

# TE OGH 2009/10/15 130s93/09i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.10.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 15. Oktober 2009 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher und Dr. Lässig, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Fuchs und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer in Gegenwart der Richteramtswärterin Mag. Krajina als Schriftführerin in der Strafsache gegen Mamuka N\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des durch Einbruch begangenen gewerbsmäßigen Diebstahls nach §§ 127, 129 Z 1, 130 erster Fall, 15 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Schöffengericht vom 11. Mai 2009, GZ 36 Hv 11/08g-216, sowie die Beschwerde des Angeklagten gegen den gemeinsam mit dem Urteil gefassten Beschluss (§ 494a Abs 1 Z 4 StPO) nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde werden das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch wegen des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG (IV) und demzufolge im Strafausspruch einschließlich der Vorhaftanrechnung (nicht jedoch im Einziehungsausspruch) sowie der nach § 494a Abs 1 Z 4 StPO gefasste Beschluss aufgehoben und die Sache an das Erstgericht verwiesen,

- a) mit dem Auftrag, in Betreff des dem kassierten Schuldspruch zugrunde liegenden Verhaltens des Angeklagten nach § 37 SMG vorzugehen,
- b) im Übrigen zu neuer Verhandlung und Entscheidung.

Mit seiner Berufung und seiner Beschwerde wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Mamuka N\*\*\*\*\* des Verbrechens des durch Einbruch begangenen gewerbsmäßigen Diebstahls nach §§ 127, 129 Z 1, 130 erster Fall, 15 StGB (I.) sowie der Vergehen der versuchten Nötigung nach §§ 15, 105 Abs 1 StGB (II. und III.), des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 (erster und zweiter Fall) SMG (IV.) und der Hehlerei nach § 164 Abs 2 StGB (V.) schuldig erkannt.

Danach hat er, soweit für das Verfahren über die und aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde von Bedeutung,

I. teils allein, teils im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter nachgenannten Geschädigten fremde

bewegliche Sachen mit dem Vorsatz, sich oder Dritte durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, teils durch Einbruch weggenommen bzw wegzunehmen versucht, wobei er je in der Absicht handelte, auch künftig Diebstähle zu begehen und sich daraus eine fortwährende Einnahme zu verschaffen, und zwar

1. am 13. August 2007 in Hall i. T. mit den abgesehen verfolgt Artschili G\*\*\*\*\*, Tamazi H\*\*\*\*\* und Lasha K\*\*\*\*\* Gewahrsamsträgern des Lebensmittelmarkts M\*\*\*\*\* durch Aufbrechen der Hintertür des Geschäftslokals (Versuch);

4. am 30. August 2008 in Innsbruck Gewahrsamsträgern des Unternehmens I\*\*\*\*\* im D\*\*\*\*\* zwei Laptops im Wert von 500 und 750 Euro;

5. am 1. September 2008 in Innsbruck Gewahrsamsträgern des Unternehmens Ni\*\*\*\*\* einen DVD-Player im Wert von 29,99 Euro (Versuch);

II. am 1. September 2008 in Innsbruck den Kaufhausdetektiv Anton M\*\*\*\*\* mit Gewalt, indem er ihn stieß und sich aus dem Festhaltegriff losreißen wollte, zu einer Unterlassung, nämlich dazu zu nötigen versucht, „ihn nicht in Ausübung des Anhalterrechts gegenüber dem ertappten Dieb festzuhalten“;

III. am 23. März 2009 in Innsbruck Carsten P\*\*\*\*\* durch gefährliche Drohung, und zwar durch die an ihn gerichtete Äußerung, dass er jetzt dringend mit der Polizei bezüglich Christian reden müsse, ansonsten würde er ihn kaputt machen, zu einer Handlung, nämlich zur Rücknahme seiner bereits niederschriftlich getätigten Angaben über gemeinsame Einbruchsdiebstähle mit Christian Oliver To\*\*\*\*\*, zu nötigen versucht;

IV. am 13. Dezember 2008 in Innsbruck Suchtgift, nämlich 1,6 g Cannabisharz, erworben und besessen;

V. vor oder am 13. Dezember 2008 in Innsbruck eine durch einen Unbekannten gestohlene optische Brille der Marke Joop des Erich Pu\*\*\*\*\* im Wert von 260,10 Euro, also eine Sache, die ein anderer durch eine mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen erlangt hatte, geschenkt an sich gebracht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen vom Angeklagten aus Z 4, 5, 5a und 9 lit a des§ 281 Abs 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde verfehlt ihr Ziel.

