

# TE OGH 1978/3/16 13Os208/77

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.03.1978

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 16. März 1978 unter dem Vorsitz des Präsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Pallin, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Müller, Dr. Kießwetter, Dr. Friedrich und Dr. Horak als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Sulyok als Schriftführer in der Strafsache gegen Rudolf A wegen des Verbrechens des schweren Raubes nach den §§ 142 Abs 1, 143 (zweiter Anwendungsfall) StGB und einer anderen strafbaren Handlung über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Geschwornengerichtes beim Landesgericht für Strafsachen Wien vom 28. September 1977, GZ. 20 u Vr 5362/77-19, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Müller, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Willheim und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Melnizky, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wird, soweit sie sich gegen das Strafmaß richtet, Folge gegeben und die über den Angeklagten verhängte Freiheitsstrafe auf 4 (vier) Jahre herabgesetzt.

Im übrigen wird der Berufung nicht Folge gegeben.

Gemäß § 390 a StPO fallen dem Angeklagten die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde auf Grund des Wahrspruches der Geschworenen der beschäftigungslose Rudolf A 1. des Verbrechens des schweren Raubes nach den §§ 142 Abs 1, 143 (zweiter Anwendungsfall) StGB und 2. des Vergehens nach dem § 36 Abs 1 lit b WaffenG schuldig erkannt und hiefür nach dem ersten Strafsatz des § 143 StGB unter Anwendung des § 28 StGB zu einer fünfjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Gemäß dem § 26 Abs 1 StGB wurde das sichergestellte Springmesser eingezogen.

Inhaltlich des Schulterspruches liegt dem Angeklagten zur Last, daß er am 24. Juni 1977 in Wien ad 1) Günther B unter Verwendung einer Waffe dadurch, daß er dem Genannten ein Springmesser mit ca. 15 cm Klingelänge an der linken Hüftseite ansetzte, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (§ 89 StGB) eine Herrenarmbanduhr der Marke C im Werte von ca. 2.800 S mit dem Vorsatz weggenommen hat, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern;

ad 2) eine verbotene Waffe, und zwar ein Springmesser, unbefugt besessen hat.

Die Geschworenen hatten die ihnen im Sinne dieser Schultersprüche (allein) zur Beantwortung vorgelegten Hauptfragen 1) und 2) bejaht. Eine Änderung oder Ergänzung der Fragen (§ 310 Abs 3 StPO) war von keiner Seite beantragt worden;

auch Beweisanträge wurden in der Hauptverhandlung nicht gestellt. Der Angeklagte Rudolf A bekämpft dieses Urteil im Schulterspruch zu Punkt 1. mit Nichtigkeitsbeschwerde und im Strafausspruch mit Berufung.

Unter Verkennung der unterschiedlichen Systematik der Nichtigkeitsgründe, aus welchen Urteile der Geschwornengerichte zum Unterschied von schöffengerichtlichen Urteilen (vgl. §§ 281 Abs 1 /-281 a/- StPO) mit Nichtigkeitsbeschwerde nur angefochten werden können (§§ 344, 345 Abs 1 StPO), macht der Beschwerdeführer - zum Teil auch erst im Rahmen der erhobenen Berufung - teils ziffernmäßig, teils der Sache nach die Nichtigkeitsgründe der Z 1, 5, 6, 8, 11

lit b und 12 des § 345 Abs 1 StPO geltend.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Beschwerde erweist sich indes zur Gänze als unbegründet. Der erstbezeichnete Nichtigkeitsgrund soll deshalb vorliegen, weil nach der sachlich primär mit Beziehung auf den Nichtigkeitsgrund der Z 12 des § 345 Abs 1 StPO vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung der dem Schulterspruch laut Punkt 1. des Urteils zugrundeliegende Sachverhalt sich 'allenfalls (nur) als unqualifizierte Veruntreuung im Sinne des § 133 Abs 1 StGB darstelle', für deren Aburteilung das vorliegend erkennende Geschwornengericht gemäß den §§ 9

und 10 StPO nach Meinung des Beschwerdeführers sachlich unzuständig war.

