

# TE OGH 2019/5/29 130s18/19z

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.05.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 29. Mai 2019 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Lässig als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrättinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer, Mag. Michel, Dr. Oberressl und Dr. Brenner in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Korner in der Strafsache gegen Zoran N\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des schweren Raubes nach §§ 142 Abs 1, 143 Abs 2 erster Fall StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 27. November 2018, GZ 114 Hv 79/18z-214, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Mag. Höpler, des Angeklagten Zoran N\*\*\*\*\* und seines Verteidigers Mag. Jobst zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schulterspruch B/II/aa wegen des Vergehens der Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach § 241e Abs 3 StGB, demzufolge auch im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung) aufgehoben und in diesem Umfang in der Sache selbst erkannt:

Zoran N\*\*\*\*\* wird gemäß § 259 Z 3 StPO von dem Vorwurf freigesprochen, er habe zwischen 25. Juni 2008 und 24. April 2009 die Bankomatkarre des Olimpiu H\*\*\*\*\* somit ein umbares Zahlungsmittel, über das er nicht verfügen durfte, mit dem Vorsatz unterdrückt, dessen Verwendung im Rechtsverkehr zu verhindern.

Für die ihm weiterhin zur Last liegenden strafbaren Handlungen, nämlich die Verbrechen des Raubes nach § 142 Abs 1 StGB (A/I/a, A/III/a und b), des schweren Raubes nach §§ 142 Abs 1, 143 Abs 1 zweiter Fall StGB (A/I/b) und des schweren Raubes nach §§ 142 Abs 1, 143 Abs 2 erster Fall StGB (A/II) sowie die Vergehen der Nötigung nach § 105 Abs 1 StGB (B/I), der Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach § 241e Abs 1 StGB (B/II/a) und des Diebstahls nach §§ 127 und 15 StGB (B/II/b/1 und 2) wird Zoran N\*\*\*\*\* unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB nach § 143 Abs 2 erster Fall StGB zu einer Freiheitsstrafe von

sieben Jahren

verurteilt.

Gemäß § 38 Abs 1 Z 1 StGB wird die vom 21. Juni 2018, 10.30 Uhr, bis zum 27. November 2018, 9:35 Uhr, erlittene Vorhaft auf die Freiheitsstrafe angerechnet.

Mit ihren Berufungen werden der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf die Strafneubemessung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Zoran N\*\*\*\*\* mehrerer Verbrechen des Raubes nach§ 142 Abs 1 StGB (A/I/a und A/III/a und b), je eines Verbrechens des schweren Raubes nach §§ 142 Abs 1, 143 Abs 1 zweiter Fall StGB (A/I/b) und nach §§ 142 Abs 1, 143 Abs 2 erster Fall StGB (A/II) sowie je eines Vergehens der Nötigung nach § 105 Abs 1 StGB (B/I), der Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach § 241e Abs 1 StGB (B/II/a) und nach§ 241e Abs 3 StGB (B/II/aa) sowie des Diebstahls nach §§ 127 und 15 StGB (B/II/b/1 und 2) schuldig erkannt.

Danach hat er

A/ anderen nachstehend angeführte fremde bewegliche Sachen mit Gewalt gegen eine Person oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 89 StGB) mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz weggenommen oder abgenötigt, und zwar

I/ in W\*\*\*\*\* im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit den hiefür bereits verurteilten Danijel S\*\*\*\*\*, Zeljko P\*\*\*\*\* und Kristian (auch: Kristijan) K\*\*\*\*\* als Mittäter (§ 12 erster Fall StGB)

a/ am 7. März 2010 Marcello V\*\*\*\*\* eine goldene Halskette und ein Mobiltelefon im Gesamtwert von ca 3.000 Euro dadurch, dass der Genannte von Danijel S\*\*\*\*\* durch die Drohung „Komm rein ins Auto oder ich schieß Dir in den Fuß“ zum Einstiegen in den PKW des Danijel S\*\*\*\*\* genötigt wurde und ihm dort die angeführten Gegenstände von Danijel S\*\*\*\*\* und Zoran N\*\*\*\*\* weggenommen wurden, während sich Zeljko P\*\*\*\*\* und Kristian K\*\*\*\*\* im PKW zum jederzeitigen Eingreifen bereithielten sowie

