

# TE OGH 1978/10/2 13Os50/78

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.10.1978

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 2. Oktober 1978

unter dem Vorsitz des Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Pallin und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska, Dr. Müller, Dr. Friedrich und Dr. Horak als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Schrammel als Schriftführers in der Strafsache gegen Wolfgang Dietrich A wegen des Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch nach den § 12, 127 Abs. 1, 128 Abs. 2, 129 Z 1 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die von dem Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengerichtes vom 21. Oktober 1977, GZ. 10 Vr 1570/ 76-219, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters Hofrates des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Kaltenbäck und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwaltes Dr. Stöger, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, in dem zu Punkt I) des Urteilssatzes ergangenen Schulterspruch des Angeklagten, soweit er damit auch in Ansehung einer Statue des Heiligen Nepomuk und zweier Bilder des Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch als Bestimmungstäter schuldig erkannt wurde, sowie in dem zu Punkt II/ des Urteilssatzes ergangenen Ausspruch, der Angeklagte habe die Hehlerei gewerbsmäßig begangen, und in der darauf beruhenden rechtlichen Unterstellung der ihm zur Last liegenden Hehlerei auch unter die Bestimmung des § 164 Abs. 3 Satz 1 - dritter Fall StGB, ferner im Strafausspruch und damit im Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Angeklagte Wolfgang Dietrich A der Verbrechen I/ des schweren Diebstahls durch Einbruch (als Beteiligter) nach den § 12, 127 Abs. 1, 128 Abs. 2, 129 Z 1 StGB und II/ der gewerbsmäßigen Hehlerei nach dem § 164 Abs. 1 Z 2, Abs. 2 und Abs. 3, dritter Fall, StGB schuldig erkannt und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, weil er zu I/ Anfang Juni 1971 in Graz und Hohenbrugg (an der Raab) den deshalb bereits rechtskräftig abgeurteilten Hermann B dazu bestimmte, am 4. Juni 1971 in Hohenbrugg an der Raab fremde bewegliche Sachen in einem 100.000 S übersteigenden Wert, nämlich drei Tabernakelschränke, einen Schreibtisch, einen Schubladenkasten, einen schmalen Kasten, eine Statue des Heiligen Nepomuk und zwei Bilder durch Einbruch (Einstiegen) in das Schloß Hohenbrugg an der Raab der Elisabeth C mit dem Vorsatz, sich durch diese Sachzueignung unrechtmäßig zu

bereichern, wegzunehmen, indem er wenige Tage zuvor mit Hermann B in dieses Schloß einstieg und ihm die zu stehlenden Gegenstände bezeichnete; zu II/: im Dezember 1968, im Februar oder März 1969 sowie von April bis Mai 1971 gewerbsmäßig Sachen in einem 5.000 S übersteigenden Wert, die ein anderer durch eine mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen erlangt hatte, durch Ankauf an sich brachte und verhandelte, und zwar 1.) die zwischen 4. und 9. November 1968 in Baumgarten bei Weißkirchen durch Einbruch in die Maxglankirche einem Verfügungsberechtigten des Pfarramtes Weißkirchen gestohlene gotische Holzfigur, darstellend einen sitzenden Bischof (heiliger Gregor), im Wert von 29.000 S, 2.) die Ende Jänner 1969 vom Hochaltar der Klosterkirche in Gleisdorf einem Verfügungsberechtigten des Pfarrhauses Gleisdorf gestohlenen vier Stück Rokokokerzenständer im Wert von 16.000 S, 3.) die am 5. April 1971 durch Einbruch in das Schloßmuseum Straßburg in Kärnten gestohlenen neun Hinterglasbilder im Wert von mindestens 9.500 S, einen handgeschnitzten Christuskopf im Wert von 5.000 S, einen Barockengel und zwei Kupferkessel unbekannten Wertes, 4.) die in der Zeit vom 4. bis 11. April 1971 durch Einbruch in das Heimatmuseum Arzberg gestohlenen Sachen, nämlich ein Hinterglasbild 'Herz-Maria' mit schwarzem Holzrahmen im Wert von 200 bis 300 S und ein Hinterglasbild 'Maria mit dem Kinde' mit schwarzem Holzrahmen im Wert von 400 bis 500 S, 5.) die am 10. April 1971 in St. Kathrein am Offenegg durch Einbruch dem Karl D gestohlene Holzstatue, darstellend den Heiligen Antonius, im Wert von 12.000 S sowie eine weitere Holzstatue, darstellend Maria mit dem Kind, im unbekannten Wert.