Abgesehen davon, daß der Beschwerdeführer damit eine den bezogenen formellen Nichtigkeitsgrund überhaupt erst verwirklichende, nicht gehärigere Besetzung des erkennenden Gerichtes gar nicht behauptet, übersieht er, daß im Strafverfahren die Zuständigkeit des Gerichtes höherer Ordnung (vorliegend die des Geschwornengerichtes) die niedrigere sachliche Gerichtskompetenz in sich schließt, und die Sachentscheidung eines Geschwornengerichtes überhaupt nicht wegen (vermeintlicher) sachlicher Unzuständigkeit dieses Gerichtes mit Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft werden kann (vgl. §§ 219, 261 Abs 1 StPO; Foregger - Serini, 215 und 259 /-jeweils Erl. III/- s. auch §§ 56 Abs 2, 281 Abs 1 Z 6 StPO sowie Roeder2, 51 /-auch 47, 50, 209 und 281, An3/-). Mit dem Nichtigkeitsgrund der Z 5 des § 345 Abs 1 StPO rügt der Beschwerdeführer die Nichtdurchführung eines Lokalaugenscheines und (im Rahmen der Berufung) die Nichteinhaltung eines Sachverständigengutachtens zur Frage seiner Alkoholisierung im Tatzeitpunkt jeweils als Verfahrensmangel.

Dieser Rüge fehlt es vorliegend aber schon an den formellen Voraussetzungen für eine wirksame Geltendmachung des in Rede stehenden Nichtigkeitsgrundes, daß nämlich der in der Beschwerde relevierte Antrag in der Hauptverhandlung gestellt und darüber vom Schwurgerichtshof nicht oder nicht im Sinne des Antragstellers entschieden wurde. Auch die von ihm in diesem Zusammenhang bezogene Vorschrift des § 3 StPO machte es dem Gericht nicht zur Pflicht, aus dem Beschwerdeführer, der während der ganzen Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten war, ihn möglicherweise entlastende Umstände und die hiefür etwa vorhandenen Beweise gleichsam herauszuholen und sodann aufzunehmen (St. 32/112). Das Unterbleiben der vom Beschwerdeführer erstmals in der Nichtigkeitsbeschwerde (und in der Berufung) begehrten Beweisaufnahmen kann daher nicht mit dem Nichtigkeitsgrund der Z 5 des § 345 Abs 1 StPO als Verfahrensmangel geltend gemacht werden. Hinzu kommt, daß die in der Berufung aufgeworfene Frage seiner Alkoholisierung zur Tatzeit selbst nach dem Rechtsmittelvorbringen keinen für die Schuldfrage oder die Tatsumption oder für den anzuwendenden Strafsatz bedeutsamen Umstand betrifft; denn der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich selbst vor, er habe sich im Tatzeitpunkt bloß in einem seine Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Rauschzustand befunden, den er nur als zusätzlichen Milderungsgrund im Sinne des § 35 StGB gewertet wissen will. Die Unterlassung der Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens in dieser Richtung bewirkte daher, abgesehen von der auch hier schon fehlenden Antragstellung in der Hauptverhandlung, keinen Verfahrensmangel im Sinne der Z 5 des § 345 Abs 1 StPO.

Der Sache nach mit dem Nichtigkeitsgrund der Z 6 des § 345 Abs 1 StPO macht der Beschwerdeführer wegen der Nichtstellung einer Eventualfrage in der Richtung des Vergehens der Veruntreuung nach dem § 133 Abs 1 StGB eine Verletzung der Vorschrift des § 314 Abs 1 StPO geltend. Eine solche zusätzliche Fragestellung war jedoch nicht einmal durch die eigene Verantwortung des Angeklagten in der Hauptverhandlung (s. S. 68 ff. d.A) indiziert. Inhaltlich dieser Verantwortung habe ihm Günther B nach beendeter Bootsfahrt seine Armbanduhr 'freiwillig als Pfand' gegeben, damit er (Angeklagter) wisse, wie lange B, der in ein nahe Gasthaus ging, um dort Bier zu trinken bzw. zu holen, habe er die Uhr sowie die Sonnenbrille des B und sein (des Angeklagten) Messer eingesteckt, um B zum Gasthaus zu folgen und zu fragen, warum er denn die Polizei herbeirufen wolle, auf dem Wege dorthin sei aber schon die Polizei gekommen.

