

# TE OGH 2006/7/12 13Os53/06b

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.07.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 12. Juli 2006 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Ratz, Dr. Schwab, Mag. Hetlinger und Mag. Lendl als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Dachler als Schriftführerin in der Strafsache gegen Christian A\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 4, 130 erster Fall StGB und anderer strafbarer Handlungen über die vom Generalprokurator erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 5. Dezember 2005, GZ 72 Hv 195/05f-29, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin des Generalprokurators, Generalanwältin Dr. Aicher und des Verteidigers Mag. Stolz, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten, zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 12. Juli 2006 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Ratz, Dr. Schwab, Mag. Hetlinger und Mag. Lendl als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Dachler als Schriftführerin in der Strafsache gegen Christian A\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls nach Paragraphen 127, 128 Absatz eins, Ziffer 4, 130 erster Fall StGB und anderer strafbarer Handlungen über die vom Generalprokurator erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 5. Dezember 2005, GZ 72 Hv 195/05f-29, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin des Generalprokurators, Generalanwältin Dr. Aicher und des Verteidigers Mag. Stolz, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten, zu Recht erkannt:

## Spruch

Das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 5. Dezember 2005, GZ 72 Hv 195/05f-29, verletzt das Gesetz in dem zu II/A ergangenen Schulterspruch in der Bestimmung des § 241e Abs 1 erster Satz und Abs 2 erster Fall StGB und in dem zu II/B ergangenen Schulterspruch wegen Entfremdung einer Profitkarte in den Bestimmungen der §§ 74 Abs 1 Z 10, 241e Abs 1 erster Satz StGB. Dieses Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt, wird in dem zu II/A ergangenen Schulterspruch, in dem die Entfremdung einer Profitkarte betreffenden Schulterspruch II/B und im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung und des zugleich ergangenen Beschlusses auf Widerruf einer bedingten Strafnachsicht) aufgehoben, Christian A\*\*\*\*\* von der Anklage, er habe sich in Wien zwischen 26. und 27. Juli 2005 die Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\*, somit ein unbaren Zahlungsmittel, über das er nicht verfügen durfte, gewerbsmäßig mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz durch Wegnahme aus einem Krankenzimmer des S\*\*\*\*\* verschafft, nach § 259 Z 3 StPO freigesprochen und Das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 5. Dezember 2005, GZ 72 Hv 195/05f-29, verletzt das Gesetz in dem zu II/A ergangenen Schulterspruch in der Bestimmung des Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz und Absatz 2, erster Fall StGB und in dem zu II/B ergangenen Schulterspruch wegen Entfremdung einer Profitkarte in den Bestimmungen der Paragraphen 74, Absatz eins, Ziffer 10, 241e Absatz eins, erster Satz StGB. Dieses Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt, wird in dem zu II/A ergangenen Schulterspruch, in dem die Entfremdung einer Profitkarte betreffenden

Schuldspruch II/B und im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung und des zugleich ergangenen Beschlusses auf Widerruf einer bedingten Strafnachsicht) aufgehoben, Christian A\*\*\*\*\* von der Anklage, er habe sich in Wien zwischen 26. und 27. Juli 2005 die Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\*, somit ein unbares Zahlungsmittel, über das er nicht verfügen durfte, gewerbsmäßig mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz durch Wegnahme aus einem Krankenzimmer des S\*\*\*\*\*, verschafft, nach Paragraph 259, Ziffer 3, StPO freigesprochen und die Sache in Betreff der zu II/B angeführten Wegnahme der „Profitkarte“ des Robert S\*\*\*\* und des Strafausspruchs (einschließlich der Widerrufsentscheidung) zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien verwiesen. Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

## Text

Gründe:

Mit dem - auch Freisprüche, die Verweisung von Privatbeteiligten auf den Zivilrechtsweg und einen Verfolgungsvorbehalt enthaltenden - Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 5. Dezember 2005, GZ 72 Hv 195/05f-29, wurde Christian A\*\*\*\*\* des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 4, 130 erster Fall StGB (I/A und B), (konkret:) dreier Vergehen (richtig: Verbrechen) der Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach § 241e Abs 1 (zu ergänzen:) erster Satz und Abs 2 (zu ergänzen:) erster Fall StGB (II) und des Verbrechens des „gewerbsmäßigen schweren Betruges(,) teilweise als Beteiligter(,) nach den §§ 146, 147 Abs 1 Z 1, Abs 2, 148 zweiter Fall und 12 dritte Alternative StGB“ (III) schuldig erkannt und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Zugleich wurde eine bedingte Strafnachsicht widerrufen. Soweit angefochten hat er in Wien mit dem - auch Freisprüche, die Verweisung von Privatbeteiligten auf den Zivilrechtsweg und einen Verfolgungsvorbehalt enthaltenden - Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 5. Dezember 2005, GZ 72 Hv 195/05f-29, wurde Christian A\*\*\*\*\* des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls nach Paragraphen 127., 128 Absatz eins, Ziffer 4., 130 erster Fall StGB (I/A und B), (konkret:) dreier Vergehen (richtig: Verbrechen) der Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach Paragraph 241 e, Absatz eins, (zu ergänzen:) erster Satz und Absatz 2, (zu ergänzen:) erster Fall StGB (römisch II) und des Verbrechens des „gewerbsmäßigen schweren Betruges(,) teilweise als Beteiligter(,) nach den Paragraphen 146., 147 Absatz eins, Ziffer eins., Absatz 2., 148 zweiter Fall und 12 dritte Alternative StGB“ (römisch III) schuldig erkannt und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Zugleich wurde eine bedingte Strafnachsicht widerrufen. Soweit angefochten hat er in Wien

I. mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz und in der Absicht, sich durch wiederkehrenden Diebstahl eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, fremde bewegliche Sachen in einem 3000 Euro übersteigenden Wert Gewahrsamsträgern weggenommen, und zwarrömisch eins. mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz und in der Absicht, sich durch wiederkehrenden Diebstahl eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, fremde bewegliche Sachen in einem 3000 Euro übersteigenden Wert Gewahrsamsträgern weggenommen, und zwar

A. zwischen 26. und 27. Juli 2005

1. 1.Ziffer eins  
dem Harald L\*\*\*\*\* 50 Euro und ein „Handy“ der Marke Nokia;
2. 2.Ziffer 2  
dem Walter M\*\*\*\*\* 10 Euro;

B. am 31. Juli 2005 dem Robert S\*\*\*\*\* 159 Euro, einen Ehering, zwei Halsketten, drei Halskettenanhänger „und durch Behebung mit einer Bankomatkarte und Profitkarte der E\*\*\*\*\*“ - beide zu II/B genannt - in zwei Angriffen insgesamt 600 Euro (vgl US 10); B. am 31. Juli 2005 dem Robert S\*\*\*\*\* 159 Euro, einen Ehering, zwei Halsketten, drei Halskettenanhänger „und durch Behebung mit einer Bankomatkarte und Profitkarte der E\*\*\*\*\*“ - beide zu II/B genannt - in zwei Angriffen insgesamt 600 Euro vergleiche US 10);

II. „gewerbsmäßig unbare Zahlungsmittel, über die er nicht verfügen durfte, sich mit dem Vorsatz verschafft, dass er durch deren Verwendung im Rechtsverkehr unrechtmäßig bereichert werde“, und zwarrömisch II. „gewerbsmäßig unbare Zahlungsmittel, über die er nicht verfügen durfte, sich mit dem Vorsatz verschafft, dass er durch deren Verwendung im Rechtsverkehr unrechtmäßig bereichert werde“, und zwar

A. zwischen 26. und 27. Juli 2005 die Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\*;

B. am 31. Juli 2005 die „Bankomatkarte und Profitkarte“ des Robert S\*\*\*\*\*;

III. mit dem Vorsatz, durch das Verhalten der Getäuschten sich unrechtmäßig zu bereichern, andere durch Täuschung über Tatsachen zu Handlungen verleitet, die diese in einem 3000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigten, „wobei er zur Täuschung entfremdete unbare Zahlungsmittel bzw falsche Urkunden verwendete und die schweren Betrügereien in der Absicht beging, sich durch deren wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen," und zwarrömisch III. mit dem Vorsatz, durch das Verhalten der Getäuschten sich unrechtmäßig zu bereichern, andere durch Täuschung über Tatsachen zu Handlungen verleitet, die diese in einem 3000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigten, „wobei er zur Täuschung entfremdete unbare Zahlungsmittel bzw falsche Urkunden verwendete und die schweren Beträugereien in der Absicht beging, sich durch deren wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen," und zwar

A. Angestellte der R\*\*\*\*\*, wobei er die zu II/A genannte Bankomatkarte „und einen Führerschein des Harald L\*\*\*\*\*“ vorlegte und mit dessen Namen den Beleg unterfertigte, zur Auszahlung von insgesamt 1530 Euro in drei Teilbeträgen zwischen 27. und 29. Juli 2005.

In seiner zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde führt der Generalprokurator folgendes aus:

Dem Angeklagten wird ua angelastet, unbare Zahlungsmittel mit gewerbsmäßiger Tendenz entfremdet zu haben (Schuldspruchfaktum II.), wobei er die unter Punkt II/A bezeichnete Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\* zu einem gleichfalls in gewerbsmäßiger Absicht begangenen Betrug (Punkt III/A), hinwieder die zu Punkt II/B genannte Bankomatkarte und eine „Profikarte“ des Robert S\*\*\*\*\* für in weiterer Folge begangene, durch gewerbsmäßige Begehung qualifizierte Diebstähle (Punkt I/B) verwendete. Dem Angeklagten wird ua angelastet, unbare Zahlungsmittel mit gewerbsmäßiger Tendenz entfremdet zu haben (Schuldspruchfaktum römisch II.), wobei er die unter Punkt II/A bezeichnete Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\* zu einem gleichfalls in gewerbsmäßiger Absicht begangenen Betrug (Punkt III/A), hinwieder die zu Punkt II/B genannte Bankomatkarte und eine „Profikarte“ des Robert S\*\*\*\*\* für in weiterer Folge begangene, durch gewerbsmäßige Begehung qualifizierte Diebstähle (Punkt I/B) verwendete.