Seinen Schulterspruch bekämpft der Angeklagte mit einer ziffernmäßig auf die Nichtigkeitsgründe der Z 2, 4, 5, 10 und 11 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde. Eine Urteilsnichtigkeit im Sinn des erstangeführten Nichtigkeitsgrundes erblickt der Beschwerdeführer in der trotz seiner Verwahrung in der Hauptverhandlung vorgenommenen Verlesung der Angaben des Hermann B und des Werner Hans E als Beschuldigte bzw. Angeklagte in dem gesondert gegen sie beim Landesgericht für Strafsachen Graz geführten Verfahren AZ. 9 Vr 1477/71, und zwar vor Gericht und Gendarmerie; denn - so meint der Beschwerdeführer - die aufgenommenen Protokolle seien mangels einer Verpflichtung der Vernommenen zur wahrheitsgemäßen Aussage als im vorliegenden Verfahren nicht gültige (Vorerhebungs- und) Voruntersuchungsakte zu betrachten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dieser Beschwerdeeinwand schlägt nicht durch:

Aus dem Grund der Z 2 des § 281 Abs. 1 StPO kann die Nichtigkeitsbeschwerde nur erhoben werden, wenn trotz der Verwahrung des Beschwerdeführers ein Schriftstück über einen nach dem Gesetz nichtigen Vorerhebungs- oder Voruntersuchungsakt in der Hauptverhandlung verlesen wurde.

Ein solch nichtiger Vorerhebungs- oder Voruntersuchungsakt liegt aber nur vor, wenn das Gesetz einen bestimmten Vorgang ausdrücklich für nichtig erklärt (siehe: § 71 Abs. 1, 88 Abs. 3, 97 Abs. 2, 120, 151, 152 Abs. 3, 170 StPO). Auf keines der Aktenstücke, deren Verlesung vom Beschwerdeführer gerügt wird, trifft dies aber zu.

Hervorgehoben sei noch, daß nach diesem Beschwerdevorbringen auch der Nichtigkeitsgrund der Z 3 des § 281 Abs. 1 StPO nicht zum Tragen kommt, der nur vorliegt, wenn in der Hauptverhandlung eine Vorschrift verletzt oder vernachlässigt wurde, deren Beobachtung das Gesetz ausdrücklich bei sonstiger Nichtigkeit vorschreibt. Die Verletzung der eine Ausnahme vom Verfahrensgrundsatz der Unmittelbarkeit bildenden Vorschrift des § 252 StPO über die Verlesung von Beschuldigten- und Zeugenprotokollen (sowie über Sachverständigungsgutachten) steht jedoch nicht unter Nichtigkeitssanktion.

Es schlägt aber auch das weitere Beschwerdevorbringen nicht durch, mit dem der Angeklagte unter Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes der Z 4 des § 281 Abs. 1 StPO die gegen seinen Widerspruch vorgenommene Verlesung der vorerwähnten Aussagen des Hermann B und Werner Hans E rügt. Denn entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers findet die Verlesung der Gendarmerieprotokolle über die Angaben der beiden, somit von Schriftstücken, die für die Sache von Bedeutung waren und deshalb gemäß dem § 252 Abs. 2 StPO vom Gericht jedenfalls verlesen werden mußten, schon in der vorerwähnten Gesetzesstelle, darüber hinaus aber auch die Verlesung der Protokolle über die Beschuldigtenverantwortung und des mit Werner Hans E als Zeugen aufgenommenen Protokolls in der Bestimmung des § 252 Abs. 1 Z 1 StPO Deckung, weil Hermann B schon längere Zeit unbekannten Aufenthaltes war und nicht ausgeforscht werden konnte und Werner Hans E verstorben ist. Der im § 199 Abs. 2 StPO aufgestellte, nach dem § 248 Abs. 1 StPO auch in der Hauptverhandlung geltende Grundsatz, daß Tatsachen oder Beweismittel, die ein Beschuldigter zu seiner Entlastung angibt, erhoben werden müssen, sofern sie

