

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** Rechts- und Subsumtionsrüge
Strafrecht und Europäische Union
Der Transsexuellenerlass
Reichweite der Arbeitgebersphäre
Das Gesellschafter-Ausschlussgesetz
Neues aus dem EuZVR
- Judikatur** Höchstrichterliche Entscheidungen
aus den zentralen Prüfungsfächern
- Musterfall** Strafrecht, Verfassungsrecht
und Bürgerliches Recht

Redaktionsleitung
Alexander Reidinger

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

Korrespondenten
Martin Binder
Friedrich Harrer
Ferdinand Kerschner
Willibald Posch

2006/2007

02

MANZ 

Rechts- und Subsumtionsrüge

Eine systematische Darstellung von Rechtsfehlern und Feststellungsmängeln

JAP 2006/2007/11

§ 281 Abs 1 Z 9
und 10,
§ 288 Abs 2
Z 3 StPO

Rechtsrüge;
Subsumtions-
rüge;
Rechtsfehler;
Feststellungs-
mängel

Die Anfechtung der rechtlichen Beurteilung von Strafbarkeit und Subsumtion wird durch die Rechts- und Subsumtionsrüge ermöglicht. Dabei können Rechtsfehler und Feststellungsmängel vorliegen. Diese unterscheiden sich praktisch in der Geltendmachung durch den Beschwerdeführer und der prozessualen Vorgehensweise durch den OGH.

Von Günther R. Rebisant

Inhaltsübersicht:

- A. Systematische Darstellung
 1. Grundlagen und Begriffsbestimmungen
 2. Rechtsfehler und Feststellungsmängel
 3. Prozessuale Vorgehensweise durch den OGH
- B. Beispiele aus der Rechtsprechung
 1. Rechtsfehler
 - a) Bildung der Fallnorm
 - b) Rechtsfehler mangels Feststellungen
 - c) Rechtliche Subsumtion
 2. Feststellungsmangel

A. Systematische Darstellung

1. Grundlagen und Begriffsbestimmungen

Die Rechts- und Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 und 10 StPO) ermöglicht dem Beschwerdeführer durch das ordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde die Anfechtung der **Anwendung der materiellen Normen** auf den festgestellten Sachverhalt. Mit der **Rechtsrüge** (Z 9) wird dabei die verfehlte rechtliche Beurteilung der Frage bekämpft, ob eine gerichtlich strafbare Handlung vorliegt. Dagegen wird mit der **Subsumtionsrüge** (Z 10) die gerichtliche Strafbarkeit der Tat (Verhalten des Angeklagten, § 260 Abs 1 Z 1 StPO) akzeptiert, jedoch die Subsumtion unter eine andere rechtliche Kategorie einer strafbaren Handlung (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) begehrt. Sie gehören beide zu den **materiellen Nichtigkeitsgründen**, welche vom OGH auch **von Amts wegen wahrzunehmen** sind, wenn nach seiner Ansicht zum Nachteil des Angeklagten ein Strafgesetz unrichtig angewendet wurde (§ 290 Abs 1 StPO).

Es gilt für eine systematische Darstellung der Rechts- und Subsumtionsrüge zuerst die zur Beurteilung der Strafbarkeit und Subsumtion durch das Erstgericht vorzunehmende **Anwendung der materiellen Normen** gedanklich in deren einzelne rechtliche Erwägungen aufzuteilen und diese eingehend näher darzulegen. Die fehlerlose Anwendung der materiellen Normen besteht in der einwandfreien Bildung einer **Fallnorm**, der ausreichenden Feststellung des entsprechenden **Sachverhalts** und der rechtsrichtigen **Subsumtion**, ob der festgestellte konkrete Sachverhalt der gebildeten abstrakten Fallnorm entspricht. Dabei stellt die gebildete Fallnorm die strafbare Handlung, der festgestellte Sachverhalt die entsprechende Tat dar. Die Subsumtion ergibt somit bei

einem Schuldspruch, dass ein festgestelltes Verhalten des Angeklagten (Sachverhalt, Tat) zumindest eine strafbare Handlung (Fallnorm) erfüllt, bei einem Freispruch, dass dies eben nicht gegeben ist.

