

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** **Umweltschutz als Leitidee richterlicher Rechtsfortbildung?**
Die Neuregelung der Elternteilzeit
Die geplanten Neuerungen des GesRÄG 2005
Vorsteuerabzug bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen
Das neue Außerstreitgesetz
- Judikatur** **Höchstgerichtliche Entscheidungen aus den zentralen Prüfungsfächern**
- Musterfall** **Musterfälle aus Strafrecht, Verfassungsrecht und Bürgerlichem Recht**

Redaktionsleitung
Alexander Reidinger

Redaktion
Ulrike Frauenberger-Pfeiler
Thomas Klicka
Georg Kofler
Roman Alexander Rauter
Susanne Reindl
Gert-Peter Reissner
Eva Schulev-Steindl

Korrespondenten
Martin Binder
Friedrich Harrer
Ferdinand Kerschner
Willibald Posch

2004/2005

O4
MANZ 

ISSN 1022-9426

Kein amtswegiges Vorgehen des OGH bei Subsumtionsfehler

JAP 2004/2005/42

§§ 290 Abs 1, 295
Abs 1 StPOOGH 7. 4. 2004,
13 Os 21/04
(EvBl 2004/174)

Amtswege
Wahrnehmung
von Nichtigkeiten;
Bindung des
Berufungs-
gerichtes an den
Schuldspruch;
Nachteil für den
Angeklagten;
Subsumtions-
fehler

Sieht sich der OGH unter ausdrücklichem Hinweis auf eine verfehlte Subsumtion mangels eines darüber hinausgehenden konkreten Nachteils für den Angeklagten nicht zu amtswegigem Vorgehen nach § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO veranlasst, so besteht bei der Entscheidung über die Berufung insoweit auch keine Bindung an den Ausspruch des Erstgerichtes über das anzuwendende Strafgesetz nach § 295 Abs 1 erster Satz StPO.

Von Clemens Heigenhauser

Sachverhalt

Der Angeklagte wurde in erster Instanz durch ein Schöffengericht ua wegen schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127, 128 Abs 2, 129 Z 1, 130 zweiter Fall StGB verurteilt. Dagegen erhob er Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung.

Die daraufhin ergangene Entscheidung des OGH weist zwei Abschnitte auf: Im **ersten Abschnitt** legt der OGH dar, dass die von dem Angeklagten in seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachten Nichtigkeitsgründe nicht vorliegen bzw nicht gesetzmäßig ausgeführt sind. Er weist sodann die Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung gemäß § 285 d Abs 1 StPO zurück, sodass über die (von dem Angeklagten gemeinsam mit der Nichtigkeitsbeschwerde erhobene) Berufung gemäß § 285 i StPO das jeweils zuständige OLG zu entscheiden hat.

An dieser Stelle endet die Entscheidung des OGH jedoch nicht, sondern es folgt ein **zweiter Abschnitt**. In diesem hält der OGH amtswegig fest, dass der Erstentscheidung ein anderer als die vom Angeklagten in seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachten Fehler anhaftet: Die Verurteilung durch das Erstgericht sei in Bezug auf die Qualifikation des § 128 Abs 2 StGB (€ 40.000,- übersteigender Wert)¹⁾ zu Unrecht erfolgt, weil gemäß den erstgerichtlichen Feststellungen der Wert der gestohlenen Sachen unter € 40.000,- gelegen sei.

Rechtsfragen

§ 290 Abs 1 StPO

Gemäß § 290 Abs 1 erster Satz StPO hat sich der OGH auf die vom Beschwerdeführer ausdrücklich oder doch durch deutliche Hinweise geltend gemachten Nichtigkeitsgründe zu beschränken. Der OGH darf also grundsätzlich nicht von Amts wegen auf andere Nichtigkeitsgründe eingehen als jene, die von den Parteien in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht worden sind.²⁾ Zwei Ausnahmen statuiert § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO, wobei hier nur die erste interessiert: Überzeugt sich der OGH aus Anlass einer ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde, dass eine **für den Angeklagten nachteilige materielle Nichtigkeit im Sinne des § 281 Abs 1**

Z 9–11 StPO vorliegt, muss er diese von Amts wegen wahrnehmen.

Die Voraussetzungen, unter denen der OGH gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO der Erstentscheidung anhaftende Fehler von Amts wegen berichtigen muss, lauten somit:

- Eine Partei erhebt eine Nichtigkeitsbeschwerde.
- Der OGH bemerkt bei der Behandlung dieser Nichtigkeitsbeschwerde eine materielle Nichtigkeit im Sinne des § 281 Abs 1 Z 9–11 StPO, die von der Partei in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht geltend gemacht worden ist.
- Diese Nichtigkeit hat sich zum Nachteil für den Angeklagten ausgewirkt.