nicht offenbar nur zur Verzögerung vorgebracht wurden, ist dann nicht durchsetzbar, wenn die Erhebung solcher Tatsachen oder Beweismittel aus vom Willen des Gerichtes unabhängigen Umständen entweder überhaupt nicht oder ersichtlich in absehbarer Zeit nicht möglich sein wird. In solchen Fällen findet demnach die (weitere) Erforschung der materiellen Wahrheit ihre natürliche Grenze. Der Vorwurf des Beschwerdeführers, das Erstgericht habe durch die gerügten Vorgänge das Gesetz oder Verfahrensgrundsätze hintangesetzt oder unrichtig angewendet und dadurch (auch) Urteilsnichtigkeit im Sinn der Z 4 des § 281 Abs. 1 StPO bewirkt, ist somit unbegründet.

Das übrige weitwendige Vorbringen zu diesem Beschwerdepunkt, mit dem der Angeklagte darzulegen sucht, daß die Angaben des Hermann B und Werner Hans E zu einem unbedenklichen Schuldbeweis im Urteilsfaktum I/ nicht ausreichen, richtet sich nach Inhalt und Zielsetzung ausschließlich gegen die nicht anfechtbare freie Beweiswürdigung des Schöffengerichtes und ist demnach unbeachtlich.

Es kommt aber auch den weiteren Beschwerdeausführungen zum Nichtigkeitsgrund der Z 4 des § 281 Abs. 1 StPO keine Berechtigung zu, mit denen der Angeklagte die Abweisung seiner in der Hauptverhandlung gestellten Anträge auf Vernehmung der Zeugen Elisabeth F, Josef G, Anton H, Gertrude I und Brigitte J rügt:

Elisabeth F wurde zum Beweis dafür geführt, daß Hermann B bereits lange vor dem 4. Juni 1971 bei Bauern Antiquitäten einkaufte und dieser Zeugin weiterverkaufte. Auch im Fall der Richtigkeit dieses Beweisthemas wäre für den Beschwerdeführer nichts zu gewinnen, weil entgegen seiner Auffassung ein allfälliger Handel des Hermann B mit Antiquitäten schon vor dem angeführten Zeitpunkt keineswegs den Schluß zuließe, daß seine Behauptung, erst vom Angeklagten auf die Idee zur Verübung von Antiquitätendiebstählen gebracht worden zu sein, unzutreffend und als widerlegt anzusehen sei. Durch den Zeugen Josef G sollte nach dem vom Angeklagten in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrag dargetan werden, daß ein Manfred K unter dem Namen 'L' diesem Zeugen angeblich gestohlene Heiligenfiguren zum Kauf angeboten habe. Dadurch wäre nach Meinung des Angeklagten seine Verantwortung zu den Urteilsfakten II/ I.) und

2.) bekräftigt worden, derzu folge er die gotische Holzfigur (des Heiligen Gregor) und die vier Rokokokerzenstände von einem Mann erstand, der sich ihm gegenüber als 'L' ausgegeben habe. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Frage der tatsächlichen Existenz eines (Heinz) L für den Schulterspruch des Angeklagten wegen Hehlerei in den Urteilsfakten II/I.) und 2.) belanglos war, hatte doch der Angeklagte selbst in der Hauptverhandlung ausdrücklich eingestanden, von dem angeblichen Heinz L außer dem Namen nichts gewußt zu haben. Mit Recht nahm das Erstgericht von der Einvernahme des Zeugen G Abstand, weil das Beweisthema, zu dem dieser Zeuge gehört werden sollte, keinen entscheidungswesentlichen Umstand betraf. Es kann nämlich bei der Beurteilung der Urteilsfakten II/I.) und 2.) als Hehlerei keinen Unterschied machen, ob der Angeklagte, wie das Erstgericht annahm, die dort angeführten Gegenstände von einem Unbekannten (in Kenntnis ihrer diebischen Herkunft) ankaufte (vgl. Bd. III, Seite 162 und 163 d. A) oder ob der Angeklagte, wie er behauptete, diese Käufe mit einem Mann abschloß, von dem er außer dem Namen nichts wußte.

