

# TE OGH 1983/1/27 120s173/82

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.01.1983

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat am 27.Jänner 1983

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Keller, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral, Hon.Prof.

Dr. Steininger, Dr. Hörburger und Dr. Lachner als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Hankiewicz als Schriftführer in der Strafsache gegen Robert A wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 128 Abs 1 Z. 4, 129 Z. 1, 130 StGB. und anderer strafbarer Handlungen über die von der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 28.Juni 1982, GZ 27 Vr 1/82-28, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral, der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Bassler und der Ausführungen des Verteidigers, Rechtsanwalt Dr. Kaiser, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, in Ansehung des Angeklagten Robert A im Strafausspruch aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z. 3 StPO. in der Sache selbst erkannt:

Der Angeklagte Robert A wird für die im angefochtenen Urteil näher bezeichneten Verbrechen nach § 130 höherer Strafsatz StGB. zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von einem Jahr verurteilt. Die Entscheidung über die Anrechnung der Vorhaft gemäß § 38 StGB. auf die über den Angeklagten Robert A verhängte Strafe wird aus dem angefochtenen Urteil übernommen.

Mit ihrer Berufung wird die Staatsanwaltschaft auf diese Entscheidung verwiesen.

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

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 12.Februar 1951 geborene Angeklagte Robert A des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 128 Abs 1 Z. 4, 129 Z. 1 und 130 StGB. schuldig erkannt und nach dem ersten Strafsatz des § 130 StGB. zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Inhaltlich des Schuldspruchs hat er im November und Dezember 1981 in Gesellschaft des bereits rechtskräftig abgeurteilten Günter B zwölf Einbruchsdiebstähle in Kellerabteile mit einer Gesamtschadenssumme von zumindest 5.075 S (Urteilsfaktum A I.), und in Gesellschaft der bereits rechtskräftig abgeurteilten Erna C einen Kellereinbruch mit einer Schadenssumme

von 246 S (Urteilsfaktum A II.), und allein zwei Kellereinbrüche mit einer Gesamtschadenssumme von 1.940 S (Urteilsfaktum A IV.), verübt, wobei der Angeklagte 'die schweren Diebstähle in der Absicht beging, sich durch wiederkehrende Begehung der Tat eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen' (S. 211 d.A.).

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Schulterspruch des Angeklagten A wegen Diebstahls (Faktengruppe A) bekämpft die Staatsanwaltschaft mit einer ziffernmäßig auf § 281 Abs 1 Z. 4 (gemeint: Z 5), Z 10 und Z 11 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, mit der sie sich gegen die Nichtanwendung des höheren Strafsatzes des § 130 StGB aus dem Grunde des § 129 (Z. 1) StGB. wendet. Der Nichtigkeitsbeschwerde kommt - aus dem letztbezeichneten Nichtigkeitsgrund - Berechtigung zu.

Zunächst zeigt die Staatsanwaltschaft in formeller Hinsicht an sich zutreffend auf, daß der Urteilssatz durch den Ausspruch, demzufolge der Angeklagte 'die schweren Diebstähle in der Absicht begangen habe, sich durch wiederkehrende Begehung der Tat eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen', mit den Urteilsgründen insoweit nicht übereinstimmt, als in letzteren festgestellt ist, die Absicht der Angeklagten, also auch des Angeklagten A, sei auf wiederkehrende Begehung von Kellereinbrüchen zur Schaffung einer fortlaufenden Einnahme gerichtet gewesen, nicht aber darauf, gewerbsmäßig in jedem Einzelfall für sich allein schwere Diebstähle (im Sinn des § 128 Abs 1 Z. 4 StGB.) zu verüben.

