

# TE OGH 1980/4/29 90s22/80

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.04.1980

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 29. April 1980 unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Obauer und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, Dr. Steininger, Dr. Horak und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Boltz als Schriftführerin in der Strafsache gegen Heinz Josef A und Richard B wegen des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs. 1, Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 und 2, 130, letzter Fall, und 15 StGB und einer anderen strafbaren Handlung über die von den Angeklagten Heinz Josef A und Richard B gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 20. November 1979, GZ 1 b Vr 7945/78-107, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Reisenleitner, der Ausführungen der Verteidiger Dr. Bernhauser und Dr. Kasamas und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Kodek, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Heinz Josef A wird verworfen.

Gemäß § 362 Abs. 1 Z 1 StPO wird nach Anhörung der Generalprokurator das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Urteilsfaktum AA/A I 4 hinsichtlich des Schulterspruches beider Angeklagter wegen des Diebstahls eines Geldbetrages von weiteren 3.600,- DM sowie hinsichtlich des Strafausspruches in bezug auf beide Angeklagten (einschließlich des Ausspruches über die Unterbringung des Angeklagten Richard B in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstätter und des Ausspruches über die Anrechnung der Vorhaft bei beiden Angeklagten) aufgehoben und insoweit gemäß § 362 Abs. 2 StPO mit Zustimmung der Generalprokurator in der Sache selbst zu Recht erkannt:

Heinz Josef A und Richard B werden von der wider sie erhobenen Anklage, in der Nacht zum 28. August 1978 in Zell am See in Gesellschaft als Beteiligte der Cäcilia C fremde bewegliche Sachen, und zwar 3.600,- DM durch Einbruch, Aufbrechen eines Behältnisses und Eindringen mit einem nachgemachten Schlüssel mit dem Vorsatz weggenommen zu haben, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen.

Für das verbleibende, beiden Angeklagten zur Last fallende Verbrechen des teils vollendeten, teils versuchten schweren und gewerbsmäßigen durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127 Abs. 1, Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 und 2, 130, letzter Fall, und 15 StGB und das dem Angeklagten Richard B zur Last fallende Vergehen der Fälschung besonders geschützter Urkunden als Beteiligter nach §§ 12, 223 Abs. 1, 224 StGB werden Heinz Josef A nach dem zweiten Strafsatz des § 130 StGB unter Bedachtnahme gemäß §§ 31 und 40 StGB auf das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 28. Februar 1979, GZ 3 e Vr 410/78-38, zu 20 (zwanzig) Monaten Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe und Richard B nach dem zweiten Strafsatz des § 130 StGB unter Bedachtnahme auf §

28 StGB zu 32 (zweiunddreißig) Monaten Freiheitsstrafe sowie beide Angeklagte gemäß 389 StPO zum Ersatz der Kosten verurteilt. Der Angeklagte Richard B wird mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde und beide Angeklagten werden mit ihren Berufungen auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß § 38 StGB werden dem Angeklagten Heinz Josef A die Vorhaft vom 12. Oktober 1979, 11,30 h, bis 20. November 1979, 13,25 h, und dem Angeklagten Richard B die Vorhaft vom 1. Oktober 1978, 9,50 h bis 21. November 1978, 12,00 h auf die verhängten Strafen angerechnet. Gemäß § 390 a StPO fallen ihnen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 16. März 1948 geborene Elektriker Heinz Josef A und der am 22. Mai 1946 geborene Maschineneinsteller Richard B des Verbrechens des teils vollbrachten (richtig: vollendeten), teils versuchten schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch (richtig: schweren und gewerbsmäßigen durch Einbruch begangenen Diebstahls) nach §§ 127 Abs. 1, Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 und 2, 130, letzter Fall, und 15 StGB, Richard B überdies des Vergehens der Fälschung besonders geschützter Urkunden als Beteiliger nach §§ 12, 223 Abs. 1, 224 StGB schuldig erkannt.