Aber auch durch die Unterlassung der beantragten Vernehmung des Zeugen Anton H zur Frage der Identität der vom Beschwerdeführer verholteten Rokokokerzenstände (Urteilsfaktum II/2.) mit den im Jänner 1969 vom Hochaltar der Klosterkirche in Gleisdorf gestohlenen Kerzenständern konnte der Angeklagte in seinen Verteidigungsrechten nicht verkürzt werden. Denn abgesehen davon, daß er selbst in der Hauptverhandlung die Herkunft dieser Kerzenstände aus der Klosterkirche in Gleisdorf ernstlich nicht in Zweifel zog, hatte der Dechant von Gleisdorf, Anton H, in dem vorliegenden (ursprünglich unter AZ I 0 Vr I 222/69

geföhrten) Verfahren gegen den Angeklagten bereits in der Hauptverhandlung am 10. Februar 1970 bekundet (vgl. Bd II, Seite 46 d. A), daß die aus der Klosterkirche (in Gleisdorf) abhandengekommenen Kerzenleuchter von der gleichen Ausführung waren wie die ihm im Gerichtssaal vorgewiesenen (vom Angeklagten dem inzwischen rechtskräftig wegen Vergehens nach dem § 165 StGB abgeurteilten Dr. Friedrich M weiterverkauften) Kerzenleuchter (die im Zug dieses Strafverfahrens bei Dr. M sichergestellt worden waren). Durch die neuerliche Vernehmung dieses Zeugen war daher von vorneherein keine weitere Aufklärung der vom Angeklagten aufgeworfenen Frage der Identität dieser Kerzenleuchter zu erwarten. In diesem Zusammenhang sei noch bemerkt, daß die Frage der Herkunft dieser im vorliegenden Verfahren sichergestellten Rokokokerzenstände aus der Klosterkirche in Gleisdorf bereits seinerzeit von der Gendarmerie überprüft wurde und überdies auch der (sachverständige) Zeuge Dr. Josef N anlässlich seiner Vernehmung durch den Untersuchungsrichter am 10. November 1969 und in der Hauptverhandlung am 10. Februar 1970

an der Identität der aus der Klosterkirche in Gleisdorf gestohlenen mit den in diesem Verfahren (bei Dr. Friedrich M) sichergestellten Rokokokerzenständern keinen Zweifel aufkommen ließ, erachtete er doch diese Identität mit größter Wahrscheinlichkeit als gegeben. Das weitere Beschwerdevorbringen, der Dechant von Gleisdorf, Anton H, habe mit Zustimmung seiner vorgesetzten Stelle Verkäufe von Kunstgegenständen aus der aufgelassenen Kirche vorgenommen, findet in dem diesen Zeugen betreffenden Beweisantrag samt Beweisthema keine Deckung, sodaß schon aus diesem (formalen) Grund die Ablehnung des Antrages eine Urteilsnichtigkeit im Sinn der Z 4 des § 28l Abs. I StPO nicht zu begründen vermag.

Mit Recht lehnte das Erstgericht auch den Antrag des Angeklagten auf Vernehmung der Zeugin Gertrude I zur Frage der Bewertung der Holzstatue des Heiligen Antonius (Urteilsfaktum II/5.) ab, weil der in der Hauptverhandlung als Sachverständiger beigezogene Dr. Kurt N zu dem Wert dieser Statue bereits Stellung genommen hatte und der Angeklagte weder in der Hauptverhandlung noch in seiner Beschwerdeschrift Umstände aufzuzeigen vermochte, die geeignet wären, die Richtigkeit der Bewertung durch diesen Sachverständigen in Zweifel zu ziehen. Entgegen dem Beschwerdevorbringen wurde aber diese Zeugin im Beweisantrag des Angeklagten - auch - zur Frage der Identität der beschlagnahmten Holzstatue mit der am 10. April 1971 in St. Kathrein am Offenegg dem Karl D gestohlenen Statue gar nicht geführt, sodaß insoweit schon auf Grund dieses formellen Mangels bei Angabe des Beweisthemas der Nichtigkeitsgrund der Z 4 des § 28l Abs. I StPO gleichfalls nicht in Betracht kommt.

