

# TE OGH 1982/11/9 90s133/82

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.11.1982

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 9. November 1982 unter dem Vorsitz des Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Obauer und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, Hon. Prof. Dr. Steininger, Dr. Horak und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtswärters Dr. Rathmanner als Schriftführer in der Strafsache gegen Oskar Manfred A wegen des Verbrechens des schweren und gewerbsmäßigen Betrugens nach § 146, 147 Abs. 1 Z 1 und Abs. 3, 148, zweiter Fall, StGB über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 28. Mai 1982, GZ 28 Vr 357/81-69, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Zaufal und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Erster Generalanwalt Dr. Nurscher, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Gemäß § 290 Abs. 1 StPO wird aus Anlaß der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, in dem unter Punkt A)II) ergangenen Schuldspruch wegen des Vergehens der Veruntreuung nach § 133 Abs. 1 und Abs. 2 StGB und demzufolge auch im Strafausspruch aufgehoben und gemäß § 288 Abs. 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Oskar Manfred A wird von der wider ihn erhobenen Anklage, er habe am 1. August 1981 in Wien ein Gut, das ihm anvertraut worden ist, nämlich den ihm von Karl B anlässlich der Reparatur eines Kraftfahrzeuges zur Verfügung gestellten PKW Citroen Combi VD/VH mit dem amtlichen Kennzeichen N ... im Wert von S 95.000,-- dadurch, daß er das Fahrzeug für sich behielt, sich mit dem Vorsatz zugeeignet, sich dadurch unrechtmäßig zu bereichern, wobei der Wert des veruntreuten Gutes S 5.000,-- übersteigt, und hiedurch das Vergehen der Veruntreuung nach § 133 Abs. 1

und Abs. 2 StGB begangen, gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen. Für das (sohin verbleibende) Verbrechen (nach dem Urteilsspruch irrig des teils versuchten, teils vollendeten richtig:) des schweren und gewerbsmäßigen Betrugens nach § 146, 147 Abs. 1 Z 1 und Abs. 3, 148 2. Fall StGB wird der Angeklagte nach § 147 Abs. 3 StGB unter Bedachtnahme gemäß § 31, 40 StGB auf das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 11. Dezember 1981, GZ 22 Vr 722/80-44, zur Zusatzfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten verurteilt. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

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

## Text

Gründe:

Das Schöffengericht erkannte den am 9. März 1950 geborenen kaufmännischen Angestellten Oskar Manfred A des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten schweren und gewerbsmäßigen (richtig: gewerbsmäßigen schweren, vgl ÖJZ-LSK 1976/387 zu § 148 StGB) Betruges nach § 146, 147 Abs. 1 Z 1 und Abs. 3, 148, 2. Fall, und 15

StGB sowie des Vergehens der Veruntreuung nach § 133 Abs. 1 und Abs. 2, 1. Fall, StGB schuldig. Es legte ihm /zu AII) des Urteils/ als Betrug zur Last, mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, nachstehende Personen gewerbsmäßig durch Täuschung über Tatsachen zu Handlungen verleitet zu haben, die diese an ihrem Vermögen schädigten, wobei durch die Taten ein Schaden in der Höhe von insgesamt 302.297,- S herbeigeführt wurde, und zwar 1.) am 5. und 10. Februar 1981 in Linz den Ernst C, Christian D und Ernst E durch die Vorspiegelung, er sei ein redlicher Inkassant, zur Zahlung einer Kautions für Mietfahrzeuge in der Höhe von je S 20.000, insgesamt daher S 60.000;

2.) am 14. November 1980 in Linz die Elektrofirma F & G durch die Vorspiegelung, er sei ein redlicher Inkassant, zur Zahlung einer Kautions in der Höhe von S 20.000, welche in der Form von Elektrogeräten geleistet wurde;

3.) am 27. und 28. Jänner 1981 in Linz die Firma Radio H durch die Vorspiegelung, ein zahlungsfähiger und zahlungswilliger Käufer zu sein, zur Herausgabe zweier Farbfernsehgeräte Telefunken und eines tragbaren Farbfernsehgerätes Grundig im Gesamtwert von 45.000 S;