Damit behauptete der Beschwerdeführer aber ein Verhalten, das (wenn es als erwiesen angenommen worden wäre) überhaupt straflos und nicht nach dem § 133 Abs 1 StGB zu beurteilen wäre. Da sich auch sonst im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte dafür ergaben, daß der Angeklagte keinen Raub begangen, sich aber eine ihm von B anvertraute (überlassene) Uhr mit Bereicherungsvorsatz zugeeignet habe, lagen die im § 314 Abs 1 StPO genannten Voraussetzungen für die Stellung einer Eventualfrage nicht vor.

Soweit der Beschwerdeführer aber, wiederum erst im Rahmen der Berufungsausführung, eine 'Verfahrensbeendigung unter Anwendung des § 42 StGB' begeht, verkennt er, daß eine solche im Geschwornengerichtsverfahren nur über den Weg einer diesbezüglichen Zusatzfrage im Sinne des § 313 StPO (Schlußsatz) erfolgen kann und eine solche Frage nicht zu stellen war, da für das den Gegenstand der Hauptfrage 1. bildende Verbrechen des schweren Raubes eine Strafandrohung von 5 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe normiert ist, welche die Anwendung des § 42 StGB - die u.a. voraussetzt, daß die Tat mit nicht mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist - von vornherein ausschloß. Aus dem Nichtigkeitsgrund der Z 11 lit b des § 345 Abs 1 StPO kann eine (rechtsirrige) Verneinung der Voraussetzungen des § 42 StGB (anders als nach § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO) überhaupt nicht angefochten werden.

Den Nichtigkeitsgrund der Z 8 des § 345 Abs 1 StPO erblickt der Beschwerdeführer in einer angeblichen Verletzung der Bestimmungen des zweiten und dritten Absatzes des § 323

StPO über die vom Vorsitzenden mit den Geschworenen (in Abwesenheit der Parteien) vorzunehmende (mündliche) Besprechung der einzelnen Fragen, bei welcher die in die Fragestellung aufgenommenen und in der schriftlichen Rechtsbelehrung dargelegten (§ 321 Abs 2 StPO) gesetzlichen Merkmale auf den konkreten Fall zurückzuführen und die sich ergebenden Tat und Beweisfragen ohne Vorwegnahme der den Geschworenen allein obliegenden Beweiswürdigung zu erörtern sind. Der Beschwerdeführer übersieht indes bei diesen Ausführungen primär, daß den Gegenstand einer Rüge nach der Z 8 des § 345 Abs 1 StPO ausschließlich die den Geschworenen erteilte schriftliche Rechtsbelehrung (§§ 321, 323 Abs 1 und 327 StPO), nicht aber der Inhalt der im § 323 Abs 2 und 3 StPO geregelten 'Besprechung' und die Art ihrer Vornahme bildet. Hiebei allenfalls unterlaufene Fehler und Mängel können im Nichtigkeitsverfahren nicht geltend gemacht werden (Gebert-Pallin-Pfeiffer, Bd. III/3, Nr. 2 zu § 345 Abs 1 Z 8 StPO; Bertel, Grundriß, 135; 12 Os 52/77). Im übrigen vermag der Beschwerdeführer, der nach dem Gesagten gar nicht Gelegenheit hatte, den Gang der 'Besprechung' zu verfolgen, eine diesbezügliche Mängelhaftigkeit des Verfahrens auch nicht aufzuzeigen.

Aus dem materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrund der Z 12 des § 345 Abs 1 StPO bekämpft der Angeklagte schließlich die rechtliche Annahme einer Raubübung 'unter Verwendung einer Waffe' (zweiter Anwendungsfall des § 143 StGB) als rechtsirrig und den bezüglichen Schulterspruch als mit Feststellungsmängeln behaftet, weil das bloße Mitführen der Waffe noch nicht die im Gesetz geforderte Verwendung der Waffe beinhaltet und weil, wie der Beschwerdeführer mit verfehlter Beziehung auf den Nichtigkeitsgrund der Z 10 des § 281 Abs 1 StPO vorbringt, der vom Erstgericht festgestellte Sachverhalt auch eine Prüfung und Qualifizierung seiner Handlungsweise in der Richtung bloß einer Veruntreuung gemäß dem § 133 Abs 1 StGB gerechtfertigt hätte.

Beide Einwände gehen von wahrspruchsfremden Voraussetzungen aus und entbehren deshalb einer gesetzmäßigen (beachtlichen) Ausführung des hier der Sache nach allein geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes der Z 12 des § 345 Abs 1 StPO.