Desgleichen vermag die Ablehnung des Antrages des Beschwerdeführers auf Vernehmung der Brigitte J eine Urteilsnichtigkeit nach der vorerwähnten Gesetzesstelle nicht zu begründen, weil diese Zeugin nur über sein den vorliegenden Straftaten nachfolgendes Verhalten in der Bundesrepublik Deutschland Auskunft geben sollte, somit über ein Beweisthema geführt wurde, das - wie die Beschwerde selbst einräumt - für die Entscheidung der Schuldfrage bedeutungslos ist und nur die in das Ermessen des Gerichtes fallende Straffrage berühren konnte. Gleichfalls als unbegründet erweist sich das auf den Nichtigkeitsgrund der Z 5 des § 28l Abs. 1 StPO gestützte Beschwerdevorbringen, soweit darin der Angeklagte darzulegen sucht, daß die zur Verlesung gebrachten Angaben des in einem gesondert geführten Verfahren vernommenen Hermann B zu seinem Schulterspruch im Urteilsfaktum I/ nicht ausreichen; denn damit bekämpft der Beschwerdeführer in unzulässiger und demnach unbeachtlicher Weise ausschließlich die freie Beweiswürdigung des Schöffengerichtes. Aber auch der Vorwurf einer offenbar unzureichenden Begründung des Wertes der in den Urteilsfakten I/ und II/

angeführten Gegenstände trifft das Erstgericht zu Unrecht. Denn es gründete die bezüglichen Feststellungen auf das Gutachten des beigezogenen Sachverständigen Dr. Kurt N, der im Urteilsfaktum I zu einem weit über der strafsatzzbestimmenden Wertgrenze von 100.000 S liegenden Gesamtwert der dort aufgezählten Diebsbeute und im Urteilsfaktum II/ zu einem Wert der vom Angeklagten verhehlten Gegenstände von insgesamt über 72.000 S gelangte (Bd III S 130 ff). Im übrigen übersieht der Beschwerdeführer in dieser Mängelrüge, daß das Erstgericht im Urteilsfaktum II/ eine Verhehlung von Sachen in einem 100.000 S übersteigenden Wert gar nicht annahm. Die ausdrückliche Bezugnahme in der Urteilsbegründung auf das vorerwähnte, vom Erstgericht für unbedenklich erachtete Sachverständigengutachten stellt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers eine ausreichende Begründung für die als erwiesen angenommenen Werte der in den Urteilsfakten I/ und II/ im einzelnen näher bezeichneten Gegenstände dar, sodaß auch in diesem Belang die Mängelrüge nicht durchschlägt.

Entgegen dem weiteren Beschwerdevorbringen zur Mängelrüge findet aber auch der Schulterspruch in den Urteilsfakten II/4.) und 5.) schon in dem insoweit vorliegenden und in den Urteilsgründen zitierten Geständnis des Angeklagten und darüber hinaus in den Angaben der Zeugen Alfred O und Karl D eine ausreichende Stütze. Der vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf der Aktenwidrigkeit erweist sich daher gleichfalls als nicht berechtigt. Begründet erscheint hingegen die Mängelrüge des Beschwerdeführers in Ansehung der vom Erstgericht zum Urteilsfaktum I/ getroffenen Feststellung, er habe Hermann B im Schloß Hohenbrugg auch eine Statue des Heiligen Nepomuk und zwei Bilder gezeigt, die B für ihn stehlen sollte. Denn nach den in der Hauptverhandlung zur Verlesung gebrachten Angaben des Hermann B vor dem Untersuchungsrichter im Verfahren I6 Vr I477/71 des Landesgerichtes für Strafsachen Graz, ON I3 (= Seite 235

und 237 des Aktes 9 Vr I57I/76 dieses Gerichtes, Bd I) hatte der Genannte die Heiligenfigur sowie ein Frauenporträt und ein kleines Bild (nach Art der Hinterglasmalerei) bei dem am 4. Juni 1971 im Schloß Hohenbrugg verübten Diebstahl aus eigenem Antrieb, ohne daß ihm der Angeklagte diese Gegenstände vorher bezeichnet hätte, mitgenommen.