Zum Beispiel lautet die **Fallnorm** bei einem Mord (§ 75 StGB): „Wer eine Handlung ausführt, bei welcher er es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass er mit dieser einen anderen Menschen tötet, wobei der Tod letztlich durch diese Handlung eintritt, begeht das Verbrechen des Mordes“. Im **Sachverhalt** ist folglich vom Erstgericht festzustellen, ob der Angeklagte tatsächlich die vom Vorsatz der Tötung getragene Handlung ausgeführt hat und dadurch der Tod eines anderen Menschen eingetreten ist. Sind diese entscheidenden Tatsachen ausnahmslos positiv festgestellt worden, kann durch rechtliche **Subsumtion** gesagt werden, dass der festgestellte Sachverhalt der gebildeten Fallnorm entspricht. Der Angeklagte ist somit vom Erstgericht wegen des Verbrechens des Mordes im Urteil schuldig zu sprechen.

Die **Fallnormbildung** erfolgt durch Interpretation der generellen Normen des materiellen Rechts unter Beachtung des konkreten Sachverhalts. Dadurch wird eine dem Sachverhalt entsprechende **abstrakte Beschreibung** einer strafbaren Handlung aus den Normen des materiellen Strafrechts gebildet. Die zu Beginn noch sehr undeutliche Fallnorm wird durch die zunehmende Aufklärung des Sachverhalts immer deutlicher, sodass sich immer klarer herausstellt, welche Tatsachen rechtlich entscheidend sind. Im Zusammenwirken damit wird durch die immer deutlicher werdende Fallnorm die weitere Sachverhaltsaufklärung erneut auf die rechtlich entscheidenden Tatsachen gerichtet.¹⁾ Stellt sich etwa bei der Aufklärung des Sachverhalts heraus, dass die Tat des Angeklagten von diesem in einer anderen Täterschaftsform (§ 12 StGB) begangen wurde, beim Versuch (§ 15 StGB) geblieben ist oder eine Privilegierung bzw. Qualifikation zur vorerst gebildeten strafbaren Handlung darstellt, dann ist dem entsprechend die Fallnorm aus den materiellen Normen genauer zu bilden.

Die **vollendete Bildung der Fallnorm** besteht somit in der Antwort auf die Frage, **welche Tatsachen** mit Blick auf festgestellten Sachverhalt und materielles Strafrecht letztlich **entscheidend** sind. Bei einem Mord (§ 75 StGB) sind zum Beispiel die vom Vorsatz getra-

1) Vgl. Ratz, WK-StPO § 281 Rz 4 mwN.

gene Tötungshandlung des Täters und der dadurch eingetretene Tod des Opfers rechtlich entscheidend, dagegen etwa das Alter des Opfers, der Zeitpunkt und Ort sowie die Art und Weise der Tötungshandlung grundsätzlich nicht.

Die zur Beurteilung der Strafbarkeit und Subsumtion **entscheidenden Tatsachen** sind nun entsprechend der gebildeten Fallnorm festzustellen, sodass durch rechtliche **Subsumtion** gesagt werden kann, ob und „welche strafbaren Handlungen durch die als erwiesenen angenommenen Tatsachen, deren der Angeklagte für schuldig befunden worden ist, begründet werden“ (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO). Der zu beurteilende **Sachverhalt** wird somit durch die ausreichende **Feststellung** der entscheidenden Tatsachen den generellen Normen des materiellen Strafrechts subsumiert. Die mangelfreie **Entstehung oder Begründung** der entscheidenden Tatsachen stellt dagegen **keine** Anwendung der materiellen Normen dar und ist deshalb **nicht** Gegenstand der materiellen Rechts- und Subsumtionsrüge (Z 9 und 10), sondern der formellen Nichtigkeitsgründe der Verfahrensrüge (Z 2 bis 4) sowie der Mängel-, Begründungs- und Tatsachenrüge (Z 5 und 5a).

Das **Ergebnis** der genannten rechtlichen Erwägungen, also die durch das Erstgericht erfolgte Anwendung der materiellen Normen auf den festgestellten Sachverhalt, ergibt im Urteil das frei oder schuldig sprechende **Erkenntnis** (§§ 259, 260 Abs 1 Z 2 StPO), welches durch die Rechts- und Subsumtionsrüge unter der **Sanktion der Nichtigkeit** steht. Der **Anfechtungsgegenstand** ist somit einzig und allein der **Vergleich** des zur Anwendung gebrachten materiellen Strafrechts einschließlich der prozessualen Verfolgungsvoraussetzungen mit dem festgestellten Sachverhalt.