Hinsichtlich der Entfremdung der Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\* wurde durch die Benutzung dieses unbaren Zahlungsmittels im unbaren Zahlungsverkehr und weil der Angeklagte überdies die Absicht hatte, aus deren Einsatz ein Zusatzeinkommen zu gewinnen (Schuldspruchfaktum III/A), sowohl der deliktsspezifische vorgelagerte Bereicherungsvorsatz iSd § 241e Abs 1 erster Fall StGB als auch jener des Abs 2 erster Fall I.c. umgesetzt. Damit wird mit der Strafbarkeit nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Fall, 148 zweiter Fall StGB das zur Vorbereitung dieser (mehrfach qualifizierten) Tat verwirklichte Delikt nach § 241e Abs 1 und Abs 2 StGB (Punkt II/A) verdrängt (Schroll in WK<sup>2</sup> § 241e Rz 26, 29; 14 Os 102/05i). Hinsichtlich der Entfremdung der Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\* wurde durch die Benutzung dieses unbaren Zahlungsmittels im unbaren Zahlungsverkehr und weil der Angeklagte überdies die Absicht hatte, aus deren Einsatz ein Zusatzeinkommen zu gewinnen (Schuldspruchfaktum III/A), sowohl der deliktsspezifische vorgelagerte Bereicherungsvorsatz iSd Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Fall StGB als auch jener des Absatz 2, erster Fall I.c. umgesetzt. Damit wird mit der Strafbarkeit nach Paragraphen 146, 147 Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall, 148 zweiter Fall StGB das zur Vorbereitung dieser (mehrfach qualifizierten) Tat verwirklichte Delikt nach Paragraph 241 e, Absatz eins und Absatz 2, StGB (Punkt II/A) verdrängt (Schroll in WK<sup>2</sup> Paragraph 241 e, Rz 26, 29; 14 Os 102/05i).

In Bezug auf das Schuldspruchfaktum II/B (Entfremdung der Bankomatkarte und einer „Profikarte“ des Robert S\*\*\*\*\*) ist vorweg klarzustellen, dass für ein Begriffsverständnis als Gesamtmenge der durch eine Tat erfassten Gegenstände im Fall des § 241e StGB - ebenso wie im Fall des § 229 Abs 1 StGB - keine Grundlage besteht. Werden durch ein und dieselbe Tat mehrere unbare Zahlungsmittel entfremdet, liegen daher ebenso viele (strafrechtlich gegebenenfalls unterschiedlich zu beurteilende) Vergehen nach § 241e Abs 1 erster oder zweiter Fall vor. Hinzu kommt, dass die Unterstellung einer Bankomatkarte unter den Begriff des unbaren Zahlungsmittels angesichts ihrer gerichtsnotorischen spezifischen Ausgestaltung iSd § 74 Abs 1 Z 10 StGB unproblematisch ist (vgl Schroll in WK<sup>2</sup> Vorbem zu §§ 241a-241g Rz 10) und daher keiner weiteren Konstatierungen bedurfte, jedoch zur Zahlungsmittelfunktion, zur bargeldvertretenden Eigenschaft, zur Ausstellererkennbarkeit und zur Sicherungsfunktion(en) bei der auch inkriminierten „Profikarte“ jegliche Urteilsannahme fehlt. Aus dem Akteninhalt geht nur hervor, dass es sich insoweit um eine „Sparkontokarte“ sowie um die Behebung von dem „Sparkonto“ Nr. 363 61 232 gehandelt hatte (AS 99, 103, 105), womit jedoch offen bleibt, inwieweit diese „Sparkarte“ als im allgemeinen Zahlungsverkehr ubiquitär einsetzbares, die breit gestreute allgemeine Zahlungsfunktion von Geld ersetzendes

Zahlungsmittel fungiert oder ob sie eine von der Erste Bank ausgegebene (das Sparbuch ersetzende) Kundenkarte mit Zahlungsfunktion und somit kein unbares Zahlungsmittel ist (vgl 14 Os 2/06k mwN), wohl aber im Regelfall ein Schutzobjekt des § 229 Abs 1 StGB darstellen kann. In Bezug auf das Schuldspruchfaktum II/B (Entfremdung der Bankomatkarte und einer „Profikarte“ des Robert S\*\*\*\*\*) ist vorweg klarzustellen, dass für ein Begriffsverständnis als Gesamtmenge der durch eine Tat erfassten Gegenstände im Fall des Paragraph 241 e, StGB - ebenso wie im Fall des Paragraph 229, Absatz eins, StGB - keine Grundlage besteht. Werden durch ein und dieselbe Tat mehrere unbare Zahlungsmittel entfremdet, liegen daher ebenso viele (strafrechtlich gegebenenfalls unterschiedlich zu beurteilende) Vergehen nach Paragraph 241 e, Absatz eins, erster oder zweiter Fall vor. Hinzu kommt, dass die Unterstellung einer Bankomatkarte unter den Begriff des unbaren Zahlungsmittels angesichts ihrer gerichtsnotorischen spezifischen Ausgestaltung iSd Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 10, StGB unproblematisch ist vergleiche Schroll in WK<sup>2</sup> Vorbem zu Paragraphen 241 a, -, 241 g, Rz 10) und daher keiner weiteren Konstatierungen bedurfte, jedoch zur Zahlungsmittelfunktion, zur bargeldvertretenden Eigenschaft, zur Ausstellererkennbarkeit und zur Sicherungsfunktion(en) bei der auch inkriminierten „Profitkarte“ jegliche Urteilsannahme fehlt. Aus dem Akteninhalt geht nur hervor, dass es sich insoweit um eine „Sparkontokarte“ sowie um die Behebung von dem „Sparkonto“ Nr. 363 61 232 gehandelt hatte (AS 99, 103, 105), womit jedoch offen bleibt, inwieweit diese „Sparkarte“ als im allgemeinen Zahlungsverkehr ubiquitär einsetzbares, die breit gestreute allgemeine Zahlungsfunktion von Geld ersetzendes Zahlungsmittel fungiert oder ob sie eine von der Erste Bank ausgegebene (das Sparbuch ersetzende) Kundenkarte mit Zahlungsfunktion und somit kein unbares Zahlungsmittel ist vergleiche 14 Os 2/06k mwN), wohl aber im Regelfall ein Schutzobjekt des Paragraph 229, Absatz eins, StGB darstellen kann.

