

# TE OGH 1978/8/22 9Os119/78

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.08.1978

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 22. August 1978

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Racek und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, Dr. Friedrich, Dr. Steininger und Dr. Horak als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Seidl als Schriftführer in der Strafsache gegen Josef A wegen Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch nach § 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 1 und 4, 129 Z 1 StGB über die von der Generalprokurator gegen das Urteil des Einzelrichters des Kreisgerichtes Krems an der Donau vom 28. März 1978, GZ. 9 E Vr 1065/77-14, sowie vorangegangene Vorgänge erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Steininger, und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Gehart, zu Recht erkannt:

## Spruch

In der Strafsache gegen Josef A, AZ 9 E Vr 1065/77 des Kreisgerichtes Krems an der Donau, ist durch die (ungeachtet rechtskräftiger Versetzung des Beschuldigten in den Anklagestand erfolgte) Anordnung und Durchführung der Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter und durch dessen Urteil vom 28. März 1978, ON 14 (womit Josef A des Verbrechens des Diebstahls nach § 127 Abs. 1, Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 1 und 4 und 129 Z 1 StGB schuldig erkannt und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde), das Gesetz in den Bestimmungen des § 13 Abs. 2 Z 1 (in Verbindung mit § 8 Abs. 3) und des § 219 StPO sowie des § 128 Abs. 1 Z 1 StGB verletzt.

Dieses Urteil und sämtliche darauf beruhenden Verfügungen werden aufgehoben. Dem Kreisgericht Krems an der Donau als Schöffengericht wird die neuerliche Verhandlung und Urteilsfällung aufgetragen. Der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft werden mit ihren Berufungen auf diese Entscheidung verwiesen.

## Text

Gründe:

Im Strafverfahren AZ 9 Vr 611/77 des Kreisgerichtes Krems an der Donau wurde unter anderem gegen den am 15. Februar 1945 geborenen Eisenbieger Josef A Anklage wegen Verbrechens des (schweren) Diebstahls durch Einbruch nach § 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 StGB erhoben, wobei ihm zur Last gelegt wurde, in zwei Angriffen am 22. November 1976 und anfang Jänner 1977 in Persenbeug in Gesellschaft von (mitangeklagten) Beteiligten der Maria B und der Christine C durch Eindringen in deren Wohnung mit einem nachgemachten Schlüssel Gegenstände im Wert von mehr als 5.000 S gestohlen zu haben (Punkt A/1 der Anklageschrift ON 7 sowie S. 227 d. A). In der hierüber am 20. Oktober 1977 vor einem Schöffensenat des eingangs bezeichneten Gerichtshofes abgeführten Hauptverhandlung machte der öffentliche Ankläger hinsichtlich dieser Diebstahlstaten auch das Vorliegen der

Qualifikation nach § 128 Abs. 1 Z 1 StGB geltend (S. 229 d. A). Hierauf beschloß der Senat, das Strafverfahren gegen den Angeklagten Josef A, der sich nur teilweise schuldig bekannt hatte, gemäß § 57 StPO auszuscheiden, um das im übrigen spruchreife Verfahren nicht zu verzögern (S. 231 d. A).

In der Folge gab die Staatsanwaltschaft Krems an der Donau am 3. Jänner 1978 die Erklärung ab, daß sie die Anklage gegen Josef A 'als Strafantrag' (gemeint: vor dem Einzelrichter des Gerichtshofes) aufrecht erhalte (S. 2 d. A), worauf das Verfahren gegen den Genannten vor dem Einzelrichter des Kreisgerichtes Krems an der Donau unter dem AZ 9 E Vr 1065/77 fortgesetzt wurde. Dieser hob mit Beschuß vom 8. Februar 1978 (S. 2 d. A) die - für die Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht mit Beziehung auf § 41 Abs. 2 StPO erfolgte (S. 185 d. A) - Begebung eines Verteidigers für Josef A als im Interesse einer zweckentsprechenden Verteidigung oder sonst im Interesse der Rechtspflege nicht (mehr) erforderlich auf. Zugleich ordnete er die Hauptverhandlung für den 28. März 1978

an, nach deren Durchführung er A - der in dieser Verhandlung nicht durch einen Verteidiger vertreten war -

anklagekonform des Verbrechens des Diebstahls nach § 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 1 und 4, 129 Z 1 StGB schuldig erkannte und zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilte (ON. 14).