2. Rechtsfehler und Feststellungsmängel

Unter dem Aspekt der Rechts- und Subsumtionsrüge bestehen **Rechtsfehler** aus der verfehlten rechtlichen Beurteilung der Strafbarkeit oder Subsumtion aus den festgestellten entscheidenden Tatsachen. Sie können darin liegen, dass die angewandte Fallnorm nicht einwandfrei gebildet, die entscheidenden Tatsachen nicht ausreichend festgestellt oder die rechtliche Subsumtion nicht richtig vollzogen wurde. Die korrekte rechtliche Beurteilung der Strafbarkeit und Subsumtion kann nur auf Grund einer ausreichenden Grundlage durch die Feststellung entscheidender Tatsachen geschehen, weshalb die Möglichkeit besteht, auch derartige **Feststellungsmängel** mit der materiellen Rechts- und Subsumtionsrüge aufzugreifen.

Bei der **Abgrenzung** von Rechtsfehlern und Feststellungsmängeln kommt es darauf an, den **rechtlichen Vorgang** der Subsumtion von entscheidenden Tatsachen unter die gebildete Fallnorm sowie die **ausreichende Feststellung** der durch das Beweisverfahren indizierten entscheidenden Tatsachen gedanklich eindeutig auseinander zu halten.

Ein direkter **Rechtsfehler** liegt dann vor, wenn alle entscheidenden Tatsachen für die angewandte Fallnorm festgestellt worden sind, jedoch entweder die Fallnorm nicht einwandfrei gebildet oder auf Grund der festgestellten entscheidenden Tatsachen eine verfehlte recht-

liche Subsumtion vollzogen wurde. Die Bildung einer rechtlich nicht möglichen strafbaren Handlung, wie etwa der fahrlässigen Sachbeschädigung (vgl §§ 7 Abs 1, 125 StGB) oder der versuchten Beteiligung durch sonstigen Beitrag (vgl §§ 12 Alt 3, 15 Abs 2 StGB), stellt eine nicht einwandfreie Fallnorm dar, weil diese aus dem materiellen Strafrecht nicht abgeleitet werden kann. Wurde der Angeklagte zum Beispiel vom Verbrechen des Mordes (§ 75 StGB) freigesprochen, obwohl durch das Erstgericht festgestellt worden ist, dass dieser tatsächlich die vom Vorsatz der Tötung getragene Handlung ausgeführt hat und dadurch der Tod eines anderen Menschen eingetreten ist, liegt eine verfehlte rechtliche Subsumtion vor.

Ein **Rechtsfehler mangels Feststellungen** bedeutet, dass für die zur Anwendung gebrachte Fallnorm die entscheidenden Tatsachen nicht ausreichend festgestellt wurden, sodass es der vollzogenen rechtlichen Subsumtion an der erforderlichen Grundlage mangelt.²⁾ Bei einem Mangel an Feststellungen, welche die entscheidenden Tatsachen auf Grund der angewandten Fallnorm betreffen, handelt es sich somit um keinen Feststellungsmangel, sondern um einen Rechtsfehler (mangels Feststellungen). Fehlende Feststellungen zur Beamtenstellung beim Amtsmissbrauch (§ 302 StGB), zur Tötungshandlung beim Mord (§ 75 StGB) sowie zur Verletzung bei einer Körperverletzung (§§ 83 ff StGB) sind dafür als Beispiele zu nennen.

Ein **Feststellungsmangel** stellt demgegenüber einen Mangel an Feststellungen dar, welche zu einer anderen als der vom Erstgericht vorgenommenen rechtlichen Beurteilung der Strafbarkeit oder Subsumtion führen würden, wenn solche Feststellungen durch vorgebrachte Tatsachen in der Hauptverhandlung indiziert wurden.³⁾ Somit liegt ein Feststellungsmangel etwa dann vor, wenn die Verantwortung des Angeklagten oder die Aussage eines Zeugen auf das tatsächliche Vorliegen der Notwehr (§ 3 StGB), der Zurechnungsunfähigkeit (§ 11 StGB), oder der tätigen Reue (§ 167 StGB) sowie anderer Tatbestandsmerkmale hinweist, allerdings nicht vom Erstgericht durch entsprechende Feststellungen geklärt wurde.