Der Angeklagte übernahm nach der weiteren Darstellung des Hermann B zwar dann auch die Statue des Heiligen Nepomuk und das kleine Bild, nicht aber das Frauenportrait.

Diese Angaben des Hermann B läßt das Erstgericht, obwohl es die Annahme einer Bestimmungstäterschaft im Urteilsfaktum I/ vor allem auf dessen glaubwürdig bezeichnete Angaben stützt, unberücksichtigt. Daraus läßt sich aber dessen Anstiftung durch den Angeklagten (auch) zum Diebstahl der Statue des Heiligen Nepomuk und der beiden Bilder nicht entnehmen.

Die rechtliche Annahme einer Bestimmungstäterschaft nach dem § 12 StGB, zweite Alternative, im Sinn eines vorsätzlichen Veranlassens der Tatbegehung durch Erweckung des Tatentschlusses setzt zwar nur voraus, daß das zu begehende Delikt für den Bestimmenden der Art nach und in groben Umrissen feststeht, und erfordert demnach nicht, daß ihm alle Einzelheiten und Umstände der zu verübenden Tat bereits im Detail bekannt sind. Wenn aber - wie vorliegend - der Anstifter dem Haupttäter die zu stehlenden Gegenstände vorher im einzelnen bezeichnet, weist diese Vorgangsweise zunächst darauf hin, daß er nur den Diebstahl der von ihm bezeichneten Sachen ins Auge gefaßt hatte. So gesehen ist daher auf Grund der erwähnten (in der Hauptverhandlung verlesenen) Darstellung des Hermann B vor allem in Ansehung des vom Angeklagten in der Folge gar nicht übernommenen Bildes ein excessus mandati (auf Seiten des Hermann B) nicht auszuschließen: Eine strafrechtliche Haftung des Angeklagten wegen Diebstahls als Bestimmungstäter im Sinn des § 12, zweite Alternative StGB käme insoweit nicht in Betracht, als der Haupttäter Hermann B den Rahmen des vom Angeklagten Gewollten überschritten hätte. Das erstgerichtliche Urteil ist demnach in seinem Schulterspruch zu Punkt I/ des Urteilssatzes mit einer Urteilsnichtigkeit nach der Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO bewirkenden Unvollständigkeit behaftet, soweit es aussprach, der Angeklagte habe Hermann B (auch) zum Diebstahl der erwähnten Statue und der beiden Bilder bestimmt. Hiezu wird das Erstgericht im erneuerten Verfahren die erforderlichen - mängelfrei begründeten - Feststellungen zu treffen und vor allem bezüglich der vom Angeklagten übernommenen Heiligenstatue und des Bildes zu prüfen haben, ob der Haupttäter Hermann B insoweit über das vom Angeklagten bei dessen Anstiftung zum Diebstahl zum Ausdruck Gebrachte hinausging. Bejahendenfalls käme für die von Hermann B aus eigenem Antrieb gestohlenen Gegenstände eine strafrechtliche Haftung des Angeklagten wegen Hehlerei in Betracht, soweit er diese Sachen in der Folge vom Dieb tatsächlich an sich brachte und verhandelte. Verfehlt sind die Beschwerdeausführungen zum Nichtigkeitsgrund der Z 10 des § 281 Abs. 1 StPO, mit denen der Angeklagte losgelöst von den erstgerichtlichen Feststellungen darzulegen sucht, daß er im Urteilsfaktum I/ nur der Hehlerei, in den Urteilsfakten II/I.) und

2.) nur des fahrlässigen Ansichbringens, Verheimlichens oder Verhandelns von Sachen im Sinn des § 165 StGB hätte schuldig gesprochen werden dürfen und darüberhinaus - der Sache nach den Nichtigkeitsgrund der Z 9 lit. a des § 281 Abs. 1 StPO relevierend - im Urteilsfaktum II/4.) sowie in Ansehung der im Urteilsfaktum II/5.) angeführten Holzstatue 'Maria mit dem Kind' einen Freispruch anstrebt. Der Beschwerdeführer geht nämlich hiebei von urteilsfremden Annahmen aus und bringt sohin insoweit die Rechtsrüge, die einen Vergleich des festgestellten Sachverhalts mit dem darauf angewandten Gesetz erfordert, nicht zur prozeßordnungsgemäßen Darstellung.