Gegen dieses Urteil meldete der Angeklagte Berufung wegen Nichtigkeit sowie wegen des Ausspruches über die Schuld und die Strafe an, führte die Rechtsmittel aber nicht aus; die Staatsanwaltschaft erhob Berufung wegen des Ausspruches über die Strafe. über die Rechtsmittel wurde noch nicht entschieden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das erwähnte Urteil sowie das ihm vorausgegangene Verfahren vor dem Einzelrichter stehen mit dem Gesetz in mehrfacher Richtung nicht im Einklang.

1.) Unbeschadet der Zulässigkeit eines Ausscheidungsbeschlusses im Sinne des § 57 StPO auch noch in der Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht (SSt. 30/90 u.a.) stand der erfolgten Abgabe des ausgeschiedenen - bis dahin (seit der rechtskräftigen Versetzung des Beschuldigten in den Anklagestand) schöffengerichtlichen - Verfahrens gegen Josef A an den Einzelrichter des Gerichtshofes erster Instanz der aus § 219 StPO abgeleitete Grundsatz der Unveränderlichkeit des Gerichtsstandes (perpetuatio fori) entgegen (vgl. EvBl. 1969/336; die sich aus § 35 Abs. 2 JGG ergebende besondere Rechtslage kann hier unerörtert bleiben). Schon kraft dieses Grundsatzes blieb für die Hauptverhandlung und Urteilsfällung in Ansehung des rechtskräftig in den Anklagestand versetzten Josef A auch nach der Ausscheidung des Verfahrens gegen ihn weiterhin das Schöffengericht (sachlich) zuständig; dies selbst dann, wenn das ausgeschiedene Verfahren nur eine Strafsache betroffen hätte, die - wie in den Fällen des § 129 Z 1 bis 3 StGB bei fünf Jahren nicht übersteigender Freiheitsstrafdrohung - an sich und ohne den gegebenen Zusammenhang (§ 56 StPO) vor den Einzelrichter des Gerichtshofes erster Instanz gehören würde. Im vorliegenden Fall kommt aber hinzu, daß bei dem des Diebstahls angeklagten Josef A die Voraussetzungen der Strafschärfung wegen Rückfalls (§ 39 StGB) gegeben sind, denn nach der Aktenlage wurde er wegen Diebstahls schon zweimal - in den Jahren 1970 und 1973 - zu einer Freiheitsstrafe verurteilt und hat diese Strafen - wie der Oberste Gerichtshof überprüft hat - verbüßt (vgl. auch S. 17 d. A). Das Höchstmaß der nach § 129 StGB angedrohten Freiheitsstrafe von fünf Jahren kann also bei ihm um die Hälfte überschritten werden. Damit oblag aber gemäß § 13 Abs. 2 Z 1 StPO in Verbindung mit § 8 Abs. 3 erster Satz StPO die Hauptverhandlung und die Urteilsfällung auf jeden Fall dem Schöffengericht.

Aus den dargelegten Erwägungen hätte der Einzelrichter des Kreisgerichtes Krems an der Donau der vorerwähnten Erklärung der Staatsanwaltschaft, die Anklage gegen Josef A 'als Strafantrag' aufrecht zu erhalten, keine rechtserhebliche Bedeutung beimessen dürfen und sich wegen der (weiterhin) bestehenden Zuständigkeit des Schöffengerichtes einer Verhandlung und Urteilsfällung in dieser Sache enthalten müssen. Eine förmliche Unzuständigkeitsentscheidung nach § 485 Abs. 1 Z 2 oder § 488 Z 6 StPO war vorliegend entbehrlich; es wäre vielmehr ungeachtet der - das Gericht nicht bindenden - Erklärung der Staatsanwaltschaft auf Grund der dadurch unberührt gebliebenen rechtskräftigen Versetzung des Beschuldigten Josef A in den Anklagestand das Verfahren gegen ihn vor dem Schöffengericht nach den Bestimmungen des XVIII. Hauptstückes der Strafprozeßordnung (insbesondere § 276 a, zweiter Satz) fortzusetzen gewesen. Durch die statt dessen erfolgte Anordnung und Durchführung der Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter und durch dessen Urteil wurde mithin gegen die Vorschriften der § 13 Abs. 2 Z 1

(in Verbindung mit § 8 Abs. 3) und 219 StPO verstößen.