Die **prozessuale Bedeutung** der Abgrenzung zwischen Rechtsfehlern und Feststellungsmängeln ergibt sich aus der bestehenden Pflicht zur Feststellung der entscheidenden Tatsachen im Urteil. Dabei sind für eine richtige rechtliche Subsumtion der Tat (Sachverhalt) unter eine strafbare Handlung (Fallnorm) alle dafür entscheidenden Tatsachen festzustellen. Im Gegensatz dazu besteht eine **Verpflichtung** zur Stellungnahme zu **möglichen Ausnahmesätzen oder anderen Tatbestandsmerkmalen** für die Beurteilung der Strafbarkeit oder Subsumtion durch das Erstgericht **nur dann**, wenn diesbezüglich **Indizien** in der Hauptverhandlung vorgekommen sind. Solche Ausnahmesätze sind negative Tatbestandsvoraussetzungen, Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe sowie Verfolgungshindernisse. Dafür sind als Beispiele – in der gleichen Reihenfolge

2) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 605; OGH 13. 10. 2005, 15 Os 92/05 a.

3) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 600; OGH 15. 6. 2005, 13 Os 22/05 t.

– die absolute Untauglichkeit des Versuchs (§ 15 Abs 3 StGB), die Einwilligung (§ 90 StGB), der Rechtsirrtum (§ 9 StGB), die Strafunmündigkeit (§ 4 Abs 1 JGG) und der Rücktritt vom Versuch (§ 16 StGB) sowie das Fehlen von Antrag oder Ermächtigung (§ 2 Abs 4 und 5 StPO) anzugeben.

Bei der **Geltendmachung** eines **Rechtsfehlers** reicht es deshalb aus, wenn der Beschwerdeführer den **Rechtsmangel an sich** aufzeigt, da entweder aus den festgestellten entscheidenden Tatsachen (Rechtsfehler) oder auf Grund der mangelnden erforderlichen Grundlage entscheidender Tatsachen (Rechtsfehler mangels Feststellungen) die Strafbarkeit oder Subsumtion rechtlich verfehlt beurteilt wurde. Möchte der Rechtsmittelwerber demgegenüber einen **Feststellungsmangel** geltend machen, dann hat er die in der Hauptverhandlung vorgekommenen **Indizien** für die festzustellenden entscheidenden Tatsachen **anzugeben**.

3. Prozessuale Vorgehensweise durch den OGH

Wenn der OGH eine aus einer Rechts- oder Subsumtionsrüge erhobene Nichtigkeitsbeschwerde **begründet** findet, kann dieser entweder auf Grund der durch das Erstgericht festgestellten entscheidenden Tatsachen in der Sache **selbst entscheiden** (reformatorische Entscheidung, § 288 Abs 2 Z 3 Satz 1 StPO) oder, wenn er die nach seiner Rechtsansicht festzustellenden entscheidenden Tatsachen im Urteil und dessen Entscheidungsgründen nicht festgestellt findet, die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das zuständige Erstgericht **verweisen** (kassatorische Vorgehensweise, § 288 Abs 2 Z 3 Satz 2 StPO).

Der bestehende **prozessuale „Feststellungsmangel“** bei der **kassatorischen Vorgehensweise** ist gedanklich von dem bereits erwähnten Feststellungsmangel, welcher die Urteilsnichtigkeit begründet, eindeutig zu unterscheiden. Dieser trägt zur Nichtigkeit des Urteils nicht bei, sondern beschreibt eine bei vorliegender Nichtigkeit nachfolgende **prozessrechtliche Situation**, in welcher der OGH vom Erstgericht nicht vorgenommene, allerdings für eine reformatorische Entscheidung benötigte Feststellungen nicht selbst vornehmen kann und deshalb zu einer kassatorischen Vorgehensweise genötigt wird. Er ist daher weder vom Beschwerdeführer aufzuzeigen, noch vom OGH von Amts wegen wahrzunehmen, sondern ergibt sich aus der aufgezeigten oder von Amts wegen wahrgenommenen Urteilsnichtigkeit.