Es liegt auch der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Nichtigkeitsgrund der Z II des § 281 Abs. 1 StPO nicht vor, soweit er ihn darin erblickt, daß das Erstgericht auf seine Verurteilung durch das Kreisgericht Leoben vom 12. Februar 1971, GZ I 2 Vr 471/70- I73, wegen Verbrechens des Diebstahls nach den § 5, I71, I73, I74 I lit. d, II lit. a und b StG und Übertretung der Diebstahlteilnehmung nach dem § 464 StG zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe nicht gemäß dem § 31 StGB Bedacht genommen habe. Zunächst ist § 31 StGB hier schon deshalb nicht anwendbar, weil der Angeklagte im vorliegenden Verfahren mehrerer Straftaten schuldig erkannt wurde, von denen er nur einen Teil vor Fällung des obzitierten Urteils des Kreisgerichtes Leoben vom 12. Februar 1971 verübte, sodaß die später verübten Delikte nach der Zeit ihrer Begehung in dem früheren Verfahren beim Kreisgericht Leoben nicht hätten abgeurteilt werden können. Davon abgesehen könnte eine rechtsirrige Nichtanwendung des § 31 StGB Urteilsnichtigkeit im Sinn der Z II des § 281 Abs. 1 StPO nur dann bewirken, wenn im Zuge der Strafbemessung ein in dieser Gesetzesstelle taxativ aufgezählter Fehler unterlief. Da aber eine hier einzige in Betracht kommende Überschreitung der (durch § 31 StGB gezogenen) Grenzen des gesetzlichen Strafsatzes angesichts der vom Erstgericht über den Angeklagten nach § 128 Abs. 2 StGB tatsächlich verhängten Freiheitsstrafe (von zweieinhalb Jahren) nicht vorliegt, versagt auch diese Rüge.

Zum weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers zum Nichtigkeitsgrund der Z II des § 281 Abs. 1 StPO, mit dem er die Nichtanrechnung einer (weiteren) Vorhaft rügt, ist zu bemerken:

Seine Behauptung, die Auslieferungshaft vom 20. Mai 1976 bis zum 17. August 1976 sei vom Erstgericht bei der Anrechnung der Vorhaft auf die Freiheitsstrafe unberücksichtigt geblieben, steht zwar insoweit mit der Aktenlage nicht im Einklang, als im angefochtenen Urteil u. a. auch die Vorhaft vom 23. Mai 1976, 12 Uhr 00, bis zum 30. Mai 1976, 12 Uhr 00, sowie vom 6. Juli 1976, 12 Uhr 00, bis zum 2. September 1976, 11 Uhr 00 gemäß dem § 38 Abs. 1 (Z I) StGB ohnedies berücksichtigt wurde. Aus der Mitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 16. Juli 1976 über die Auslieferung des Angeklagten aus der Bundesrepublik Deutschland nach Österreich zur Vollstreckung der Reststrafe aus dem Urteil des Kreisgerichtes Leoben vom 12. Februar 1971, 12 Vr 471/70-I-73, und zur Strafverfolgung wegen der nunmehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Straftaten geht hervor, daß die über den Angeklagten am 23. Mai 1976 verhängte Auslieferungshaft vom 30. Mai 1976 bis zum 6. Juli 1976