Entgegen der Verfahrensrüge (Z 4) bedeutete die Ablehnung des Antrags auf Vernehmung des Zeugen Christian T\*\*\*\*\*, der dartun sollte, dass der Angeklagte mit ihm nie Kontakt und darum auch kein Motiv gehabt habe, Carsten P\*\*\*\*\* zu nötigen (ON 215 S 19), keine Schmälerung der Verteidigungsrechte, weil für die Feststellungen zum betreffenden Schuldspruch III nicht erheblich ist, ob ein solcher - von den Tatrichtern übrigens nicht angenommener (vgl US 16) - Kontakt stattfand (§ 55 Abs 2 Z 1 StPO).

Worin ein Widerspruch zwischen den Feststellungen gelegen sein soll, dass der Angeklagte zwar am Versuch einer Tätergruppe teilgenommen habe, die Hintertür zum Lebensmittelmarkts M\*\*\*\*\* zwecks Wegnahme von Bargeld und Wertpapieren aufzubrechen (Schuldspruch I.1), er aber nicht auch „unmittelbar davor auf einer Baustelle ein Hebeisen gestohlen hat“ (US 6 unten), lässt die Mängelrüge (Z 5 dritter Fall) nicht erkennen.

Die Tatrichter stützten ihre Überzeugung, dass (auch) der Angeklagte aus Furcht vor Entdeckung durch die Polizei den Einbruch in den Lebensmittelmarkt (Schuldspruch I.1) aufgab (US 6), auf polizeiliche Beobachtungen in Betreff einer zur Tatzeit in der Nähe der Polizeidienststelle in Hall i. T. entdeckten und in der Folge identifizierten Person (Juri S\*\*\*\*\*), die - dabei ständig telefonierend - eine mit Fahrzeugkontrollen befassete Polizeistreife beobachtete, in Verbindung mit Erwägungen über die als unglaubwürdig verworfene Verantwortung des Angeklagten, er habe seine Komplizen durch Geltendmachung moralischer Bedenken von der Tat abgebracht (ON 47, US 10 f), was entgegen der Beschwerde (Z 5 vierter Fall) unter dem Gesichtspunkt der Begründungstauglichkeit nicht zu beanstanden ist.

Aktenwidrigkeit wird mit dem Einwand, entgegen der zum Schuldspruch I.4 getroffenen Feststellung, dass der Angeklagte im Geschäftslokal des Unternehmens I\*\*\*\*\* zwei Laptops wegnahm (US 7 oben), ergebe sich aus dem Hauptverhandlungsprotokoll und der Anzeige unzweifelhaft, dass an jenem Tag nur ein Laptop gestohlen worden sei, nicht angesprochen, setzt doch jener Nichtigkeitsgrund (Z 5 fünfter Fall) ein in der Beweiswürdigung unterlaufenes Fehlzitat aus den Akten voraus. Zudem bezieht sich der Angeklagte mit diesem Vorbringen auf keinen für die rechtliche Beurteilung entscheidenden Umstand (vgl RIS-Justiz RS0116586).

Inwiefern die Feststellungen zur Wegnahme eines DVD-Players (Schuldspruch I.5) an Undeutlichkeit in Betreff der Tathandlung leiden sollen (Z 5 erster Fall), lässt die - über einen Teil der dazu getroffenen Konstatierungen hinweg

gehende (vgl US 7) - Beschwerde nicht erkennen, die darüber spekuliert, „ob der Beschuldigte allenfalls noch zur Kassa gehen hätte können, da er das Einkaufszentrum ja noch nicht verlassen hatte" (vgl demgegenüber die unmissverständlich das Ergreifen der Ware, deren Verbergen unter der Jacke und den Weg des Angeklagten abseits der Kassa zum Ausgang des Einkaufszentrums beschreibenden Feststellungen US 7, 13).

Ebenso versagt der Einwand der Undeutlichkeit (Z 5 erster Fall) des zum Verhalten des Angeklagten gegen den Kaufhausdetektiv Anton M\*\*\*\*\*, der ihn nach der Wegnahme des DVD-Players angehalten hatte, Konstatierten (Schuldpruch II). Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich klar genug, dass der durch Festhalten an der Flucht gehinderte Angeklagte im Zug seiner Bemühungen, sich zu befreien, den Detektiv „gestoßen" hat (US 7). Worauf diese Feststellung gestützt wurde, ist den Entscheidungsgründen entgegen der Beschwerde gleichfalls unmissverständlich zu entnehmen (s die auf die Aussage des Zeugen Anton M\*\*\*\*\* Bezug nehmenden Erwägungen US 13).