Wenn der OGH die Nichtigkeit des Urteils etwa dadurch begründet findet, dass das Erstgericht bei einer Körperverletzung (§§ 83 ff StGB) entweder die Verletzung nicht festgestellt (Rechtsfehler mangels Feststellungen) oder eine Notwehr (§ 3 StGB) indizierende Verantwortung des Angeklagten nicht durch entsprechende Feststellungen geklärt hat (Feststellungsmangel), liegt anschließend ein prozessualer „Feststellungsmangel“ vor. Dieser besteht aber nicht deswegen, weil die fehlenden Feststellungen vom Erstgericht nicht getroffen wurden (daraus ergibt sich die Urteilsnichtigkeit), sondern da der OGH diese nachträglich nicht selbst treffen kann.

Bei vorliegendem **Rechtsfehler** ist es dem OGH möglich, auf Grund der vom Erstgericht festgestellten entscheidenden Tatsachen in der Sache selbst zu **entscheiden**. Sollte er jedoch befinden, dass in der Hauptverhandlung vorgekommene **Indizien** einer **Klärung** durch vom Erstgericht vorzunehmende **Feststellungen** bedürfen, dann hat er anstatt einer reformatorischen Entscheidung die Sache an das zuständige Erstgericht zu **verweisen**. Ein derartiger prozessualer „Feststellungsmangel“ stellt in diesem Fall die prozessrechtliche Folge einer durch einen Rechtsfehler begründeten Nichtigkeit dar. Eine kassatorische Vorgehensweise des OGH lässt sich daher nicht immer auf einen Feststellungsmangel zurückführen, sondern kann genauso durch einen Rechtsfehler bewirkt worden sein.

Im Gegensatz dazu wird der OGH bei einem **Feststellungsmangel** grundsätzlich dazu genötigt, die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das zuständige Erstgericht zu **verweisen**. Der vorliegende Feststellungsmangel bedeutet an sich, dass in der Hauptverhandlung vorgekommene Indizien vom Erstgericht nicht durch entsprechende Feststellungen geklärt wurden. Der allein mit Berufsrichtern besetzte OGH kann die den Tatrichtern (somit **Laienrichtern** gemeinsam mit oder alleine ohne Berufsrichter als Schöffen oder Geschworene, vgl Art 91 B-VG) vorbehaltene Feststellung von **entscheidenden Tatsachen** nicht nachträglich selbst treffen, sondern wird zu einer kassatorischen Vorgehensweise genötigt (vgl §§ 288 Abs 2 Z 3 Satz 2, 351 Satz 2 StPO).

Die Feststellung **prozessualer Tatsachen**, welche ausschließlich den **Berufsrichtern** zukommt (vgl §§ 311, 337 StPO), kann der OGH als Ausnahme dazu für eine reformatorische Entscheidung aus der Aktenlage **selbst vornehmen**, da sie nicht den Tatrichtern vorbehalten ist. Solche prozessuale Tatsachen stellen prozessrechtliche Gründe dar, welche zu einem Freispruch führen (vgl § 259 StPO). Dazu zählen zum Beispiel das Fehlen von Antrag oder Ermächtigung (§ 2 Abs 4 und 5 StPO), der Verlust oder das Fehlen des Privatanklagerechts (§ 46 StPO) sowie das Fehlen der Voraussetzungen für eine Subsidiaranklage (§ 48 StPO).⁴⁾

Ein prozessualer „Feststellungsmangel“ ist deshalb – von der Feststellung prozessualer Tatsachen abgesehen – bei einer durch einen Feststellungsmangel begründeten Nichtigkeit prozessrechtlich zwingend nachfolgend. Bei vorliegendem Feststellungsmangel ergibt sich daher grundsätzlich die kassatorische Vorgehensweise durch den OGH.

B. Beispiele aus der Rechtsprechung

1. Rechtsfehler

a) Bildung der Fallnorm

Der Angeklagte wurde von dem Geschädigten dazu aufgefordert, ihm durch einen Schlag mit einem Baseballschläger den linken Unterarm zu brechen. Der ausgeführte Schlag führte jedoch nicht zu dem gewünschten Bruch, sondern bewirkte lediglich eine Prellung des Ellbogens.