Bei der Entfremdung und nachfolgenden Verwendung eines unbaren Zahlungsmittels bei einem Diebstahl ist zwar von echter Realkonkurrenz des Grundtatbestandes des § 127 StGB mit § 241e Abs 1 zweiter Fall StGB (Schroll aaO Rz 31) auszugehen, jedoch wird durch in gewerbsmäßiger Absicht erfolgte Wegnahme von Bargeld bei Verwendung eines unbaren Zahlungsmittels (Faktum I/B) der deliktsspezifische vorgelagerte Bereicherungsvorsatz iSd § 241e Abs 2 erster Fall StGB umgesetzt, sodass Abs 2 des § 241e StGB hinter § 130 StGB als stillschweigend subsidiär zurückzutreten hat. Die Absicht des Täters bezieht sich nämlich auf das Erschließen einer „fortlaufenden Einnahmequelle“ durch wiederkehrende Entfremdung unbarer Zahlungsmittel. Dies ist jedoch denklogisch nicht durch die Entfremdung per se, sondern ausschließlich durch nachfolgende Verwertung - auf welche Weise immer, sei es durch zweckbestimmende Verwendung, sei es durch entgeltliche Weitergabe an einen Dritten (Schroll aaO Rz 18) - realisierbar. Somit wird aber die Willensausrichtung gewerbsmäßiger Qualifikation eines Vermögensdeliktes bei zweckbestimmter Verwendung des unbaren Zahlungsmittels (lediglich) antizipierend erfasst und ist § 241e Abs 2 erster Fall StGB bei sofortiger tatsächlicher Umsetzung dieses - wenngleich vorgelagerten - Entschlusses mit entsprechender gewerbsmäßiger Tendenz, wie im vorliegenden Fall (siehe Schuldspruch I/B), durch die Verurteilung wegen der Ausführung der insoweit „geplanten“ Straftat nach § 130 erster Fall StGB zur Gänze abgegolten (vgl dazu grundsätzlich Ratz in WK<sup>2</sup> Vorbem zu §§ 28-31 Rz 36 und 44 f zu ähnlich gelagerten Konstellationen). Bei der Entfremdung und nachfolgenden Verwendung eines unbaren Zahlungsmittels bei einem Diebstahl ist zwar von echter Realkonkurrenz des Grundtatbestandes des Paragraph 127, StGB mit Paragraph 241 e, Absatz eins, zweiter Fall StGB (Schroll aaO Rz 31) auszugehen, jedoch wird durch in gewerbsmäßiger Absicht erfolgte Wegnahme von Bargeld bei Verwendung eines unbaren Zahlungsmittels (Faktum I/B) der deliktsspezifische vorgelagerte Bereicherungsvorsatz iSd Paragraph 241 e, Absatz 2, erster Fall StGB umgesetzt, sodass Absatz 2, des Paragraph 241 e, StGB hinter Paragraph 130, StGB als stillschweigend subsidiär zurückzutreten hat. Die Absicht des Täters bezieht sich nämlich auf das Erschließen einer „fortlaufenden Einnahmequelle“ durch wiederkehrende Entfremdung unbarer Zahlungsmittel. Dies ist jedoch denklogisch nicht durch die Entfremdung per se, sondern ausschließlich durch nachfolgende Verwertung - auf welche Weise immer, sei es durch zweckbestimmende Verwendung, sei es durch entgeltliche Weitergabe an einen Dritten (Schroll aaO Rz 18) - realisierbar. Somit wird aber die Willensausrichtung gewerbsmäßiger Qualifikation eines Vermögensdeliktes bei zweckbestimmter Verwendung des unbaren Zahlungsmittels (lediglich) antizipierend erfasst und ist Paragraph 241 e, Absatz 2, erster Fall StGB bei sofortiger tatsächlicher Umsetzung dieses - wenngleich vorgelagerten - Entschlusses mit entsprechender gewerbsmäßiger Tendenz, wie im vorliegenden Fall (siehe Schuldspruch I/B), durch die Verurteilung wegen der Ausführung der insoweit „geplanten“ Straftat nach Paragraph 130, erster Fall StGB zur Gänze abgegolten vergleiche dazu grundsätzlich Ratz in WK<sup>2</sup> Vorbem zu Paragraphen 28 -, 31, Rz 36 und 44 f zu ähnlich gelagerten Konstellationen).