Die festgestellte Kenntnis des Angeklagten vom Grund seiner Anhaltung (US 7) leiteten die Tatrichter aus der auch darauf hinweisenden Aussage des vorgenannten Zeugen ab (US 15). Daher liegt der insoweit geltend gemachte Begründungsmangel (Z 5 vierter Fall) nicht vor.

Z 5a des § 281 Abs 1 StPO will als Tatsachenrüge nur schlechterdings unerträgliche Feststellungen zu entscheidenden Tatsachen (das sind schuld- oder subsumtionserhebliche Tatumstände, nicht aber im Urteil geschilderte Begleitumstände oder im Rahmen der Beweiswürdigung angestellte Erwägungen) und völlig lebensfremde Ergebnisse der Beweiswürdigung durch konkreten Verweis auf aktenkundige Beweismittel (bei gleichzeitiger Bedachtnahme auf die Gesamtheit der tatrichterlichen Beweiswerterwägungen) verhindern. Tatsachenrügen, die außerhalb solcher Sonderfälle auf eine Überprüfung der Beweiswürdigung abzielen, beantwortet der Oberste Gerichtshof ohne eingehende eigene Erwägungen, um über den Umfang seiner Eingriffsbefugnisse keine Missverständnisse aufkommen zu lassen (RIS-Justiz RS0118780).

Die Tatrichter stützten ihre Feststellungen zu den Schuldprüchen I.1, I.4, II., III. und V. auf Aussagen des Artschili G\*\*\*\*\* und des Tamazi H\*\*\*\*\* in dem gegen sie (wegen des Einbruchsdiebstahls laut I.1) geführten Strafverfahren, Ergebnisse einer Rufdatenrückfassung und polizeiliche Beobachtungen betreffend Juri S\*\*\*\*\* (I.1), die Aussagen der Zeugen Anton M\*\*\*\*\* (I.4 und II.) und Carsten P\*\*\*\*\* (III.) sowie (zu V.) die Aussage des Angeklagten und die Umstände der Tat (US 9 ff, zu letzteren US 13 oben).

Mit seinen Beweiswerterwägungen in Ansehung dieser Schuldprüche weckt der Angeklagte keine erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde liegenden entscheidenden Tatsachen. Indem er sich auf einen mit der Nichtigkeitsbeschwerde vorgelegten Ausdruck einer Seite aus dem Internet bezieht, argumentiert er nicht „aus den Akten" (vgl § 281 Abs 1 Z 5a StPO, Ratz, WK-StPO § 281 Rz 481) und daher nicht prozessförmig.

Die (nominell aus Z 5a, der Sache nach aus Z 9 lit a) vermissten Feststellungen zum Schuldpruch V finden sich erkennbar im Rahmen beweiswürdiger Erwägungen (US 12 unten, 13 oben; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 19).

In der Rechtsrüge (Z 9 lit a) wird nicht aus dem Gesetz abgeleitet, weshalb der Gewaltbegriff des § 105 Abs 1 StGB (Schuldpruch II) nur dann erfüllt sei, wenn die Einwirkung so intensiv ist, dass sie dem Opfer Schmerzen bereitet, es zu Boden wirft oder ihm sonst Widerstand unmöglich macht (vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 588).

Die dem Urteil zum Schuldpruch II (wegen des Vergehens der Nötigung nach §§ 15, 105 Abs 1 StGB) zu entnehmende Sachverhaltsgrundlage gibt übrigens keinen Anlass für ein Vorgehen nach § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO, weil ein Verhalten des Angeklagten, das rechtlich gesehen den Gewaltbegriff erfüllt, in den Konstatierungen zur Tat deutlich genug zum Ausdruck kommt (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 19).

Weshalb bei Beurteilung der Besorgniseignung (vgl Jerabek in WK<sup>2</sup> § 74 Rz 33 f) der zum Schuldpruch III festgestellten Drohung entscheidend sein soll, dass es „nicht zur Ausübung von Gewalt" gekommen sei, wird in der Beschwerde ebenso wenig aus dem Gesetz abgeleitet.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde überzeugte sich der Oberste Gerichtshof von Amts wegen (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO), dass dem Urteil eine nicht geltend gemachte, dem Angeklagten zum Nachteil gereichende Nichtigkeit in Betreff des Schuldpruchs IV anhaftet.