Gegen dieses Urteil richten sich die Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen beider Angeklagter. Der Angeklagte A bekämpft mit der Nichtigkeitsbeschwerde den Schulterspruch hinsichtlich der Urteilsfakten AA/A I 4

und AA/B I 1, 2, 3, 5, 6 und AA/B II sowie die Annahme der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des letzten Falles des § 130 StGB. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten B richtet sich lediglich gegen den Ausspruch seiner Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter.

## **Rechtliche Beurteilung**

I. Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A und zur Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 362 StPO:

a) zum Urteilsfaktum AA/A I 4:

Das Erstgericht sprach beide Angeklagte schuldig, in der Nacht zum 28. August 1978 in Gesellschaft als Beteiligte in Zell am See der Cäcilia C fremde bewegliche Sachen und zwar 6.000 S und 4.000 DM Bargeld durch Einbruch, Aufbrechen eines Behältnisses und Eindringen mit einem nachgemachten Schlüssel (unter Verwendung eines von A konstruierten Sperrwerkzeuges) mit dem Vorsatz weggenommen zu haben, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern. Gegen diesen Schulterspruch wendet der Beschwerdeführer A in seiner den Nichtigkeitsgrund der Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO anrufenden Nichtigkeitsbeschwerde ein, das Erstgericht habe den Ausspruch, er und sein Mittäter B hätten bei diesem Diebstahl nicht nur - wie von ihnen eingestanden wird - 260 oder 400 DM (vgl. Band III S 297 und 307 und Band I S 50 und 61) sondern 4.000 DM Bargeld gestohlen, unzureichend begründet. Die Urteilsannahme eines bei dieser Gelegenheit verübten Diebstahls eines Bargeldbetrages von 6.000 S wird in diesem Zusammenhang nicht bekämpft.

Das Erstgericht versagte der einen Diebstahl von mehr als 260 bzw. 400 DM leugnenden Verantwortung der beiden Angeklagten den Glauben, indem es - sich hiebei augenscheinlich auf den Bericht der Sicherheitsbehörde (Band I S 133) berufend - auf die Angaben der Geschädigten verwies und ergänzend ausführte, daß die beiden Angeklagten (nacheinander) am Tatort waren und daher die Möglichkeit bestünde, daß einer von ihnen den 400 DM übersteigenden DM-Betrag ohne Wissen des anderen an sich genommen habe und diesen Diebstahl nunmehr deshalb bestreite (Band III S 335). Diese Argumentation beruht auf der durch die - im erstgerichtlichen Verfahren gegebene - Aktenlage gedeckten (Band I S 133 sowie Band III S 297 und 306), freien und im Nichtigkeitsverfahren unbekämpfbaren Beweiswürdigung des Erstgerichtes. Die Beschwerde vermag hiezu auch nur vorzubringen, die Argumentation des Erstgerichtes sei 'in keiner Weise überzeugend' und bringt damit mittelbar zum Ausdruck, daß sie dem Erstgericht keinen der in der Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO angeführten Verstöße zum Vorwurf zu machen vermag, sondern in Wahrheit nur die Beweiswürdigung anficht.

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A war jedoch in diesem Urteilsfaktum gemäß § 362 Abs. 1 Z 1 StPO mit einer Wiederaufnahme des Verfahrens nach Anhörung der Generalprokuratur zugunsten beider Angeklagter hinsichtlich eines Teilbetrages von 3.600,- DM vorzugehen. Nach den in den erstgerichtlichen Akten enthaltenen

Angaben der Geschädigten Cäcilia C, die lediglich in Form eines Berichtes des Sicherheitsbüros der Bundespolizeidirektion Wien vorliegen (Band I S 132 und 133), hätten die Täter des in der Pension D in Zell/See begangenen Einbruchsdiebstahls 6.000 S und 4.000 DM Bargeld erbeutet.