4) Vgl Ratz, WK-StPO § 288 Rz 40 ff; OGH 27. 1. 2004, 14 Os 129/03.

Das Erstgericht bildete entsprechend diesem Sachverhalt aus den generellen Normen des Versuchs (§ 15 Abs 1 StGB), der Körperverletzung (§ 83 Abs 1 StGB) sowie der an sich schweren Körperverletzung (§ 84 Abs 1 Alt 3 StGB) folgende Fallnorm: „Wer eine Handlung ausführt, bei welcher er es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass er mit dieser einem anderen eine an sich schwere Verletzung zufügt, welche jedoch letztlich nicht eintritt, begeht das Vergehen der versuchten schweren Körperverletzung“. Die für diese Fallnorm entscheidenden Tatsachen wurden allesamt positiv festgestellt und der Angeklagte der versuchten schweren Körperverletzung schuldig gesprochen. Die Einwilligung des Verletzten (§ 90 Abs 1 StGB) wirkte auf Grund der Sittenwidrigkeit durch die (versuchte) schwere Körperverletzung nicht rechtfertigend.

Die vom Angeklagten und der Staatsanwaltschaft (zu Gunsten des Angeklagten) aus Rechts- und Subsumtionsrüge erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom OGH als begründet angesehen. Dabei wurde das Vorliegen eines direkten Rechtsfehlers in der Bildung der Fallnorm festgestellt. Der Versuch von Erfolgsqualifikationen (vgl. § 7 Abs 2 StGB) kann nach ständiger Rechtsprechung des OGH aus den generellen Normen des materiellen Strafrechts nicht abgeleitet werden. Somit ist die strafbare Handlung der versuchten an sich schweren Körperverletzung rechtlich nicht möglich. Der OGH entschied auf Grund der vom Erstgericht festgestellten Tatsachen in der Sache selbst, in dem er die einwandfreie Fallnorm der (vollendeten leichten) Körperverletzung (§ 83 Abs 1 StGB) mitsamt dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten (§ 90 Abs 1 StGB) bildete. Durch die Subsumtion der Tat unter die strafbare Handlung der leichten Körperverletzung wirkte auf Grund der mangelnden Sittenwidrigkeit die Einwilligung des Verletzten rechtfertigend, wonach der Angeklagte von diesem Anklagevorwurf frei gesprochen wurde.⁵⁾

b) Rechtsfehler mangels Feststellungen

Der Angeklagte hatte an einer Schlägerei tätlich teilgenommen, wobei diese bei verschiedenen Personen einen Nasenbruch ohne Verschiebung, eine leichte Gehirnerschütterung, vielfache Prellungen im Gesicht, eine Blutunterlaufung der Augen, einen Schleimhautdefekt und eine blutende Wunde am Nasenrücken verursacht hatte. Er wurde auf Grund der genannten Feststellungen vom Erstgericht des Vergehens des Raufhandels (§ 91 StGB) schuldig gesprochen.

Der OGH sah die vom Angeklagten aus einer Rechtsrüge erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als begründet an. Die Variante des Raufhandels als tätliche Teilnahme an einer Schlägerei (§ 91 Abs 1 Alt 1 StGB) verlangt als objektive Bedingung der Strafbarkeit die Verursachung einer schweren Körperverletzung (§ 84 Abs 1 StGB). Die rechtliche Bewertung als schwere Körperverletzung lassen jedoch die vom Erstgericht festgestellten Verletzungen nicht zu, sodass die geforderte objektive Bedingung der Strafbarkeit nicht festgestellt wurde. Somit liegt ein Rechtsfehler mangels Feststellungen vor, da es der vom Erstgericht vollzogenen rechtlichen Subsumtion an der Feststellung der entscheidenden Tatsachen mangelt. Der Schuldspruch wurde des-