b/ am 24. März 2010 Danijel M\*\*\*\*\* unter Verwendung einer Waffe eine Geldbörse mit ca 600 Euro Bargeld, ein Mobiltelefon und Arbeitsbekleidung im Gesamtwert von ca 1.000 Euro dadurch, dass der Genannte von Danijel S\*\*\*\*\* unter Vorhalt einer Machete (US 9) zum Einstiegen in dessen PKW und dort zur Herausgabe der angeführten Gegenstände genötigt wurde, während sich Zoran N\*\*\*\*\* Zeljko P\*\*\*\*\* und Kristian K\*\*\*\*\* zum jederzeitigen Eingreifen bereithielten,

II/ am 7. März 2010 in B\*\*\*\*\* im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit den hiefür bereits verurteilten Danijel S\*\*\*\*\*, Zeljko P\*\*\*\*\* und Kristian K\*\*\*\*\* als Mittäter (§ 12 erster Fall StGB) Stefan B\*\*\*\*\* eine Geldbörse mit ca 30 Euro Bargeld, ein Mobiltelefon, ein Akkordeon mit Tragetasche und einen Schlüsselbund mit vier Schlüsseln im Gesamtwert von ca 5.500 Euro, dadurch, dass sie auf den Genannten einschlugen und eintraten und ihm die angeführten Gegenstände wegnahmen, wobei er durch die ausgeübte Gewalt einen Bruch von zwei Fingern der linken Hand sowie der Nasenscheidewand und Schürfwunden an der Stirn erlitt, somit schwer verletzt wurde (§ 84 Abs 1 StGB) sowie

III/ am 27. März 2010 in W\*\*\*\*\* im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit den hiefür bereits verurteilten Danijel S\*\*\*\*\*, Zeljko P\*\*\*\*\* als Mittäter (§ 12 erster Fall StGB)

a/ Mahmuthan D\*\*\*\*\* Bargeld und ein Mobiltelefon im Gesamtwert von ca 550 Euro dadurch, dass Zoran N\*\*\*\*\* auf den Genannten einschlug und ihm die angeführten Gegenstände wegnahm, während sich Danijel S\*\*\*\*\* und Zeljko P\*\*\*\*\* zum jederzeitigen Eingreifen bereithielten und

b/ Orhan Sa\*\*\*\*\* ein Mobiltelefon und eine Halskette im Gesamtwert von ca 1.000 Euro dadurch, dass Danijel S\*\*\*\*\* und Zoran N\*\*\*\*\* auf den Genannten einschlugen und ihm die angeführten Gegenstände wegnahmen, während sich Zeljko P\*\*\*\*\* zum jederzeitigen Eingreifen bereithielt, weiters

B/ am 24. März 2010 in W\*\*\*\*\*

I/ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit den hiefür bereits verurteilten Danijel S\*\*\*\*\*, Zeljko P\*\*\*\*\* als Mittäter (§ 12 erster Fall StGB) Danijel M\*\*\*\*\* durch das Vorhalten einer Machete, somit durch gefährliche Drohung mit zumindest einer Verletzung am Körper (US 10), zu einer Handlung, nämlich zur Bekanntgabe seines Bankomatcodes, genötigt und