Die gegen unbekannte Täter erstattete Anzeige wurde vom Erstgericht weder im Vorverfahren noch im Zwischenverfahren beigeschafft und auch eine Vernehmung der Geschädigten nicht veranlaßt (allerdings wurde auch in der Hauptverhandlung kein darauf hinzielender Antrag gestellt). Aus der nunmehr im Rechtsmittelverfahren beigeschafften, gegen unbekannte Täter erstatteten Anzeige des Gendarmeriepostenkommandos Zell am See vom 6. September 1978, E-Nr. 3946

bis 3950/78, geht hervor, daß Cäcilia C in der Nacht zum 28. August 1978 6.000 S und 400 DM gestohlen wurden, welcher Sachverhalt der Bundespolizeidirektion Wien auf Grund eines fernschriftlichen Ersuchens gleichfalls fernschriftlich bekannt gegeben wurde. Augenscheinlich unterlief entweder bei diesem Fernschreiben ein Übermittlungsfehler oder bei der anschließenden Verfassung des Berichtes des Sicherheitsbüros ein Schreibfehler. Da somit feststeht, daß nicht, wie es nach der bisherigen Aktenlage den Anschein hatte, 4.000 DM, sondern bloß 400 DM gestohlen wurden, war in bezug auf einen Geldbetrag von 3.600,- DM das Verfahren gemäß § 362 Abs. 1 Z 1 StPO wieder aufzunehmen und insoweit zugleich nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle mit Zustimmung der Generalprokurator mit einem Freispruch vorzugehen.

Der Freispruch hatte zu erfolgen, obwohl hiedurch keine strafsatändernde Wertgrenze berührt wird. Hat nämlich der Täter nur einen kleineren als den ihm angelasteten Geldbetrag gestohlen, fehlt es hinsichtlich des darüber hinausgehenden Anklagevorwurfs an einer strafbaren Handlung und er muß ungeachtet des Umstandes, ob eine strafsatändernde Wertgrenze berührt wird, freigesprochen werden (SSt. 40/16 = EvBl. 1969/417; SSt. 44/30 = EvBl. 1973/287; EvBl. 1977/123; EvBl. 1978/93 u. a.).

b) Zum Urteilsfaktum AA/B I 1:

Das Erstgericht stellte zu diesem Urteilsfaktum fest, daß der Angeklagte A (aus einem mit besonderen Vorrichtungen versehenen Wagenheber) ein Gerät konstruierte, mit dem Türstücke auseinandergebogen werden konnten, und daß die beiden Angeklagten am 9. Mai 1978 die Eingangstür zum Parfümeriegeschäft der Gertraud E mit diesem Gerät aufzwängten, wobei die Scheibe (der Eingangstür) zersprang; obgleich der Lärm nicht übermäßig war, hielten es die beiden Angeklagten doch für geraten, ihren Versuch aufzugeben und sich zu entfernen.

Hiezu wird vom Beschwerdeführer A, ziffernmäßig auch auf § 281 Abs. 1 Z 5 StPO gestützt, der Sache nach ausschließlich unter Bezugnahme auf den gleichfalls angerufenen Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z 9 lit. b StPO geltend gemacht, es liege der Strafaufhebungsgrund des Rücktrittes vom Versuch vor.

