

# TE OGH 1980/4/9 110s32/80

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.04.1980

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 9.April 1980 unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, Dr. Walenta, Dr. Schneider und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Hochleithner als Schriftführer in der Strafsache gegen Josef Gerhard A wegen des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127 Abs. 1, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 und 15 StGB und einer anderen strafbaren Handlung über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 7.Jänner 1980, GZ 1 e Vr 9.219/79-23, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, der Ausführungen der Verteidigerin Dr. Mühl und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur Generalanwalt Dr. Kodek zu Recht erkannt:

## Spruch

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wird gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO das angefochtene Urteil, das im übrigen (insbesondere Punkte I 2 und II des Schuldspruchs) unberührt bleibt, im Schuldspruch zu I 1 und in der rechtlichen Beurteilung des Diebstahls als schwerer nach der Bestimmung des § 128 Abs. 1 Z 4 StGB und demgemäß auch im Strafausspruch, nicht jedoch im Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft, aufgehoben und es wird gemäß dem § 288 Abs. 2 Z 3 StPO in diesem Umfang in der Sache selbst erkannt:

Josef Gerhard A ist schuldig, zu einem unbekannten Zeitpunkt zwischen 6. und 20.Oktober 1979 in Wien ein fremdes Gut in einem 5.000 S nicht übersteigenden Wert, das er ohne Zueignungsvorsatz in seinen Gewahrsam gebracht hatte, nämlich ein Autoradio Marke Blaupunkt samt Lautsprecher, zwei Sitzfelle und einen Werkzeugsatz der Elisabeth B, unterschlagen zu haben.

Er hat hiedurch das Vergehen der Unterschlagung nach dem § 134 Abs. 2 StGB begangen und wird hiefür und für die ihm nach dem unberührt gebliebenen Teil des Schuldspruchs weiterhin zur Last fallenden strafbaren Handlungen, nämlich das Verbrechen des versuchten Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 15, 127 Abs. 1, 129 Z 1 StGB (I 2 des Urteilssatzes) und das Vergehen des unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach dem § 136 Abs. 1 und 2

StGB (II des Urteilssatzes) nach dem § 129 StGB unter Bedachtnahme auf den § 28 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 1 (einem) Jahr verurteilt.

Der Ausspruch über die Kostenersatzpflicht und der Zuspruch von 3.000 S gemäß dem § 369 StPO an die Privatbeteiligte Elisabeth B werden aus dem Ersturteil übernommen.

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

Gemäß dem § 390 a StPO fallen ihm die durch seine Rechtsmittel verursachten Kosten des Verfahrens zweiter Instanz zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit der auf die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs. 1 Z 4 und 5 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft der Beschwerdeführer der Sache nach ausschließlich den Schuldspruch zu I des Urteilssatzes wegen des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127 Abs. 1, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 und 15 StGB, und zwar nur insoweit, als das Erstgericht (auch) die Wertqualifikation des § 128 Abs. 1 Z 4 StGB zufolge eines 5.000 S übersteigenden Gesamtwertes der zu I 1 und 2 gestohlenen und zu stehlen versuchten Gegenstände (ein Autoradio Marke Blaupunkt samt Lautsprecher, zwei Sitzfelle und ein Werkzeugsatz im Gesamtwert von 4.000 S aus dem Besitz der Elisabeth B, ein Autoradio im Wert von 1.800 S aus dem Besitz des Gustav C) annahm.

Auf diese Ausführungen braucht nicht näher eingegangen zu werden, weil - wie nachstehend ausgeführt -

im Faktum B (I 1) der Schuldspruch wegen Diebstahls rechtsirrig erging, demnach eine Zusammenrechnung der Werte zu den Urteilsfakten I 1 und 2 gemäß dem § 29 StGB nicht in Betracht kommt, womit auch der Qualifikation des Diebstahls (beschränkt auf I 2 des Schuldspruches) nach dem § 128 Abs. 1 Z 4 StGB der Boden entzogen ist.