halb vom OGH aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.⁶⁾

c) Rechtliche Subsumtion

Der Angeklagte nahm aus einem Kaufhaus bewusst ohne Bezahlung zwei Videospieldisketten mit. Er wurde von einem Kaufhausdetektiv angehalten, als er mit den Disketten die Kassa passiert hatte. Dieser zeigte ihm seinen Detektivausweis, worauf der Angeklagte ihm einen Faustschlag ins Gesicht versetzte, um sich seiner Anhaltung zu entziehen. Durch den ausgeführten Schlag erlitt der Detektiv eine Prellung der unteren Augenhöhle und ging kurzfristig zu Boden. Der Angeklagte rannte zwar davon, konnte jedoch wenig später von dem ihn verfolgenden Detektiv angehalten werden. Das Erstgericht sprach den Angeklagten auf Grund der genannten Feststellungen wegen der Vergehen der Körperverletzung (§ 83 Abs 1 StGB) und der Nötigung (§ 105 Abs 1 StGB) schuldig.

Die von der Staatsanwaltschaft aus einer Rechtsrüge erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom OGH als begründet angesehen. Der Angeklagte hatte den getroffenen Feststellungen nach durch das dem Faustschlag vorangehende Verhalten tatsächlich fremde bewegliche Sachen mit dem Vorsatz wegzunehmen versucht, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern. Dieses Verhalten ist somit rechtlich als Vergehen des versuchten Diebstahls (§§ 15 Abs 1, 127 StGB) zu beurteilen, wobei das Urteil diesen Schuldspruch vermissen lässt. Außerdem ist nach Ansicht des OGH die Nötigung (§ 105 Abs 1 StGB) entgegen der Beurteilung des Erstgerichts beim Versuch (§ 15 Abs 1 StGB) geblieben. Es gelang dem Angeklagten nämlich nicht, sich durch den ausgeführten Schlag seiner Anhaltung zu entziehen. Dadurch ist zu dessen Nachteil ein Strafgesetz unrichtig angewandt worden, weshalb der OGH von Amts wegen auch den Nichtigkeitsgrund der Subsumtionsrüge als begründet wahrgenommen hat (§ 290 Abs 1 StPO). Die vom Erstgericht verfehlt vollzogene rechtliche Subsumtion stellt somit einen direkten Rechtsfehler dar. Das Urteil wurde daher vom OGH aufgehoben und der Angeklagte auf Grund der vom Erstgericht getroffenen Feststellungen wegen der Vergehen des versuchten Diebstahls (§§ 15 Abs 1, 127 StGB), der Körperverletzung (§ 83 Abs 1 StGB) und der versuchten Nötigung (§§ 15 Abs 1, 105 Abs 1 StGB) schuldig gesprochen.⁷⁾

2. Feststellungsmangel

Der Angeklagte hatte sich wegen des Vorwurfs des Finanzvergehens der eigennützigen Abgabenhehlerei bei Vorliegen erschwerender Umstände (§§ 37 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG) zu verantworten. Nach diesem Vergehen macht sich unter anderem strafbar, wer eine geschmuggelte Sache kauft oder sonst an sich bringt und diese in der Absicht weiterverkauft, sich durch

5) OGH 12. 11. 1996, 14 Os 135/96.

6) OGH 13. 10. 2005, 15 Os 92/05 a.

7) OGH 19. 7. 2000, 13 Os 42/00.

die wiederkehrende Begehung dieser strafbaren Handlung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Das Erstgericht stellte fest, dass der Angeklagte für sein Unternehmen eine Lagerhalle angemietet hat, in welcher auch zwei LKW eingestellt wurden. Diese Fahrzeuge stellte er zwei namentlich nicht bekannten Personen wiederholt kostenlos zur Verfügung. Dabei war ihm bewusst, dass die beiden Personen mit ausländischen Zigaretten handelten, und er hatte sie darauf hingewiesen, dass sie die von ihnen angeschafften Zigaretten nicht in seiner Lagerhalle umschlagen dürften. Die geschmuggelten Zigaretten wurden im LKW des Angeklagten sichergestellt. Dieser verantwortete sich damit, dass nicht er, sondern die beiden namentlich nicht bekannten Personen die geschmuggelten Zigaretten in seinen LKW verbracht hatten. Dem Erstgericht erschien diese Verantwortung nicht widerlegt. Es konnte daher auch nicht festgestellt werden, dass der Angeklagte die geschmuggelten Zigaretten gekauft oder sonst an sich gebracht hatte, um sie in der Absicht weiter zu verkaufen, sich durch die wiederkehrende Begehung dieser strafbaren Handlung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Er wurde deshalb von diesem Anklagevorwurf frei gesprochen. Feststellungen wegen einer fremdnützigen Abgabenhilfe (§ 37 Abs 1 lit b FinStrG), nach welcher man sich unter anderem strafbar macht, wenn man einen Schmuggler nach der Tat dabei unterstützt, die Sache zu verheimlichen oder zu verhandeln, wurden vom Erstgericht nicht getroffen.