Dem kann nicht gefolgt werden. Das Erstgericht brachte mit den wiedergegebenen Tatsachenfeststellungen erkennbar zum Ausdruck, daß der Beschwerdeführer und sein Komplize nicht freiwillig vom Versuch zurücktraten, sondern ihr Vorhaben allein deshalb aufgaben, weil ihnen die weitere, dem ursprünglichen Tatplan entsprechende Ausführung unmöglich erschien. Vom behaupteten Fehlen von Feststellungen, die die Zurechnung des Verhaltens der beiden Angeklagten als Einbruchsversuch rechtfertigen, oder vom Unterlassen von Feststellungen, die die Zubilligung eines strafaufhebenden Rücktrittes vom Versuch zur Folge hätten, kann um so weniger gesprochen werden, als die Angeklagten sich selbst in der Hauptverhandlung nicht mit freiwilligem Rücktritt vom Versuch verantworteten. Der Beschwerdeführer A gab vielmehr an, das Einbruchsgerät habe sich (bei der Tatausführung) als unbrauchbar erwiesen und er habe 'vielleicht Angst bekommen', daß bei Fortsetzung der Arbeit die (bisher zwar mit einem Knall zersprungene aber im Türrahmen gebliebene) Scheibe 'vielleicht herausgefallen wäre und das hätte zu viel Wirbel gemacht' (Band III S 292). Auch der Mitangeklagte B berichtete, der Beschwerdeführer habe erklärt: 'das geht nicht, geben wir es auf' (Band III S 293 und 305). Da der Tatplan auf das geräuschlose, daher unauffällige Aufzwängen der Eingangstür mit einem dafür adaptierten Wagenheber (Band I S 52 und 59) abgestellt war, erfolgte der Rücktritt vom Versuch nicht aus eigenem Antrieb aus freien Stücken, sondern zufolge der befürchteten Unmöglichkeit plangemäßer Tatvollendung (in Anbetracht der massiven Türkonstruktion - siehe Band I S 125). Nach den durch die Aktenlage gedeckten und damit mängelfrei getroffenen erstgerichtlichen Feststellungen kommt dem Beschwerdeführer und dem Mitangeklagten B in diesem Faktum der in Anspruch genommene Strafaufhebungsgrund nicht zu statten.

c) Zu den Urteilsfakten AA/B I 2, 3, 5 und 6 und AA/B II:

Das Erstgericht stellte zu diesen Fakten fest, daß die Angeklagten A und B in der Nacht zum 29. Juni 1978 mit einem von A konstruierten Sperrwerkzeug in Wien in eine Araltankstelle einzudringen versuchten, dies jedoch nicht gelang, weil am Sperrwerkzeug ein Draht abbrach (Band III S 331). Anfangs Juli 1978 versuchten die beiden Angeklagten mit dem erwähnten Sperrwerkzeug in einen Supermarkt im 8. Wiener Gemeindebezirk einzudringen, doch gelang dies ebenfalls nicht (Band III S 332). Ende Juli 1978, anlässlich einer Diebsfahrt nach Zell am See, beschlossen die beiden Angeklagten in Gmunden ein Waffengeschäft, ein Sportgeschäft und ein Farbengeschäft 'auszuräumen'; dem Angeklagten A gelang es jedoch nicht (mit seinem Sperrwerkzeug) die Geschäftstüren aufzusperren, sodaß die Angeklagten ihr Vorhaben aufgeben mußten (Band III S 332). Anlässlich einer weiteren Diebsfahrt nach Zell am See - zwischen dem 28. August und dem 1. September 1978 - versuchten die beiden Angeklagten in Kaprun einen Einbruch in das Juweliergeschäft F, wobei jedoch ein Stift des Aufsperrgerätes brach, so daß die Angeklagten ihr Vorhaben aufgeben mußten.

Weiters versuchten sie in Kaprun einen Einbruch in das Gasthaus G, doch gelang es nicht, die Tür (mit dem Sperrgerät) zu sperren, weil es sich um ein Schloß neuerer Konstruktion handelte (Band III S 332). Der Angeklagte A hatte anlässlich eines am 9. September 1978 in Wien begangenen Einbruchsdiebstahls bei der Fa. H eine Reihe von Sachen zum Abtransport (anlässlich eines weiteren geplanten Diebszuges) zurechtgerichtet und vereinbarte sodann mit dem Angeklagten B ein Zusammentreffen in den Morgenstunden des 3. November 1978 (gemeint: 11. September 1978), bei welcher Gelegenheit diese Sachen gemeinsam abtransportiert werden sollten. B kam jedoch nicht zu diesem Zusammentreffen, weil er (vorgeblich) verschlafen hatte.

Darauf drang A allein in das Geschäft ein, mußte dieses jedoch wieder verlassen, ohne Beute mitnehmen zu können, weil ein Firmenarbeiter erschien (Band III S 333).