Abschließend beantragt der Generalprokurator, das Urteil im Schuldspruch II/A (Bankomatkarte des Harald L\*\*\*\*\*)

und II/B in Hinblick auf die Profitkarte des Robert S\*\*\*\*\* und im Ausspruch der gewerbsmäßigen Begehungsweise nach § 241e Abs 2 StGB, demzufolge auch im Umfang des Strafausspruches (samt Beschluss auf Widerruf der bedingten Strafnachsicht) aufzuheben. Abschließend beantragt der Generalprokurator, das Urteil im Schulterspruch II/A (Bankomatkarre des Harald L\*\*\*\*\*) und II/B in Hinblick auf die Profitkarte des Robert S\*\*\*\*\* und im Ausspruch der gewerbsmäßigen Begehungsweise nach Paragraph 241 e, Absatz 2, StGB, demzufolge auch im Umfang des Strafausspruches (samt Beschluss auf Widerruf der bedingten Strafnachsicht) aufzuheben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Oberste Gerichtshof hat erwogen:

Da § 147 Abs 1 Z 1 zweite Fallgruppe StGB eine spezifisch auf die Verwendung eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels abgestimmte Qualifikation enthält, kann § 241e Abs 1 erster Satz StGB, der einen auf unrechtmäßige Bereicherung durch Verwendung des entfremdeten unbaren Zahlungsmittels gerichteten (überschießenden) Vorsatz verlangt, im Verhältnis dazu als Vorbereitungsdelikt im technischen Sinn verstanden werden. Demnach wird § 241e Abs 1 erster Satz StGB durch einen nach § 147 Abs 1 Z 1 zweite Fallgruppe StGB erfolgten Schulterspruch wegen Verwendung des entfremdeten unbaren Zahlungsmittels zufolge des Scheinkonkurrenztypus der stillschweigenden Subsidiarität verdrängt. Gleiches gilt im Verhältnis von § 148 zweiter Fall StGB zu § 241e Abs 2 erster Fall StGB, wenn der Täter das nach § 241e Abs 1 erster Satz StGB entfremdete unbare Zahlungsmittel betrügerisch in der Absicht benutzt, sich durch wiederkehrende Begehung von Betrug unter Verwendung im Sinn des § 241e Abs 1 erster Satz StGB entfremdeter unbarer Zahlungsmittel eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (§ 148 zweiter Fall StGB; Schroll in WK2 § 241e Rz 26, 29; Kienapfel/Schmoller Studienbuch BT III § 241e Rz 42; Plöckinger, ÖJZ 2005, 259 f; 14 Os 102/05i, EvBl 2006/70, 383; insoweit noch abweichend 13 Os 145/04, EvBl 2005/115, 520). Ansonsten aber kennt der Sechste Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ein just in der Verwendung eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels bestehendes Tatbestands- oder Qualifikationsmerkmal nicht, sodass darüber hinaus stillschweigende Subsidiarität aufgrund des Verhältnisses von Vorbereitungsdelikt im technischen Sinn zu tauglichem Versuch oder Vollendung der Tat nicht in Betracht kommt. Da Paragraph 147, Absatz eins, Ziffer eins, zweite Fallgruppe StGB eine spezifisch auf die Verwendung eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels abgestimmte Qualifikation enthält, kann Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB, der einen auf unrechtmäßige Bereicherung durch Verwendung des entfremdeten unbaren Zahlungsmittels gerichteten (überschießenden) Vorsatz verlangt, im Verhältnis dazu als Vorbereitungsdelikt im technischen Sinn verstanden werden. Demnach wird Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB durch einen nach Paragraph 147, Absatz eins, Ziffer eins, zweite Fallgruppe StGB erfolgten Schulterspruch wegen Verwendung des entfremdeten unbaren Zahlungsmittels zufolge des Scheinkonkurrenztypus der stillschweigenden Subsidiarität verdrängt. Gleiches gilt im Verhältnis von Paragraph 148, zweiter Fall StGB zu Paragraph 241 e, Absatz 2, erster Fall StGB, wenn der Täter das nach Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB entfremdete unbare Zahlungsmittel betrügerisch in der Absicht benutzt, sich durch wiederkehrende Begehung von Betrug unter Verwendung im Sinn des Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB entfremdeter unbarer Zahlungsmittel eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (Paragraph 148, zweiter Fall StGB; Schroll in WK2 Paragraph 241 e, Rz 26, 29; Kienapfel/Schmoller Studienbuch BT römisch III Paragraph 241 e, Rz 42; Plöckinger, ÖJZ 2005, 259 f; 14 Os 102/05i, EvBl 2006/70, 383; insoweit noch abweichend 13 Os 145/04, EvBl 2005/115, 520). Ansonsten aber kennt der Sechste Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ein just in der Verwendung eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels bestehendes Tatbestands- oder Qualifikationsmerkmal nicht, sodass darüber hinaus stillschweigende Subsidiarität aufgrund des Verhältnisses von Vorbereitungsdelikt im technischen Sinn zu tauglichem Versuch oder Vollendung der Tat nicht in Betracht kommt.