Der OGH sah die von der Staatsanwaltschaft und dem örtlich zuständigen Zollamt aus einer Rechtsrüge

erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als begründet an. Bei einem Feststellungsmangel reicht es, wenn auf Basis der als übergangen reklamierten Verfahrensergebnisse ein schuldig sprechendes Erkenntnis möglich gewesen wäre, das Erstgericht aber eine Klärung dieser Verfahrensergebnisse nicht durch Feststellungen vorgenommen hat. Der Angeklagte hatte seiner Verantwortung nach gewusst, dass die namentlich nicht bekannten Personen mit Zigaretten schmuggeln und dafür seine Autos verwendet werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass er eine Verwendung der von ihm zur Verfügung gestellten Autos für den Weiterverkauf der geschmuggelten Zigaretten im Inland ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand (§ 8 Abs 1 FinStrG). In diesem Fall wäre er allerdings wegen des Finanzvergehens der fremdnützigen Abgabenhilfe (§ 37 Abs 1 lit b FinStrG) schuldig zu sprechen gewesen. Da sich das Erstgericht nicht näher mit der Verantwortung des Angeklagten auseinandergesetzt hat, obwohl die genannten Indizien auf eine mögliche andere Beurteilung der Strafbarkeit hinweisen, liegt ein Feststellungsmangel vor. Der Freispruch wurde deswegen vom OGH aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.⁸⁾

8) OGH 15. 6. 2005, 13 Os 22/05t.

→ Kontrollfrage

Der Angeklagte wurde mit Urteil vom Schöffengericht wegen

(A) des Vergehens des Diebstahls (§ 127 StGB), da er Verfügungsberechtigter der Firma Musikgeschäft GmbH eine Musik-CD mit dem Vorsatz weggenommen hat, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern,

(B) des Vergehens der Körperverletzung (§ 83 Abs 1 StGB), da er den Max Mustermann vorsätzlich am Körper verletzte, in dem er ihm einen Faustschlag ins Gesicht versetzte, wodurch dieser eine Prellung der Augenhöhle erlitt und

(C) des Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung (§ 88 Abs 1 StGB), da er den amerikanischen Staatsangehörigen John Doe bei einem Autounfall fahrlässig am Körper verletzte, schuldig gesprochen.

Das Erstgericht stellte in seinen Entscheidungsgründen unter anderem fest, dass (A) der Angeklagte zum Zeitpunkt der Wegnahme bereits Eigentümer der Musik-CD gewesen war und das gewusst hatte, machte dagegen keine Feststellungen über (B) die Verantwortung des Angeklagten, dass Max Mustermann mit erhobener rechter Faust in der Nacht gegen 23 Uhr in einem einsamen Park auf ihn zugelaufen kam und (C) die Verletzungen, welche John Doe durch den Autounfall erlitten hat.

Beurteilen Sie die dargestellten Fehler des Erstgerichts unter dem Aspekt der Rechts- und Subsumtionsrüge, geben Sie die Verfahrensergebnisse an, auf welche in der Nichtigkeitsbeschwerde hingewiesen werden muss und bestimmen Sie die entsprechende prozessuale Vorgehensweise des OGH bei begründeter Nichtigkeit.

→ Lerntipp

Es empfiehlt sich für diesen Beitrag einen umfassenden Überblick über das ordentliche Rechtsmittelverfahren vor dem OGH in Strafsachen zu haben. Darüber hinaus sollten für das Verständnis grundlegende Kenntnisse des materiellen Strafrechts vorhanden sein. Dafür ist die gängige Lehrbuchliteratur heranzuziehen.

→ Literaturtipp

Ratz, WK-StPO § 281 Rz 1 bis 22 und 554 bis 657.

→ Zum Autor

Günther R. Rebisant ist Student an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