Zu allen diesen Fakten wird vom Beschwerdeführer A unter Berufung auf die Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO und unter Behauptung eines Feststellungsmangels im Sinne des § 281 Abs. 1 Z 9 lit. a StPO vorgebracht, die Annahme des Gerichtes, der Beschwerdeführer habe (auch) in diesen Fällen die Eingangstüren der Geschäfte mit dem Vorsatz geöffnet, Diebstähle (gemeinsam, bzw. im letztgenannten Faktum allein) auszuführen, sei unzulänglich begründet, er habe nur das von ihm entwickelte Aufsperrgerät überprüfen wollen, weil er es patentieren lassen wollte.

Dieser auch in der Hauptverhandlung vorgetragenen Verantwortung des Beschwerdeführers A (Band III S 295 ff) versagte das Erstgericht inhaltlich der Entscheidungsgründe den Glauben, weil der Angeklagte A jedenfalls wußte, daß der Mitangeklagte B in den von ihm mit dem Aufsperrgerät geöffneten Geschäftslokalen Diebstähle verüben würde und im übrigen auch selbst an Beute interessiert war (Band III S 336). Diese, einen Akt der freien und im Nichtigkeitsverfahren unbekämpfbaren Beweiswürdigung darstellende Argumentation gründete es einerseits auf die eigene Verantwortung des Beschwerdeführers A, die dahin geht, er habe sich zu diesen Taten nur über das Drängen des Mitangeklagten B entschlossen, der ihm andauernd mit dem Begehen, gemeinsame Einbrüche zu begehen, nachgelaufen sei und dem er nachgegeben habe, weil er nicht 'als Kameradschaftsschwein dastehen wollte' (Band III S 298), anderseits auch auf die Angaben des Angeklagten B in der Hauptverhandlung (Band III S 311). Ob ein Diebstahl zum Vorteil beider Diebgenossen oder nur eines von ihnen verübt wird, ist unerheblich, weil nach dem klaren Wortlaut des § 127 Abs. 1 StGB auch der Vorsatz des Täters ausreicht, einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern. Die in Rede stehende erstgerichtliche Feststellung ist daher mängelfrei und auch lebensnah und einleuchtend, zumal der Beschwerdeführer A das Aufsperrgerät zugegebenermaßen zum Zweck des Einbruches in Geschäftslokale konstruierte, Fahrten nach Gmunden und Kaprun - die überdies mit nur so wenig Bargeld unternommen wurden, daß nicht einmal Benzin gekauft werden konnte (Band III S 297) - nur zu Experimentierzwecken geradezu unverständlich wären und bei zahlreichen anderen Gelegenheiten aus den solcherart geöffneten Räumlichkeiten tatsächlich vorgefundene Wertgegenstände gestohlen wurden. Daß in den Fakten AA/B I 2, 3 und 6 die Eigentümer der Geschäfte, bei denen Diebstähle versucht wurden, nicht festgestellt werden konnten, steht entgegen dem weiteren Einwand der Beschwerde der Annahme tatbildlichen Verhaltens nicht entgegen, beruht doch die Feststellung, daß diese Geschäfte aufgesperrt oder aufzusperren versucht wurden, auf der eigenen Verantwortung beider Angeklagter. Daß bei den von beiden Angeklagten gemeinsam ausgeführten Diebstählen und Diebstahlsversuchen grundsätzlich eine Arbeitsteilung dahin vorgenommen wurde, daß der Beschwerdeführer A die Eingangstür mit dem von ihm konstruierten Werkzeug öffnete und anschließend B eindrang und verwertbare Sachen wegnahm, oder jedenfalls eine solche Vorgangsweise beabsichtigt war, nahm das Erstgericht auf Grund der insofern übereinstimmenden Verantwortung beider Angeklagten als erwiesen an (siehe insbesondere Band III S 295 ff). Das nunmehrige Vorbringen des Beschwerdeführers A, er habe