Nach der (wenngleich nicht explizit zum Ausdruck gebrachten) Ansicht des Generalprokurator steht § 241e Abs 1 erster Satz StGB - sei es mit oder ohne Qualifikation nach § 241e Abs 2 erster Fall StGB - mit nachfolgendem Diebstahl unter Verwendung des entfremdeten unbaren Zahlungsmittels in echter Konkurrenz. Würde der Diebstahl jedoch gewerbsmäßig begangen, fiele (zwar nicht § 241e Abs 1 erster Satz StGB, wohl aber eine zugleich verwirklichte Qualifikation nach) § 241e Abs 2 erster Fall StGB zufolge Scheinkonkurrenz hinweg, sodass im Ergebnis nur eine der beiden Qualifikationen wegen gewerbsmäßiger Begehung anzulasten wäre. Einen zu einem solchen Schluss berechtigenden konkreten Scheinkonkurrenztypus nennt der Generalprokurator nicht (zu den Typen der Scheinkonkurrenz grundlegend: Burgstaller, JBl 1978, 393 ff). Auch den unter dem Aspekt einer Scheinkonkurrenz gesehenen Unterschied im Verhältnis der § 241e Abs 1 erster Satz StGB und § 241e Abs 2 erster Fall StGB zu §§ 127,

130 erster Fall StGB vermag der Oberste Gerichtshof nicht auszumachen, verlangen doch beide Vorschriften einen auf Bereicherung gerichteten Täterwillen. Nach der (wenngleich nicht explizit zum Ausdruck gebrachten) Ansicht des Generalprokurator steht Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB - sei es mit oder ohne Qualifikation nach Paragraph 241 e, Absatz 2, erster Fall StGB - mit nachfolgendem Diebstahl unter Verwendung des entfremdeten unbaren Zahlungsmittels in echter Konkurrenz. Würde der Diebstahl jedoch gewerbsmäßig begangen, fiele (zwar nicht Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB, wohl aber eine zugleich verwirklichte Qualifikation nach) Paragraph 241 e, Absatz 2, erster Fall StGB zufolge Scheinkonkurrenz hinweg, sodass im Ergebnis nur eine der beiden Qualifikationen wegen gewerbsmäßiger Begehung anzulasten wäre. Einen zu einem solchen Schluss berechtigenden konkreten Scheinkonkurrenztypus nennt der Generalprokurator nicht (zu den Typen der Scheinkonkurrenz grundlegend: Burgstaller, JBl 1978, 393 ff). Auch den unter dem Aspekt einer Scheinkonkurrenz gesehenen Unterschied im Verhältnis der Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB und Paragraph 241 e, Absatz 2, erster Fall StGB zu Paragraphen 127., 130 erster Fall StGB vermag der Oberste Gerichtshof nicht auszumachen, verlangen doch beide Vorschriften einen auf Bereicherung gerichteten Täterwillen.

Die erhöhte Strafbarkeit gewerbsmäßiger Entfremdung unbarer Zahlungsmittel kann zudem nicht bloß unter dem Bereicherungsaspekt gesehen werden. Vielmehr muss auch der Wiederholungsaspekt des § 70 StGB mit Blick auf die nicht deckungsgleichen Rechtsgüter in Anschlag gebracht werden. Die erhöhte Strafbarkeit gewerbsmäßiger Entfremdung unbarer Zahlungsmittel kann zudem nicht bloß unter dem Bereicherungsaspekt gesehen werden. Vielmehr muss auch der Wiederholungsaspekt des Paragraph 70, StGB mit Blick auf die nicht deckungsgleichen Rechtsgüter in Anschlag gebracht werden.

Aus der Systematik des Besonderen Teils des StGB ist, was der Vollständigkeit halber angemerkt sei, ungeachtet des Umstandes, dass eine höhere Strafdrohung der Annahme von Subsidiarität nicht zwingend entgegensteht, kein tragfähiges Argument für ein Zurücktreten des § 241e Abs 1 erster Satz StGB gegenüber Diebstahl nach Maßgabe dieses Scheinkonkurrenztypus zu gewinnen. Aus der Systematik des Besonderen Teils des StGB ist, was der Vollständigkeit halber angemerkt sei, ungeachtet des Umstandes, dass eine höhere Strafdrohung der Annahme von Subsidiarität nicht zwingend entgegensteht, kein tragfähiges Argument für ein Zurücktreten des Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB gegenüber Diebstahl nach Maßgabe dieses Scheinkonkurrenztypus zu gewinnen.