II/ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit den hiefür bereits verurteilten Danijel S\*\*\*\*\*, Zeljko P\*\*\*\*\*, Kristian K\*\*\*\*\*, Damijan P\*\*\*\*\* und Tayeb Hu\*\*\*\*\* als Mittäter (§ 12 erster Fall StGB)

a/ sich ein unbares Zahlungsmittel, über das er nicht verfügen durfte, nämlich die Bankomatkarte des Danijel M\*\*\*\*\*, anlässlich der zu A/I/b genannten Tat mit dem Vorsatz verschafft, dass er oder ein Dritter durch dessen Verwendung im Rechtsverkehr unrechtmäßig bereichert werde,

aa/ zwischen 25. Juni 2008 und 24. April 2009 die Bankomatkarte des Olimpiu H\*\*\*\*\*, somit ein unbares Zahlungsmittel, über das er nicht verfügen durfte, mit dem Vorsatz unterdrückt, dessen Verwendung im Rechtsverkehr zu verhindern sowie

b/ fremde bewegliche Sachen, nämlich Bargeld, Gewahrsamsträgern eines Bankinstituts mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz als Beitragstäter im Sinn des § 12 dritter Fall StGB (US 10)

1/ weggenommen, indem Tayeb Hu\*\*\*\*\* mit der zu B/II/a genannten Bankomatkarte 400 Euro behob und

2/ wegzunehmen versucht, indem Damijan P\*\*\*\*\* mit der zu B/II/a genannten Bankomatkarte Bargeld beheben wollte, wobei es nur wegen bereits erfolgter Sperre der Karte beim Versuch blieb.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 5, 5a und 9 lit a StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten.

Mit dem Hinweis auf – wie die Beschwerde selbst einräumt – vom Erstgericht ohnedies berücksichtigte Widersprüche in den Aussagen der Zeugen Kristian K\*\*\*\*\* (US 14) und Danijel S\*\*\*\*\* (US 16) sowie den vom Erstgericht ebenfalls gewürdigten Umstand, dass einige der Tatopfer den Angeklagten nicht zweifelsfrei als Täter identifizieren konnten (vgl US 16 f), zeigt der Beschwerdeführer keineswegs die behauptete willkürliche Begründung (Z 5 vierter Fall) der Urteilsfeststellungen auf. Vielmehr wendet er sich bloß mit eigenen Beweiswerterwägungen nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht zulässigen (§ 283 Abs 1 StPO) Schuldberufung gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung.

Die Tatsachenrüge (Z 5a) vermag mit der im Wesentlichen inhaltsgleichen Wiederholung des bereits im Rahmen der Mängelrüge (Z 5) erstatteten Vorbringens keine nach allgemein menschlicher Erfahrung gravierenden Bedenken (RIS-Justiz RS0119583) an der Richtigkeit der bekämpften Urteilsfeststellungen zu wecken.

Soweit die Rechtsrüge (Z 9 lit a) in Ansehung der Schuldsprüche A/I/a und (richtig) A/III/a ausreichende Feststellungen zum Bedeutungsgehalt der während der Taten gefallenen Äußerungen vermisst, orientiert sie sich prozessordnungswidrig nicht an der Gesamtheit der Feststellungen (RIS-Justiz RS0099810).

Haben doch die Tatrichter zum Schuldspruch A/III/a nicht nur die Androhung, sondern auch die Ausführung von Schlägen als Raubmittel festgestellt (US 11; vgl RIS-Justiz RS0093803) und zum Schuldspruch A/I/a konstatiert, dass Danijel S\*\*\*\*\* durch die – als Raubmittel eingesetzte – Drohung „Komm rein ins Auto oder ich schieß' Dir in den Fuß!“ das Opfer mit zumindest einer Verletzung am Körper bedrohte (US 7 iVm US 8).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur zu verwerfen.