beim Aufsperrn der Türen keineswegs den Vorsatz gehabt, B das Eindringen zu ermöglichen, geht von einer mit den Verfahrensergebnissen im Widerspruch stehenden Annahme aus. Durchwegs wurde nämlich von beiden Angeklagten zu jenen Fakten, bei denen es beim Versuch blieb - vor allem im Vorverfahren - angegeben, daß eine Nachsperrre nicht (vollständig) gelang, weil sich etwa herausstellte, daß noch eine zusätzliche an der Innenseite der Türe angebrachte Verriegelung vorhanden war (Band I S 51, Band III S 309), daß die Situation zu gefährlich schien, weil in einem Kästchen über einer Tür eine Alarmanlage vermutet wurde (Band I S 50 und Band III S 309), daß sich das Sperrwerkzeug AS deshalb nicht anwenden ließ, weil sich herausstellte, daß in einer Tür ein Schloß neuerer Konstruktion vorhanden war (Band I S 52, Band III S 310) oder daß beim Nachsperrversuch ein Drahtstift des Sperrwerkzeug brach (Band III S 297).

Bei Urteilsfaktum AA/B II (Aufsperrn und Betreten der Lagerräume der Fa. H durch den Beschwerdeführer A allein) blieb es nach den Urteilsfeststellungen deshalb beim Versuch, weil der Angeklagte B der getroffenen Vereinbarung zuwider nicht zum Abtransport der vom Beschwerdeführer anlässlich eines früheren Eindringens in das Geschäft bereits dazu hergerichteten Waren erschien und der sodann allein eindringende Beschwerdeführer von der Ausführung seines Vorhabens wegen Erscheinens eines Arbeiters ablassen mußte (Band III S 333, vgl. auch Band III S 299

und 307, Band I S 25 und 62), somit die Gefahr einer Entdeckung gegeben war. Auch bei dieser durch die Aktenlage gedeckten Feststellung des Erstgerichtes ist die Annahme eines bloßen Experiments mit dem vom Beschwerdeführer konstruierten Aufsperrgerät nicht gestattet.

d) Zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit:

Das Erstgericht folgerte aus der Tatsache, daß der Angeklagte A Sperrwerkzeuge (zu Einbruchszwecken) konstruierte, die er sogar mehrfach verbesserte, daß beide Angeklagte es nicht bloß auf einen Diebstahl abgesehen hätten, sondern fortlaufend Einbrüche begehen wollten und die Diebstähle daher in der Absicht begangen wurden, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (Band III S 336).

Der Beschwerdeführer A bestreitet in Ausführung der Rechtsrüge nach § 281 Abs. 1 Z 10 StPO die vom Erstgericht angenommene Gewerbsmäßigkeit seines Handelns unter Hinweis auf den relativ kurzen Deliktszeitraum (Mitte Mai bis Anfang September 1978) und seine Berufstätigkeit in dieser Zeit.

Seine Ausführungen vermögen nicht durchzudringen. Die Annahme des Erstgerichtes ist denkgesetzrichtig und mängelfrei auf die unbestrittene Tatsache begründet, daß der Beschwerdeführer ein Einbruchswerkzeug konstruierte und in fortlaufenden Versuchen verbesserte sowie - überwiegend unter dessen Verwendung - während eines etwa 5 Monate dauernden Zeitraumes sieben Diebstähle ausführte und zehn weitere versuchte. Demgegenüber kommt dem 'relativ kurzen' Deliktszeitraum keine entscheidende Bedeutung zu, zumal der Beschwerdeführer am 19. September 1978 in Haft genommen wurde (Band I S 35) und ersichtlich allein dadurch der Deliktszeitraum auf wenige Monate begrenzt wurde.

Die Tatsache, daß der Beschwerdeführer auch ein sonstiges Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis erzielte, steht die Annahme der Gewerbsmäßigkeit nicht entgegen; genügt doch nach ständiger Rechtsprechung das Vorhaben, sich durch Vermögensdelikte fortlaufende zusätzliche Einnahmen zu verschaffen (vgl. EvBl. 1976/274, EvBl. 1979/19; EvBl. 1978/15

u. a.).