## **Rechtliche Beurteilung**

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde vermochte sich nämlich der Oberste Gerichtshof davon zu überzeugen, daß das Ersturteil in dem erwähnten Schuldspruch zu I 1 (und daher auch in der Unterstellung der Taten zu I 1 und 2

unter den § 128 Abs. 1 Z 4 StGB) mit einer vom Angeklagten nicht geltend gemachten, sich zu seinem Nachteil auswirkenden (materiellrechtlichen) Nichtigkeit nach der Z 10

des § 281 Abs. 1 StPO behaftet ist (§ 290 Abs. 1 StPO):

Das Erstgericht stellte zum Faktum I 1 fest, der Angeklagte habe in der Nacht zum 6. Oktober 1979 mit einer Maurerklatz das Schwenkfenster des versperrten PKW der Elisabeth B eingeschlagen, das Fahrzeug durch Kurzschließen in Betrieb genommen und 'schließlich' daraus ein Autoradio Marke Blaupunkt (samt Lautsprecher), zwei Autositzfelle und 'ein Autowerkzeug' im Gesamtwert von 4.000 S gestohlen (S 134). Den PKW habe er 'lediglich aufgebrochen, um ihn in Betrieb zu nehmen und erst später die darin befindlichen Gegenstände mit Bereicherungsabsicht an sich genommen' (S 135 f). Nach diesen insofern eindeutigen Feststellungen handelte der Angeklagte nicht mit Bereicherungsvorsatz, als er den PKW (samt Inhalt) aus dem Gewahrsam der Elisabeth B entzog.

Bei der Zueignung der genannten Gegenstände aus diesem PKW brach er demzufolge nicht mehr den Gewahrsam der Eigentümerin, sodaß ein wesentliches Merkmal des Tatbildes des Diebstahls nach dem § 127 Abs. 1 StGB, nämlich die Sachwegnahme, fehlt. Die Tat wurde daher diesem Tatbild rechtsirrig unterstellt; richtigerweise ist hierin das Vergehen der Unterschlagung nach dem § 134 Abs. 2 StGB als verwirklicht anzusehen (vgl. Fuchs in RZ 1980, 5 ff mit ausführlicher Erörterung der Entscheidung RZ 1978/20 = EvBl. 1978/94 unter Darlegung des Gesamtstandes der Literatur und Judikatur zu dieser Frage).

Die Zurechnung (auch) der zum Nachteil der Elisabeth B verübten, richtig als Unterschlagung zu beurteilenden Tat als Diebstahl gereichte dem Angeklagten insbesondere deshalb zum Nachteil, weil der Zusammenrechnungsgrundsatz des § 29 StGB die Überschreitung der Wertgrenze des § 128 Abs. 1 Z 4 StGB bewirkte.

Bei der demgemäß vorzunehmenden Neubemessung der Strafe wurden als erschwerend die einschlägigen Vorstrafen des Angeklagten, dessen rascher Rückfall und das Zusammentreffen eines Verbrechens mit zwei Vergehen, als mildernd das Geständnis und der Umstand gewertet, daß der Diebstahl beim Versuch blieb.

Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen erachtete der Oberste Gerichtshof eine Freiheitsstrafe in der Dauer von einem Jahr als dem Unrechtsgehalt der Taten und dem Verschuldensgrad des Täters angemessen.

Mit seiner Berufung war der Angeklagte - ebenso wie mit der Nichtigkeitsbeschwerde - auf diese Entscheidung zu verweisen. Das Adhäsionserkenntnis, das im übrigen nicht gesondert bekämpft wurde, war - durch das Anerkenntnis des Angeklagten gedeckt - aus dem Ersturteil zu übernehmen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den bezogenen Gesetzesstellen.

## **Anmerkung**

E02577

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1980:0110OS00032.8.0409.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19800409\_OGH0002\_0110OS00032\_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)