§ 295 Abs 1 StPO

Als Rechtsmittel gegen Schöff- und Geschworenurteile gibt es neben der Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH die Berufung an das OLG. Mit diesem Rechtsmittel können ausschließlich der Ausspruch über die Strafe, die Verhängung einer Maßnahme oder die Entscheidung über privatrechtliche Ansprüche bekämpft werden (§§ 283, 346 StPO). Bei seiner Entscheidung über die Berufung ist das OLG **gemäß § 295 Abs 1 StPO an den Schuldspruch des Erstgerichtes gebunden**. Das OLG muss also davon ausgehen, dass der Angeklagte durch die im angefochtenen Urteil festgestellten Tatsachen das dort genannte Delikt verwirklicht hat und nach dem Strafsatz dieses Deliktes zu bestrafen ist.³⁾

Entscheidungsgründe

Der OGH hält fest, dass das Erstgericht den Angeklagten zu Unrecht auch wegen der Qualifikation des § 128 Abs 2 StGB verurteilt hat. Er prüft dann, ob sich dieser Fehler zum Nachteil für den Angeklagten ausgewirkt hat, da er in diesem Fall gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO von Amts wegen einschreiten und die Nichtigkeit beseitigen müsste. Der OGH führt aus, dass der Fehler angesichts der (weiteren) Qualifikation nach § 130

1) Die Entscheidung erging noch zur Rechtslage vor dem Budgetbegleitgesetz 2005 (BGBl I 2004/136), mit dem die Wertgrenzen auf 3.000 bzw 50.000 Euro erhöht wurden.

2) Seiler, Strafprozessrecht⁷ Rz 1012.

3) Bertel/Venier, Strafprozessrecht⁸ Rz 979.

zweiter Satz StGB nicht strafsatzbestimmend gewesen sei. Auch bei der Strafbemessung des Erstgerichtes sei die verfehlte Subsumtion nicht in Anschlag gebracht worden. Der Fehler habe sich daher im Ergebnis nicht zum Nachteil für den Angeklagten ausgewirkt, weshalb sich der OGH zu einem amtswegigen Einschreiten ge-

mäß § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO nicht veranlasst sieht.

Zusätzlich spricht der OGH noch aus, dass das OLG bei seiner Entscheidung über die Berufung nicht an den Ausspruch des Erstgerichtes über das anzuwendende Strafgesetz, also an den Schuldspruch, gebunden ist.

→ Erläuterungen

1. Der OGH stellt in der gegenständlichen Entscheidung einen (vom Angeklagten in seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht geltend gemachten) Subsumtionsfehler des Erstgerichtes fest: Der Angeklagte ist vom Erstgericht wegen eines Deliktes verurteilt worden, welches durch den festgestellten Sachverhalt nicht verwirklicht ist. Der Fehler ist geeignet, Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO zu begründen.

Gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO müsste der OGH diesen Fehler amtswegig berichtigen, wenn er dem Angeklagten zum Nachteil gereicht hat. Ob ein Nachteil für den Angeklagten vorliegt, prüft der OGH in der gegenständlichen Entscheidung in zwei Schritten: Zuerst wird gefragt, ob die verfehlte Subsumtion strafsatzbestimmend gewesen ist. Wird die Frage bejaht, liegt ein Nachteil vor, und der OGH müsste die Nichtigkeit amtswegig wahrnehmen. Wird die Frage verneint, fragt der OGH im zweiten Schritt, ob sich der Subsumtionsfehler bei der Strafbemessung des Erstgerichtes nachteilig ausgewirkt hat. Nur wenn auch diese zweite Frage verneint wird, mangelt es an einem konkreten Nachteil, sodass keine Notwendigkeit für ein amtswegiges Einschreiten besteht.

Im Ergebnis bedeutet das, dass unrichtige Subsumtion allein laut OGH noch keinen Nachteil für den Angeklagten iSd § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO darstellt. Einen solchen bejaht der OGH erst dann, wenn sich die unrichtige Subsumtion auf bestimmte Art und Weise (strafsatzbestimmend oder die Strafbemessung beeinflussend) ausgewirkt hat.

Diese enge Auslegung des OGH von „zum Nachteile des Angeklagten“ in § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO erscheint problematisch: Zum einen ist eine abschließende Beantwortung der Frage, ob sich der Subsumti-

onsfehler bei der Strafbemessung des Erstgerichtes nachteilig ausgewirkt hat, auf Grund der schriftlichen Ausführungen im Ersturteil nicht möglich. Es findet nämlich nicht alles, was den Richter bei der Zumessung der Strafe beeinflusst, in das schriftliche Urteil Eingang. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Richter auf Grund des falschen Deliktes, welches er bei der Strafzumessung ja stets „im Kopf hatte“, eine strengere Strafe verhängt hat. Zum anderen ist ganz allgemein fraglich, ob die Zwei-Schritte-Prüfung des OGH ausreicht, um einen Nachteil für den Angeklagten auszuschließen. Man muss nämlich bedenken, dass der Angeklagte im gegenständlichen Fall endgültig mit einem unrichtigen, überschießenden Schuldspruch belastet bleibt. Daraus können sich auch lange nach dem Strafverfahren noch Nachteile für ihn ergeben, beispielsweise wenn es um die vorzeitige Entlassung aus einer Haft oder um Strafregistrauskünfte geht.

2. Ein weiterer zentraler Aspekt der gegenständlichen Entscheidung ist der Ausspruch, dass das OLG bei seiner Entscheidung über die Berufung an den Schuldspruch des Erstgerichtes nicht gebunden sei. Hierzu ist zu sagen, dass § 295 Abs 1 StPO eben diese Bindung des OLG an den Schuldspruch zwingend vorsieht. Ausnahmen bzw Möglichkeiten, Ausnahmen von dieser Bestimmung zu schaffen, sieht das Gesetz nicht vor. Die Enthebung des OLG von dieser Bindung steht somit in eindeutigen Widerspruch zum Wortlaut des § 295 Abs 1 erster Satz StPO.

→ Zum Autor

Mag. Clemens Heigenhauser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien.