unterbrochen war. Es liegen aber nach den Akten Anhaltspunkte dafür vor, daß er auch diesen Zeitraum in der Bundesrepublik Deutschland in Haft zubrachte. Der Angeklagte wurde nämlich mit Urteil des Amtsgerichtes Memmingen vom 6. Juli 1976, AZ Ds 7 Js 3345/76, das auch vom Erstgericht gemäß den § 31, 40 StGB berücksichtigt wurde, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt ist. Der im Akt erliegenden Ausfertigung dieses Urteils läßt sich entnehmen, daß der Angeklagte sich im Zeitpunkt der Urteilsfällung (6. Juli 1976) in der Justizvollzugsanstalt Memmingen in Haft befand. Eine Vorhaftanrechnung (auf die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe) ist in diesem Urteil des Amtsgerichtes Memmingen erkennbar nicht enthalten. Es wäre daher im zweiten Rechtsgang zu klären, ob der Angeklagte auch die Zeit ab dem 30. Mai 1976, 12 Uhr 00, bis zum 6. Juli 1976, 12 Uhr 00, in der Bundesrepublik Deutschland in einer gemäß dem § 38 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Haft zubrachte, die dann gleichfalls nach dieser Gesetzesstelle auf die verhängte Freiheitsstrafe anzurechnen ist. Überdies befand sich der Angeklagte auch noch auf Grund eines im vorliegenden Verfahren am 9. Juni 1971 erlassenen Haftbefehls, der bereits am 11. Juni 1971 zu einer allerdings nur kurzfristigen Festnahme in Graz führte, der er sich aber sogleich durch Flucht entzog, nach seiner neuerlichen Festnahme am 12. Juni 1971 um 18 Uhr 00 in Bregenz bis zu seiner abermaligen Flucht am 16. Juni 1971 um 14 Uhr 40 in Haft (vgl. Bd I, Seite 17, 19, 31 und 35 des Aktes 9 Vr 1571/76 des Landesgerichtes für Strafsachen Graz). Schließlich ist der Beschwerde zumindest im Ergebnis Berechtigung zuzuerkennen, soweit sie sich unter ziffernmäßiger Berufung auf den Nichtigkeitsgrund der Z II des § 281 Abs. 1 StGB - sachlich den Nichtigkeitsgrund der Z I dieser Gesetzesstelle relevierend - gegen die rechtliche Annahme der gewerbsmäßigen Begehung der Hehlerei in den Urteilsfakten II/ und damit gegen die Qualifikation (auch) nach dem § 164 Abs. 3 (dritter Fall) StGB wendet.

Das Erstgericht stellte zu den einzelnen, unter Punkt II/I.) bis 5.) des Urteilssatzes angeführten Fakten ersichtlich jeweils nur fest, daß der Angeklagte die dort bezeichneten Gegenstände in Kenntnis ihrer diebischen Herkunft ankaufte und dann weiterveräußerte, und erachtete die Hehlerei aus diesem Grund - und weil der Angeklagte auf diese Weise wiederkehrende Einnahmen erzielte (Bd III, Seite 171 d. A) - als gewerbsmäßig begangen. Diese Feststellungen reichen aber zur Annahme einer gewerbsmäßigen Begehung im Sinn des § 70 StGB nicht aus, denn allein die wiederkehrende Erzielung von Einnahmen (durch wiederholten Ankauf und Weiterverkauf von Diebgut) macht den Angeklagten noch nicht zu einem gewerbsmäßig handelnden Täter, hiezu wäre vielmehr noch die - im angefochtenen Urteil fehlende - Feststellung erforderlich gewesen, daß die Absicht des Angeklagten darauf gerichtet war, sich durch die wiederkehrende Begehung der strafbaren Handlungen (demnach der Hehlerei) eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Wesentlich für die Annahme der gewerbsmäßigen Begehung ist daher, daß der Täter durch wiederholte deliktische Handlungen Gewinn und Einkommen anstrebt. Da das erstgerichtliche Urteil eine - nach den Tatumständen keineswegs ausgeschlossene - Feststellung über das Vorliegen einer solchen Tendenz (Absicht) des Angeklagten vermissen läßt, bewirkt dieser Feststellungsmangel in diesem Punkt Urteilsnichtigkeit gemäß der Z I

des § 281 Abs. 1 StPO.

Hiezu werden im erneuerten Verfahren entsprechend begründete Feststellungen darüber zu treffen sein, ob die Absicht des Angeklagten auf eine wiederkehrende Begehung der Hehlerei zur Erzielung fortlaufender Einnahmen (die nicht die einzigen sein müssen) gerichtet war, wobei zu dieser Beurteilung nicht nur sein Verhalten zu den einzelnen Tatzeitpunkten, sondern sein gesamtes Verhalten vor und nach der Tat heranzuziehen ist.

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Anmerkung**

E01479

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1978:0130OS00050.78.1002.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19781002\_OGH0002\_0130OS00050\_7800000\_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)