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten war daher als unbegründet zu verwerfen.

II. Zur Neubemessung der Strafen, zur Frage der Unterbringung des Angeklagten B in einer Anstalt für gefährliche Rückfallräte und zur Vorhaftanrechnung:

Bei der notwendig gewordenen Neubemessung der Strafen übernimmt der Oberste Gerichtshof die vom Erstgericht im wesentlichen zutreffend angenommenen Strafzumessungsgründe.

Beim Angeklagten B hat allerdings ein verhältnismäßig rascher Rückfall nach einer bis zum 10. Februar 1978 erfolgten Strafhaft als Erschwerungsgrund hinzuzutreten. Zu beachten war aber vor allem, daß im Hinblick auf den vom Obersten Gerichtshof vorgenommenen Freispruch beider Angeklagter vom Anklagevorwurf des Diebstahls weiterer 3.600 DM der Gesamtbetrag der erzielten Beute gegenüber den erstgerichtlichen Urteilsannahmen sowohl absolut als

auch in Relation zur Beute aus den den beiden Angeklagten weiterhin zur Last fallenden vollendeten Diebstählen erheblich geringer ist. Dies hat zur Folge, daß die Freiheitsstrafen bei beiden Angeklagten doch spürbar unter dem vom Erstgericht gewählten Maß auszumessen waren, und zwar beim Angeklagten A unter Bedachtnahme auf das im Urteilsspruch angeführte Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien, mit dem dieser Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer eines Jahres verurteilt worden war.

Richtig ist zwar der Hinweis in der Berufung des Angeklagten A, daß die Belastung im Vorleben beider Angeklagter unterschiedlich ist. Dennoch waren im Ergebnis - unter Berücksichtigung des Umstandes, daß bei A eine Zusatzstrafe zu verhängen war - gleichlange Freiheitsstrafen über beide Angeklagten zu verhängen, da dem Angeklagten A insgesamt eine erheblich größere Anzahl von Fakten zur Last fällt und seine Gefährlichkeit doch höher zu veranschlagen ist als jene des Angeklagten B, war es doch A, der ein Nachsperrgerät konstruierte und es stetig verbesserte.

Die vom Erstgericht ausgesprochene Unterbringung des Angeklagten B in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter wurde vom Obersten Gerichtshof nicht übernommen. Die Gefährlichkeitsprognose des vom Erstgericht vernommenen Sachverständigen Prim. Dr. Heinrich I ist hiezu nicht eindeutig. Der Sachverständige bezog sich auch in der Hauptverhandlung ausdrücklich auf sein schriftliches Gutachten (ON 104 d. A), in welchem er im wesentlichen zum Ergebnis gelangte, daß das kriminelle Verhalten des Angeklagten B weniger einer besonders aktiven Zuwendung zur Kriminalität oder einem Hang zu kriminellem Lebensstil entspricht, sondern in einer mangelhaften Eigenständigkeit wurzelt. Auch in der Hauptverhandlung führte der Sachverständige noch aus, daß der Angeklagte B wohl unter Fremdeinfluß strafbare Handlungen mit schweren Folgen begeht, jedoch als Alleintäter lediglich zur Kleinkriminalität neigt und auch kein Hangtäter ist, sondern lediglich in die Kriminalität 'hineinschlittert'. Aus diesem Teil des Sachverständigungsgutachtens kann somit weder die Annahme eines Hanges in der Bedeutung des § 23 Abs. 1 Z 3 StGB abgeleitet werden noch die (unbedingte) Befürchtung der weiteren Begehung von strafbaren Handlungen mit schweren Folgen, weil hiezu die Annahme weiteren fortgesetzten Fremdeinflusses notwendig wäre.