Schon wegen der mit der Entfremdung des unbaren Zahlungsmittels über den nachfolgenden Diebstahl hinausgehenden Rechtsgutbeeinträchtigung (vgl Schroll in WK2 Vorbem §§ 241a-241g Rz 4) kommt schließlich eine Verdrängung des § 241e Abs 1 erster Satz StGB unter dem Gesichtspunkt einer Konsumtion als straflose Vortat nicht in Frage (vgl Ratz in WK2 Vorbem §§ 28-31 Rz 40, 53, 68), sodass im Verhältnis zu - wie immer qualifiziertem - Diebstahl stets von echter Konkurrenz auszugehen ist (Schroll in WK2 § 241e Rz 31 f; Kienapfel/Schmoller Studienbuch BT III § 241e Rz 41, 43; Sautner, RZ 2004, 30 f; 13 Os 145/04, EvBl 2005/115, 520; vgl auch Fabrizy StGB9 § 241e Rz 4; Plöckinger, ÖJZ 2005, 260). Schon wegen der mit der Entfremdung des unbaren Zahlungsmittels über den nachfolgenden Diebstahl hinausgehenden Rechtsgutbeeinträchtigung vergleiche Schroll in WK2 Vorbem Paragraphen 241 a, -, 241 g, Rz 4) kommt schließlich eine Verdrängung des Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz StGB unter dem Gesichtspunkt einer Konsumtion als straflose Vortat nicht in Frage vergleiche Ratz in WK2 Vorbem Paragraphen 28 -, 31, Rz 40, 53, 68), sodass im Verhältnis zu - wie immer qualifiziertem - Diebstahl stets von echter Konkurrenz auszugehen ist (Schroll in WK2 Paragraph 241 e, Rz 31 f; Kienapfel/Schmoller Studienbuch BT römisch III Paragraph 241 e, Rz 41, 43; Sautner, RZ 2004, 30 f; 13 Os 145/04, EvBl 2005/115, 520; vergleiche auch Fabrizy StGB9 Paragraph 241 e, Rz 4; Plöckinger, ÖJZ 2005, 260).

Der Schulterspruch II/A erfolgte demnach zu Unrecht.

In Betreff der Bankomatkarre des Robert S\*\*\*\*\* hat das Schöffengericht jedoch zutreffend echte Konkurrenz von § 241e Abs 1 erster Satz und Abs 2 StGB (II/B) mit gewerbsmäßigem Diebstahl (I/B) angenommen. In Betreff der Bankomatkarre des Robert S\*\*\*\*\* hat das Schöffengericht jedoch zutreffend echte Konkurrenz von Paragraph 241 e, Absatz eins, erster Satz und Absatz 2, StGB (II/B) mit gewerbsmäßigem Diebstahl (I/B) angenommen.

Die Eigenschaft als unbares Zahlungsmittel steht bei einer Bankomatkarre außer Frage (Schroll in WK2 Vorbem zu §§ 241a-241g Rz 10; Kienapfel/Schmoller Studienbuch BT III Vorbem § 241a ff Rz 33; 15 Os 114/04, EvBl 2005/71, 311; 13 Os 145/04, EvBl 2005/115, 520). Um die zu II/B neben einer Bankomatkarre angeführte Profitkarte gleichfalls als unbares Zahlungsmittel einzustufen (Tatobjekt nach § 241e Abs 1 StGB ist jedes einzelne unbare Zahlungsmittel; vgl 15

Os 176/03, JBI 2005, 126), hätte es dagegen entsprechender Feststellungen zur Zahlungsmittelfunktion, zur bargeldvertretenden Eigenschaft, zur Erkennbarkeit des Ausstellers und zur Sicherungsfunktion bedurft (vgl Schroll in WK2 Vorbem zu §§ 241a-241g Rz 7 ff; zuletzt: 14 Os 2/06k, EvBI 2006/79, 421), sodass der zu II/B ergangene weitere Schuldspruch wegen Entfremdung der Profitkarte an einem Rechtsfehler in der Bedeutung der Z 10 des § 281 Abs 1 StPO leidet. Sollten die erforderlichen Feststellungen nicht getroffen werden können, wäre der Tatbestand der Urkundenunterdrückung nach § 229 Abs 1 StGB zu prüfen. Die Eigenschaft als unbares Zahlungsmittel steht bei einer Bankomatkarte außer Frage (Schroll in WK2 Vorbem zu Paragraphen 241 a, -, 241 g, Rz 10; Kienapfel/Schmoller Studienbuch BT römisch III Vorbem Paragraph 241 a, ff Rz 33; 15 Os 114/04, EvBI 2005/71, 311; 13 Os 145/04, EvBI 2005/115, 520). Um die zu II/B neben einer Bankomatkarte angeführte Profitkarte gleichfalls als unbares Zahlungsmittel einzustufen (Tatobjekt nach Paragraph 241 e, Absatz eins, StGB ist jedes einzelne unbares Zahlungsmittel; vergleiche 15 Os 176/03, JBI 2005, 126), hätte es dagegen entsprechender Feststellungen zur Zahlungsmittelfunktion, zur bargeldvertretenden Eigenschaft, zur Erkennbarkeit des Ausstellers und zur Sicherungsfunktion bedurft vergleiche Schroll in WK2 Vorbem zu Paragraphen 241 a, -, 241 g, Rz 7 ff; zuletzt: 14 Os 2/06k, EvBI 2006/79, 421), sodass der zu II/B ergangene weitere Schuldspruch wegen Entfremdung der Profitkarte an einem Rechtsfehler in der Bedeutung der Ziffer 10, des Paragraph 281, Absatz eins, StPO leidet. Sollten die erforderlichen Feststellungen nicht getroffen werden können, wäre der Tatbestand der Urkundenunterdrückung nach Paragraph 229, Absatz eins, StGB zu prüfen.