Hinzuzufügen bleibt, dass die von den Schuldsprüchen B/II/b/1 und 2 umfassten Taten rechtsrichtig (auch) nach § 129 Abs 1 Z 3 StGB zu subsumieren gewesen wären (vgl 13 Os 37/18t):

Bankomatkarten sind unter dem Aspekt der Verwendung zur Geldbehebung bei Bankomaten als Gegenstände, die bestimmungsgemäß zum Öffnen oder Schließen eines Schlosses durch Auslösen des Schließmechanismus dienen, „Schlüssel“ im Sinn des § 129 Abs 1 Z 1 StGB (Salimi SbgK § 129 Rz 52; Stricker in WK2 StGB § 129 Rz 54 jeweils mwN; bereits von diesem Begriffsverständnis ausgehend 11 Os 114/85, St 56/85; RIS-Justiz RS0093730). Eine – wie hier – abgenötigte Bankomatkarte ist daher im gegebenen Zusammenhang als „widerrechtlich erlangter Schlüssel“ nach § 129 Abs 1 Z 1 StGB zu beurteilen.

Eine Sperrvorrichtung im Sinn des § 129 Abs 1 Z 3 StGB dient der Sicherung von Sachen gegen Wegnahme und setzt solcherart das Vorhandensein eines (wirksamen) Sperrmechanismus voraus (näher RIS-Justiz RS0094219&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False">RS0094219, RS0094132&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False">RS0094132, RS0094208 u n d RS0094197&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False">RS0094197). Demzufolge ist auch der Ausgabemechanismus eines Bankomaten eine Sperrvorrichtung im Sinn des § 129 Abs 1 Z 3

StGB (11 Os 114/85, StGB 56/85). Eine solche Vorrichtung wird geöffnet, wenn die Sicherung durch Betätigung des Sperrmechanismus überwunden wird (vgl RIS-Justiz RS0094166&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False" >RS0094166), soweit hier von Interesse also beispielsweise durch die Überwindung der elektronischen Sperre eines Bankomaten unter Einsatz der Bankomatkarte.

Die aus dem das Wort „sonst“ in § 129 Z 3 StGB aF dergestalt Exklusivität zwischen den Qualifikationstatbeständen des § 129 Z 2 StGB aF und des § 129 Z 3 StGB aF ableitende Auffassung, dass Sperrvorrichtungen, die mit einem Behältnis, wie hier einem Bankomaten (RIS-Justiz RS0094066), verbunden sind, niemals unter § 129 Z 3 StGB aF zu subsumieren seien (12 Os 176/75, EvBl 1976/275; RIS-Justiz RS0094003 und RS0094083), ist aufgrund des Entfalls des Wortes „sonst“ in § 129 Abs 1 Z 3 StGB seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 BGBI I 2015/112 überholt (näher 15 Os 29/16b, StGB 2016/32; RIS-Justiz RS0130882; aA Kienapfel/Schmoller BT II 129 Rz 69; Stricker in WK<sup>2</sup> StGB § 129 Rz 93; Leukauf/Steininger/Messner, StGB4 § 129 Rz 30; Birkbauer PK-StGB § 129 Rz 27; Salimi, Einbruchsdiebstahl durch Aufbrechen oder Öffnen einer Sperrvorrichtung, JBl 2017, 132).

Die Rechtsprechung, wonach im Regelungsbereich des § 129 Abs 1 Z 2 StGB das Betätigen eines Ausgabemechanismus nicht als „Öffnen“ des durch diesen gesicherten Behältnisses zu beurteilen ist (11 Os 114/85, StGB 56/85; 15 Os 154/93, EvBl 1994/132), ist im gegebenen Zusammenhang nicht von Bedeutung. Sie stellt nämlich lediglich klar, dass diese Gesetzesstelle – anders als § 129 Abs 1 Z 3 StGB – ein „Zugänglichmachen des Inneren des Behältnisses“ verlangt (vgl RIS-Justiz RS0088977, RS0094022, RS0094030 [T6]; Stricker in WK2 StGB § 129 Rz 85 mwN).

Auf der Basis der Feststellungen zu den Schultersprüchen B/II/b/1 und 2 (US 10) erfüllen daher die (versuchten) Bankomatbehebungen von Bargeld mit der Danijel \*\*\*\*\* abgenötigten Bankomatkarte den Tatbestand des Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127, 129 Abs 1 Z 3 StGB.