Allerdings führte der Sachverständige in der letzten Passage seines Gutachtens aus, die Tatsache, daß B mit dem ihm überlassenen Einbruchswerkzeug auch nach der Verhaftung AS allein Einbrüche beginnt, sei als aktive Hinwendung zur Kriminalität zu werten. Diese Ausführungen stehen im gewissen Widerspruch zum sonstigen Inhalt des Gutachtens, der nur unter der Annahme gelöst werden könnte, daß dem Sachverständigen bis zu diesem Zeitpunkt (einem Vorhalt des Staatsanwaltes) die Tatsache der alleinigen Ausführung von Diebstählen nicht bekannt gewesen wäre und er somit in seinen vorausgegangenen Ausführungen von unvollständigen Grundlagen ausgegangen wäre, wogegen allerdings spricht, daß der Sachverständige den Straftat eingesehen hatte (Band III S 235). Abgesehen von der aufgezeigten Divergenz im Sachverständigungsgutachten bleibt aber jedenfalls zu beachten, daß die vom Angeklagten B zuletzt allein mit dem Sperrwerkzeug begangenen Diebstähle der Art nach offenbar weiterhin durch das Beispiel der vorangegangenen mit dem Angeklagten A zusammen begangenen Diebstähle beeinflußt wurden, der Angeklagte B durch die Überlassung des Sperrgerätes in eine günstige Gelegenheit gesetzt wurde, die er für sich nicht hätte schaffen können, da er allein augenscheinlich nicht zur Herstellung eines solchen Sperrwerkzeuges befähigt war und es - mit einer Ausnahme - bei den von B nach der Verhaftung AS begangenen Einbrüchen beim Versuch blieb. Unter Beachtung dieser besonderen Umstände kann nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes aus den vom Angeklagten B allein begangenen Diebstählen noch nicht mit der erforderlichen Sicherheit die Befürchtung abgeleitet werden, dieser Angeklagte werde wegen seines Hanges zu Diebstählen oder zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes weiterhin Diebstähle mit schweren Folgen begehen.

Da somit schon aus diesen Erwägungen ein Ausspruch der Unterbringung des Angeklagten B in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter nicht in Frage kam, war dieser Angeklagte mit seiner lediglich gegen diesen Ausspruch gerichteten Nichtigkeitsbeschwerde auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu verweisen, ohne daß es notwendig gewesen wäre, auf die Nichtigkeitsbeschwerde näher einzugehen.

Mit ihren Berufungen waren beide Angeklagte auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes über die Neubemessung der Strafe zu verweisen.

Mit der Aufhebung des erstgerichtlichen Strafausspruches war auch der vom Erstgericht vorgenommene Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft bei beiden Angeklagten aufzuheben, der im übrigen mit einer Nichtigkeit im Sinne des § 281 Abs. 1 Z 11 StPO behaftet war, weil nicht sämtliche Vorhaftzeiten angerechnet wurden. Der Angeklagte A

befand sich in der vorliegenden Strafsache nämlich nicht erst ab 16. Oktober 1979, 20,15 Uhr, in Haft, sondern bereits ab 12. Oktober 1979, 11,30 Uhr (siehe hiezu den nicht journalisierten Aktenteil nach ON 93, vormals AZ 18 Ns 102/79 des Landesgerichtes Feldkirch), am 16. Oktober 1979 erfolgte lediglich eine Überstellung in das Gefangenhaus I des Landesgerichtes für Strafsachen Wien. Der Angeklagte B war ebenfalls nicht erst ab 3. Oktober 1978, 12,30 Uhr, in der vorliegenden Strafsache in Haft, sondern bereits ab 1. Oktober 1978, 9,50 Uhr (vgl. Band I S 78 unten).

Vom Obersten Gerichtshof war nunmehr die Anrechnung der Vorhaften im gesamten aufgezeigten Umfang vorzunehmen.

Die Kostenentscheidung fußt auf der im Spruch genannten Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E02619

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

ECLI:AT:OGH0002:1980:0090OS00022.8.0429.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19800429\_OGH0002\_0090OS00022\_8000000\_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)