Nichtigkeit des Urteils nach § 281 Abs 1 Z 10a StPO ist nicht nur dann gegeben, wenn die darin enthaltenen Feststellungen bei richtiger Rechtsansicht die Nichtanwendung der Diversion nicht zu tragen vermögen, sondern auch, wenn Ergebnisse der Hauptverhandlung auf einen Umstand hindeuten, der für die positive Beurteilung der diversionellen Voraussetzungen den Ausschlag gäbe, das Gericht dazu aber keine Feststellungen getroffen hat (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 659).

Letzteres ist hier der Fall: Nach dem in der Hauptverhandlung vorgetragenen Akteninhalt (ON 215 S 19; S 3 und 41 in ON 2 in ON 185) war indiziert, dass der Angeklagte das inkriminierte Cannabisharz ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch erworben und besessen hatte (§ 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG; s dazu 13 Os 168/08t, ÖJZ EvBl-LS 2009/72, 425), womit nahelag, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Vorgehen des Gerichts nach § 37 SMG gegeben waren, die unabhängig von den anderen, mit dem Suchtmittelgesetz nicht im Zusammenhang stehenden strafbaren Handlungen sind (RIS-Justiz RS0113621; Rosbaud in Hinterhofer/Rosbaud SMG<sup>2</sup> § 35 Rz 20 mwN).

Weil das Erstgericht, nachdem es dennoch nicht nach § 37 SMG vorgegangen war, im Urteil keine ein solches diversionelles Vorgehen (zB mangels Bereitschaft zu einer gesundheitsbezogenen Maßnahme, vgl § 35 Abs 6 SMG) ausschließende Konstatierung traf, haftet dem Urteil ein Feststellungsmangel an, der zur Aufhebung im genannten Schuldspruch und im Strafausspruch führt (§§ 281 Abs 1 Z 10a, 288 Abs 2 erster Satz StPO).

Für den - demnach hier gegebenen - Fall eines nicht zugleich für die Schuld- oder Subsumtionsfrage entscheidende Tatsachen betreffenden Feststellungsmangels nach § 281 Abs 1 Z 10a StPO hält allerdings das Verfahren bei Nichtigkeitsbeschwerden keine Regelung dafür bereit, auf welche Weise die fehlenden Feststellungen nachzuholen wären. Da § 288 Abs 2 Z 2a StPO eine Rückverweisung ohne gleichzeitigen Auftrag, nach dem 11. Hauptstück der StPO oder § 37 SMG vorzugehen, nicht kennt, scheidet eine bloß kassatorische Entscheidung des Obersten Gerichtshofs aus, sodass dieser selbst dazu berufen ist, und zwar zu Gunsten des Angeklagten auch in nichtöffentlicher Sitzung (vgl § 285e zweiter Satz; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 661).

Demnach geht der Oberste Gerichtshof aufgrund der unwiderlegten Aussage des Angeklagten (S 41 in ON 2 in ON 185) davon aus, dass dieser das in Rede stehende Cannabisharz ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch erwarb und besaß.

Auf dieser Basis war die Sache mit dem Auftrag an das Erstgericht zu verweisen, in Betreff des dem kassierten Schuldspruch zugrunde liegenden Verhaltens des Angeklagten nach § 37 SMG vorzugehen (sofern nicht die Staatsanwaltschaft eine Erklärung nach § 192 Abs 1 Z 1 StPO abgibt).

Danach wird für die verbleibenden strafbaren Handlungen die Strafe neu zu bemessen sein. Sollte - falls die Staatsanwaltschaft die vorgenannte Erklärung nicht abgibt - die diversionelle Erledigung scheitern (zB an einer in § 35 Abs 6 SMG genannten Voraussetzung), wird neuerlich über den betreffenden Anklagevorwurf (Punkt I in ON 5 in ON 185) zu verhandeln und im Fall eines Schuldspruchs die Strafbemessung vorzunehmen sein (vgl Ratz, WK-StPO § 288 Rz 18).

Mit seiner Berufung und seiner Beschwerde war der Angeklagte auf das amtswegige Vorgehen zu verweisen.

Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Sie erstreckt sich nicht auf das amtswegige Vorgehen (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12).

**Textnummer**

E92183

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0130OS00093.09I.1015.000

**Im RIS seit**

14.11.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

12.08.2011

**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)