Da sich die verfehlte Subsumtion zu Gunsten des Angeklagten auswirkte, bot der aufgezeigte Rechtsfehler keinen Anlass zu einem Vorgehen gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO.

Zur amtswegigen Maßnahme:

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde überzeugte sich der Oberste Gerichtshof davon, dass dem Ersturteil im Schulterspruch B/II/aa nicht geltend gemachte materielle Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO anhaftet, die zum Nachteil des Angeklagten wirkt und daher von Amts wegen aufzugreifen war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO):

Zoran \*\*\*\*\* wurde am 21. Juni 2018 aufgrund eines von der Staatsanwaltschaft Wien erlassenen europäischen Haftbefehls (ON 84) von Deutschland an Österreich übergeben (ON 150). Dieser erstreckte sich zwar auf die von den Schultersprüchen A, B/I und B/II/a und b umfassten Taten, nicht aber auf die vom Schulterspruch B/II/aa umfasste Tat (vgl ON 6 in ON 191 iVm ON 1 S 92). Da – nach Lage der Akten – keiner der in § 31 Abs 2 EU-JZG normierten Ausnahmetatbestände erfüllt ist, war eine Verfolgung und Verurteilung des Angeklagten wegen dieser Tat somit infolge Spezialität der Auslieferung (§ 31 Abs 1 EU-JZG; vgl ON 145) unzulässig (prozessuales Verfolgungshindernis; Fabrizy, StPO13 § 281 Rz 85).

Dieser Rechtsfehler führt – wie auch die Generalprokurator zutreffend aufzeigt – zur Aufhebung des angefochtenen Urteils wie aus dem Spruch ersichtlich (§ 288 Abs 2 StPO).

Mangels aktenkundigen Hinweises auf ein im Zeitpunkt der Fällung des Ersturteils anhängiges Nachtragsauslieferungsverfahren war im Umfang des aufgehobenen Schulterspruchs sogleich in der Sache selbst zu erkennen (§ 288 Abs 2 Z 3 erster Satz StPO) und insoweit mit Freispruch vorzugehen (RIS-Justiz RS0098426).

Bei der infolge Aufhebung des Strafausspruchs vorzunehmenden Strafneubemessung war unter Bedachtnahme auf § 28 Abs 1 StGB nach § 143 Abs 2 erster Fall StGB von einem Strafrahmen von fünf bis zu fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe auszugehen.

Mildernd waren der bisher ordentliche Lebenswandel (§ 34 Abs 1 Z 2 StGB) sowie die Umstände, dass es teilweise beim Versuch geblieben ist (§ 34 Abs 1 Z 13 StGB) und dass der Angeklagte die Taten schon vor längerer Zeit begangen und sich seither wohlverhalten hat (§ 34 Abs 1 Z 18 StGB), erschwerend hingegen das Zusammentreffen von mehreren Verbrechen und Vergehen (§ 33 Abs 1 Z 1 StGB) sowie der Umstand, dass die Nötigung (B/I) unter Drohung mit einer Waffe begangen wurde (§ 33 Abs 3 Z 4 StGB).

Ausgehend davon (§ 32 Abs 2 erster Satz StGB) erweist sich auf der Grundlage der Schuld des Angeklagten § 32 Abs 1 StGB) die im Spruch genannte Freiheitsstrafe als angemessen.

Die Anrechnung der Vorhaftzeiten gründet sich auf § 38 Abs 1 Z 1 StGB.

Über die Anrechnung der nach Fällung des Urteils erster Instanz in Vorhaft § 38 StGB) zugebrachten Zeit hat gemäß § 400 StPO die Vorsitzende des Erstgerichts mit Beschluss zu entscheiden.

Mit ihren Berufungen waren der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf die Strafneubemessung zu verweisen.

Der Kostenausspruch, der die amtswegige Maßnahme nicht umfasst (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12), beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

**Textnummer**

E125407

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2019:0130OS00018.19Z.0529.000

**Im RIS seit**

04.07.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

21.01.2022

**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)