. Auf den vom Angeklagten verfaßten 'Nachtrag zur Nichtigkeitsbeschwerde' vom 5. März 1979 konnte nicht Rücksicht genommen werden, da im Gesetz nur eine einzige Beschwerdeausführung vorgesehen ist (§ 285 Abs 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung und der Angeklagte mit seiner Berufung gegen den Ausspruch über die Strafe waren auf diese Entscheidung zu verweisen.

Mit Recht bekämpft der Angeklagte ferner den Zuspruch von Entschädigungsbeträgen an die Privatbeteiligten B und C. Ein solcher wäre nämlich gemäß § 365 Abs 2

StPO nur nach seiner Vernehmung zu den geltendgemachten Ansprüchen zulässig gewesen (vgl. SSt 43/24 u.a.), die jedoch nach Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls (ON 149) unterblieben ist. In Stattgebung der bezüglichen Berufung des Angeklagten waren demnach die genannten Privatbeteiligten, deren Ansprüche sich auf strafbare Handlungen des Angeklagten begründen, die von der (teilweisen) Aufhebung des Schulterspruches nicht betroffen sind, unter gleichzeitiger Ausschaltung der bekämpften Zusprüche auf den Zivilrechtsweg zu verweisen (§ 366 StPO).

Die Kostenentscheidung fußt auf der bezogenen Gesetzesstelle. Sie ist eine Folge der - ungeachtet der teilweisen Aufhebung des Schulterspruchs und bezüglichen Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz nach Tunlichkeit zur Gänze (§ 389 Abs 2 StPO) - aufrecht bleibenden grundsätzlichen Kostenersatzpflicht des Angeklagten (vgl. Gebert-Pallin-Pfeiffer III/3 E.Nr. 8a, 14a zu § 390 a StPO).

### **Anmerkung**

E02124

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

ECLI:AT:OGH0002:1979:0090OS00062.79.0717.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19790717\_OGH0002\_0090OS00062\_7900000\_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)