In Ausübung des dem Obersten Gerichtshof nach § 292 letzter Satz StPO eingeräumten Ermessens war demnach zu II/A in der Sache selbst mit Freispruch und zu II/B, die Profitkarte des Robert S\*\*\*\*\* betreffend, mit Rückverweisung nach § 288 Abs 2 Z 3 zweiter Satz StPO vorzugehen. Der Generalprokurator hat den Umstand, dass der Angeklagte - dem Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO) zuwider - nach den Feststellungen der Entscheidungsgründe bei keiner der Betrugstaten eine falsche Urkunde oder ein solches Beweismittel (zum Begriff kurz und prägnant Kirchbacher/Presslauer in WK2 § 147 Rz 38), vielmehr bloß jeweils echte und unverfälschte Ausweise von Opfern zuvor begangener Diebstähle benützte, in seiner Beschwerde nicht releviert. Für - an sich zulässiges - amtsweigiges Vorgehen des Obersten Gerichtshofes besteht kein Anlass. In Ausübung des dem Obersten Gerichtshof nach Paragraph 292, letzter Satz StPO eingeräumten Ermessens war demnach zu II/A in der Sache selbst mit Freispruch und zu II/B, die Profitkarte des Robert S\*\*\*\*\* betreffend, mit Rückverweisung nach Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 3, zweiter Satz StPO vorzugehen. Der Generalprokurator hat den Umstand, dass der Angeklagte - dem Erkenntnis (Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer eins, StPO) zuwider - nach den Feststellungen der Entscheidungsgründe bei keiner der Betrugstaten eine falsche Urkunde oder ein solches Beweismittel (zum Begriff kurz und prägnant Kirchbacher/Presslauer in WK2 Paragraph 147, Rz 38), vielmehr bloß jeweils echte und unverfälschte Ausweise von Opfern zuvor begangener Diebstähle benützte, in seiner Beschwerde nicht releviert. Für - an sich zulässiges - amtsweigiges Vorgehen des Obersten Gerichtshofes besteht kein Anlass.

Die verfehlte materiellrechtliche Beurteilung zieht nämlich weder den Freispruch von einer der Betrugstaten (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO) noch - wegen der von § 29 StGB angeordneten Zusammenfassung aller Betrugstaten zu einer Subsumtionseinheit (vgl 14 Os 65/99, JBI 2000, 262 mit Anm von Schmoller) - einen anderen Schuldspruch als den vom Erstgericht ausgesprochenen wegen des Verbrechens des „gewerbsmäßigen schweren Betruges teilweise als Beteiligter nach den §§ 146, 147 Abs 1 Z 1, Abs 2, 148 zweiter Fall und 12 dritte Alternative StGB“ (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) nach sich, sodass kein Fall des § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO gegeben ist (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 401, 403, 568, 578, 652; § 285d Rz 12; § 295 Rz 16 f; § 345 Rz 36). Die verfehlte materiellrechtliche Beurteilung zieht nämlich weder den Freispruch von einer der Betrugstaten (Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 9, Litera a, StPO) noch - wegen der von Paragraph 29, StGB angeordneten Zusammenfassung aller Betrugstaten zu einer Subsumtionseinheit vergleiche 14 Os 65/99, JBI 2000, 262 mit Anmerkung von Schmoller) - einen anderen Schuldspruch als den vom Erstgericht ausgesprochenen wegen des Verbrechens des „gewerbsmäßigen schweren Betruges teilweise als Beteiligter nach den Paragraphen 146, 147 Absatz eins, Ziffer eins, Absatz 2, 148 zweiter Fall und 12 dritte Alternative StGB“ (Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10, StPO) nach sich, sodass kein Fall des Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO gegeben ist (Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 401, 403, 568, 578, 652; Paragraph 285 d, Rz 12; Paragraph 295, Rz 16 f; Paragraph 345, Rz 36).

Ein allfälliger Begründungsmangel hinsichtlich der in US 8 f festgestellten Absicht, sich durch wiederkehrende, jeweils nach § 147 Abs 1 Z 1 StGB qualifizierte Betrugstaten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (§ 281 Abs 1 Z 5 erster

Fall StPO), bildet ebenfalls keinen Grund für amtswegiges Einschreiten des Obersten Gerichtshofes, weil sich diesem nicht erhebliche Bedenken im Sinn des § 362 StPO ergeben. Ein allfälliger Begründungsmangel hinsichtlich der in US 8 f festgestellten Absicht, sich durch wiederkehrende, jeweils nach Paragraph 147, Absatz eins, Ziffer eins, StGB qualifizierte Betrugstaten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5, erster Fall StPO), bildet ebenfalls keinen Grund für amtswegiges Einschreiten des Obersten Gerichtshofes, weil sich diesem nicht erhebliche Bedenken im Sinn des Paragraph 362, StPO ergeben.

#### **Anmerkung**

E81340 13Os53.06b

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ÖJZ-LSK 2006/203 = ÖJZ-LSK 2006/205 = Jus-Extra OGH-St 3924 = Jus-Extra OGH-St 3926 = EvBI 2006/149 S 777 - EvBI 2006,777 = RZ 2007,49 EÜ44, 45 - RZ 2007 EÜ44 - RZ 2007 EÜ45 = SSt 2006/55 = AnwBI 2008,151 = AnwBI 2008,197 XPUBL

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

ECLI:AT:OGH0002:2006:0130OS00053.06B.0712.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

07.08.2008

**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)