2.) Im Urteil des Einzelrichters sind die eine Qualifikation der Tat als Bedrängnisdiebstahl nach § 128 Abs. 1 Z 1 StGB bedingenden Tatumstände weder aus dem Spruch (vgl. demgegenüber § 260 Abs. 1 Z 1 StPO) noch aus den Gründen ersichtlich. Es fehlt somit an den Voraussetzungen für die materiellrechtliche Subsumtion der Tat (auch) unter die bezogene Qualifikationsnorm (vgl. EvBl. 1976/161). Ein Sachverhalt, der eine solche rechtliche Beurteilung der Tat ermöglichen würde, ist auch im Verfahren nicht hervorgekommen. Der in dieser Richtung (vom Staatsanwalt und) vom Einzelrichter anscheinend ins Auge gefaßte Umstand, daß sich die Bestohlene Maria B zur Tatzeit im Krankenhaus befand (S. 225 d. A), konnte die Heranziehung der in Rede stehenden Qualifikationsnorm nicht rechtfertigen. Denn die bloße, wenngleich durch einen Spitalsaufenthalt bedingte, Abwesenheit des Bestohlenen von seiner Wohnung stellt für sich allein weder eine (ihm zugestoßene) Bedrängnis noch einen Zustand der Hilflosigkeit dar, der es ihm unmöglich macht oder doch wesentlich erschwert, seinen darin befindlichen Besitz zu sichern (Leukauf-Steininger 653; vgl. EvBl. 1950/128). Sohin erweist sich die Unterstellung der Tat (auch) unter die Bestimmung der Z 1 des § 128 Abs. 1 StGB als rechtsirrig (§ 281 Abs. 1 Z 10 StPO). Wäre die Hauptverhandlung vor dem - nach dem oben zu 1.) Gesagten zuständigen - Schöffengericht durchgeführt worden, hätte der Angeklagte bei sonstiger Nichtigkeit des (kondemnierenden) Urteils (§ 281 Abs. 1 Z 1 a StPO) während der ganzen Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten sein müssen (§ 41 Abs. 3, 220 Abs. 1, letzter Satz, und Abs. 3 StPO). Sowohl die vorliegende Beeinträchtigung des Josef A in seinen Verteidigungsrechten zufolge Durchführung des Verfahrens vor dem Einzelrichter ohne Mitwirkung eines Verteidigers (vgl. 13 Os 108/75, 13 Os 162/76) als auch die - eine Nichtigkeit nach § 281 Abs. 1 Z 10 StPO bewirkende - rechtsirrige Unterstellung der Tat im Urteil (auch) unter Z 1 des § 128 Abs. 1 StGB bedeuten Gesetzesverletzungen, welche dem Beschuldigten im Sinne des § 292 StPO zum Nachteil gereichen. Die aufgezeigte Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte kann in dem - beim Oberlandesgericht Wien noch anhängigen - Berufungsverfahren nicht wahrgenommen werden; bereits sie nötigt daher - über die Feststellung der vorliegenden Gesetzesverletzungen hinaus - zu einer Maßnahme mit konkreter Wirkung für den Beschuldigten (Angeklagten) im Sinne des letzten Satzes des § 292 StPO.

Zu bemerken ist noch, daß die für die Aufhebung der Verteidigerbeigabe nach § 41 Abs. 2 StPO vom Einzelrichter gegebene Begründung gleichfalls nicht dem Gesetz entsprach: Nach dem zweiten Satz der zitierten Gesetzesstelle ist die Beigabe eines Verteidigers (u. a.) für die Hauptverhandlung - entgegen der Auffassung des Einzelrichters - jedenfalls als im Interesse der Rechtspflege, vor allem im Interesse einer zweckentsprechenden Verteidigung, erforderlich anzusehen. Eine auf Antrag des Beschuldigten (Angeklagten) beschlossene Verteidigerbeigabe nach § 41 Abs. 2 StPO darf - außer zufolge eines (im Verfahren vor dem Einzelrichter des Gerichtshofes beachtlichen) Verzichtes des Beschuldigten (EvBl. 1976/290) - nur dann aufgehoben werden, wenn die (Mittellosigkeits-)Voraussetzungen des § 41 Abs. 2 StPO nicht (mehr) vorliegen (EvBl. 1970/242), was der bestellte Verteidiger im gegebenen Fall zwar behauptet (S. 237 d. A), der Einzelrichter aber nicht geprüft hat. Im erneuerten Verfahren wird der Vorsitzende des Schöffengerichtes nunmehr die im letzten Satz des § 220 Abs. 1 StPO vorgeschriebenen Vorkehrungen zur (neuerlichen) Bestellung eines Verteidigers zu treffen haben (§ 220 Abs. 3

StPO).

Es war daher in Stattgebung der von der Generalprokuratur erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Anmerkung**

E01435

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

ECLI:AT:OGH0002:1978:0090OS00119.78.0822.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19780822\_OGH0002\_0090OS00119\_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)