Nach § 130 zweiter Satz StGB. ist nun mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer einen schweren Diebstahl (§ 128 StGB.) oder Diebstahl durch Einbruch oder mit Waffen § 129 StGB.) in der Absicht begeht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Tat eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Infolge der Gleichwertigkeit der drei strafsatzerhöhenden Qualifikationen nach dieser Gesetzesstelle kann sich die Staatsanwaltschaft durch das offensichtliche Vergreifen des Erstgerichtes im Ausdruck (durch irrtümliche Ausführung des Qualifikationsmerkmals 'schwerer' Diebstahl bei Annahme der Gewerbsmäßigkeit im Schulterspruch, wohingegen das Erstgericht - wie aus den Entscheidungsgründen erhellt -

erkennbar auf wiederkehrende Begehung von Einbruchsdiebstählen im Sinne des § 70 StGB. abstellt) im Ergebnis allerdings nicht beschwert erachten, zumal die tatsächlichen Feststellungen des Erstgerichtes für die Subsumtion der Taten des Angeklagten unter § 130 zweiter Satz, zweiter Fall StGB. ('durch Einbruch') vorliegen und die rechtliche Beurteilung durch das Erstgericht als Verbrechen des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs 1, Abs 2 Z. 1, 128 Abs 1 Z. 4, 129 Z. 1 und 130 StGB. in Ansehung des Angeklagten Robert A irrtumsfrei erfolgte. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist im Recht, wenn sie mit Beziehung auf § 281 Abs 1 Z 11 StPO die Anwendung (bloß) des ersten Strafsatzes des § 130 StGB als strafbestimmende Norm als rechtsirrig bekämpft und die Bemessung der Strafe nach dem höheren Strafsatz der genannten Gesetzesstelle verlangt. Denn nach § 130 zweiter Satz StGB ist, wie dargetan, nicht nur der Täter zu bestrafen, der - unter Außerachtlassung des Zusammenrechnungsprinzips - gewerbsmäßig 'schwere' Diebstähle nach § 128 StGB

begeht, sondern auch derjenige, dessen Absicht - wie im vorliegenden Fall - darauf gerichtet ist, sich durch wiederkehrende Begehung von nach § 129 (Z 1-3) StGB

qualifizierten Einbruchsdiebstählen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft war daher Folge zu geben und das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, in Ansehung des Angeklagten A im Strafausspruch aufzuheben. Gemäß § 288 Abs 2 Z. 3 StPO. war in der Sache selbst zu erkennen und der Angeklagte Robert A für die im angefochtenen Urteil näher bezeichneten Verbrechen nach § 130 2. Strafsatz StGB. zu bestrafen. Bei der Strafbemessung war bei Robert A kein Umstand erschwerend, mildernd das Geständnis, die teilweise Schadensgutmachung und die Notlage .

Die drückende Notlage war als Milderungsgrund zu berücksichtigen, weil nach der Aktenlage kein Anhaltspunkt dafür besteht, daß der Angeklagte aus Arbeitsscheu gestohlen hat. Weil die Tat durch gewerbsmäßige Begehung qualifiziert ist, kommt die Wiederholung der Angriffe als erschwerend nicht in Betracht. Auch die Vorkriminalität und der rasche Rückfall fallen nicht ins Gewicht (vgl. Leukauf-Steininger, Kommentar2, § 32 RN 13, § 33 RN 5 und § 34 RN 16). Der Angeklagte A ist trotz einschlägiger Vorstrafen und bedingter Strafnachsicht neuerlich in der Probezeit strafbar geworden. Bei ihm ist somit die Prognose für künftiges Wohlverhalten nicht günstig. Das außerordentliche

Milderungsrecht war daher nicht anwendbar. Bei dem relativ geringen Wert der gestohlenen Sachen erscheint bei A eine Freiheitsstrafe in der Dauer von einem Jahr angemessen. Der Ausspruch des Erstgerichtes über die Anrechnung der Vorhaft wurde übernommen.

Mit ihrer Berufung war die Staatsanwaltschaft auf die getroffene Entscheidung zu verweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der angeführten Gesetzesstelle.

**Anmerkung**

E04027

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1983:0120OS00173.82.0127.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19830127\_OGH0002\_0120OS00173\_8200000\_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)