Inhaltlich des zur Hauptfrage 1. ergangenen Wahrspruches hat der Angeklagte nämlich bei der in Rede stehenden Raubtat sein Springmesser nicht bloß, wie der Beschwerdeführer behauptet, 'mit sich geführt', sondern vielmehr dieses Springmesser dem Günther B an der linken Hüftseite (drohend) angesetzt. Ein solches zur sofortigen Gebrauchnahme der Waffe geeignetes Verhalten (RZ 1977/55, St. 31/ 108, Leufkauf-Steininger, S. 724) im Zuge eines Raubes ist aber, rechtlich gesehen, als die Verwendung einer Waffe bei der Raubübung im Sinne der zweiten Alternative des § 143 StGB zu beurteilen.

Die Annahme eines solcherart qualifizierten ('bewaffneten') Raubes durch den Schwurgerichtshof erfolgte daher bei Bedachtnahme auf den tatsächlichen Inhalt des Wahrspruchs ohne Rechtsirrtum und auch frei von Feststellungsmängeln.

Unter Zugrundelegung der im Wahrspruch zur Hauptfrage 1. getroffenen Sachverhaltskonstatierungen bleibt schließlich für die vom Beschwerdeführer 'allenfalls' als Veruntreuung angestrebte Tatbeurteilung gleichfalls kein Raum. Denn der aus dem Grunde der Z 12 des § 345 Abs 1 StPO behauptete Rechtsirrtum müßte auch hier aus dem

Wahrspruch selbst nachgewiesen werden, was der Beschwerdeführer jedoch nicht einmal versucht.

Da somit keiner der vom Angeklagten insgesamt geltend gemachten Nichtigkeitsgründe vorliegt, war seine zur Gänze unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen.

Bei der Strafbemessung wertete das Geschwornengericht als erschwerend die Begehung mehrerer strafbarer Handlungen und die auf gleicher schädlicher Neigung beruhenden Vorstrafen des Angeklagten, als mildernd hingegen den geringen Wert der Beute und die objektive Schadensgutmachung.

Mit seiner gegen den Strafausspruch gerichteten Berufung strebt der Angeklagte eine Herabsetzung des Strafmaßes unter Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechtes nach dem § 41 StGB an, begeht weiters die Gewährung einer bedingten Strafnachsicht nach dem § 43 StGB und schließlich in Anwendung des § 37 StGB die Verhängung einer Geldstrafe statt einer Freiheitsstrafe unter Bewilligung einer langfristigen Ratenzahlung.

Insoweit die Berufung eine Herabsetzung der Freiheitsstrafe unter Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung nach § 41 StGB reklamiert, kommt ihr Berechtigung zu.

Ausgehend von den an sich im wesentlichen zutreffend festgestellten Strafzumessungsgründen kann bei deren Gewichtung doch noch ein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe bejaht werden, zumal dem Angeklagten das Zusammentreffen nur zweier Straftaten zur Last fällt und das völlig atypische Verhalten des Täters nach der Raubtat, das zu seiner sofortigen Festnahme führte, Rückschlüsse auf eine gewisse Naivität des Angeklagten und damit eine mindere Gefährlichkeit zuläßt. Gravierend ist freilich das überaus belastete Vorleben des Angeklagten, doch zeigt sich, daß bisher zwar viele Vorstrafen über ihn verhängt wurden, aber keine von ihnen die Dauer eines Jahres überschritten hat. Es kann daher eine begründete Aussicht auf künftiges Wohlverhalten des Angeklagten an die erstmalige Verbüßung einer längeren Resozialisierungsstrafe geknüpft werden, womit aber die Voraussetzungen für eine Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung nach dem § 41 StGB gegeben sind. Es war daher in Stattgebung der Berufung, soweit sie gegen das Strafmaß gerichtet ist, die Strafe auf das im Spruch genannte Ausmaß herabzusetzen.

Das weitere auf bedingte Strafnachsicht bzw. auf Verhängung einer Geldstrafe gerichtete Berufungsbegehren war bei dem angewandten Strafsatz (§ 143, 1. Strafsatz) mangels einer gesetzlichen Voraussetzung für eine dieser Maßnahmen (§ 37 Abs 2 und § 43 Abs 1 letzter Satz StGB) unberechtigt, der Berufung in diesen Punkten daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E01023

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

ECLI:AT:OGH0002:1978:0130OS00208.77.0316.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19780316\_OGH0002\_0130OS00208\_7700000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>