4.) am 15. Juli 1981 in Wien den Dipl. Ing. Walter I durch die Vorspiegelung, ein zahlungsfähiger und zahlungswilliger Käufer zu sein, zur Herausgabe von drei Teppichen im Wert von 40.000 S;

5.) in der Zeit vom 23. Mai 1981 bis 23. Juli 1981 in Wien Dipl.Ing. Walter I als Inhaber der Pension J durch die Vorspiegelung, ein zahlungsfähiger und zahlungswilliger Mieter zu sein, zur Vermietung eines Doppelzimmers und Gestattung der Benützung des Telefons, Gesamtschade S 16.357;

6.) am 10. und 15. Juli 1981 in Wien die Fa. Elektro K GesmbH durch die Vorspiegelung, ein zahlungsfähiger und zahlungswilliger Käufer zu sein, zur Herausgabe zweier Farbfernsehgeräte und einer Zimmerantenne mit Verstärker im Gesamtwert von S 25.940;

7.) am 16. Juni 1981 in Wien den Reinhold L durch die Behauptung ehester Lieferung eines Stereoturms im Wert von 20.000 S zur Übergabe einer Anzahlung von 5.000 S;

8.) im Februar 1980 in Linz Verfügungsberechtigte der M durch Vorlage zweier gefälschter Wechsel, somit durch Benützung falscher Urkunden, zur Zahlung von insgesamt 87.000 S;

9.) am 21. April 1981 in Linz den Florian N durch die Behauptung einer Lieferung von fünf Türen zur Leistung einer Anzahlung in der Höhe von 3.000 S.

Als Veruntreuung lastete das Erstgericht dem Angeklagten /zu AII) des Urteilsspruchs/ an, am 1. August 1981

in Wien ein Gut, das ihm anvertraut worden war, nämlich den ihm von Karl B anlässlich der Reparatur eines Kraftfahrzeuges zur Verfügung gestellten PKW Citroen Combi mit dem Kennzeichen N ... im Wert von 95.000 S dadurch, daß er das Fahrzeug für sich behielt, sich mit dem Vorsatz zugeeignet zu haben, sich dadurch unrechtmäßig zu bereichern.

Von einigen weiteren Betrugsvorwürfen wurde der Angeklagte hingegen rechtskräftig freigesprochen (Punkt B I. und II. des Urteils).

Zum Urteilsspruch ist - der Vollständigkeit halber - zu bemerken, daß die dort (Bd II S 2) angeführte, ersichtlich aus der Anklageschrift übernommene Passage, die Betrügereien seien 'teilweise beim Versuch geblieben' und (demgemäß auch) das Zitat des § 15 StGB (im Bd II, S 4) unzutreffend sind; denn es führte das eine der beiden Fakten, die in der Anklageschrift als Versuchshandlungen beurteilt wurden (Fakten I) 4) und I) 10) der Anklage, Bd I, S 370,

371) nach einer Modifikation der Anklage in der Hauptverhandlung (Bd I, S 486), der sich das Gericht im Urteilstenor angeschlossen hat, zur Verurteilung wegen vollendeter Tat /Bd II, S 3, Punkt A) I) 8) des Urteils/, wogegen im zweiten Fall ein Freispruch erging /Punkt B. 1) des Urteils/.

Der Angeklagte bekämpft den Schuldspruch mit einer auf die Z 5, 9 lit a und b, sowie 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

Mit Beziehung auf die Schuldsprüche zu Punkt A) I) 1) und 2) (Herauslockung von Kautionen für Mietfahrzeuge) wirft der Beschwerdeführer dem Schöffengericht vor, sich nicht mit allen Beweisergebnissen auseinandergesetzt und deshalb das Verhalten des Angeklagten in diesen Fällen als Betrug und nicht als Veruntreuung beurteilt zu haben.

Der Angeklagte werde von der Firma O, in deren Namen er aufgetreten sei, in einem im Urteil übergangenen Schreiben an die Fa P (Bd I, S 41 b) und an anderen Stellen des Aktes ausdrücklich als Repräsentant für Oberösterreich bezeichnet. In einem von einem der Geschädigten angestrebten Zivilprozeß sei die Firma O nach den unerwähnt gebliebenen Angaben des Zeugen E in der Hauptverhandlung zum Ersatz der Kautions von 20.000 S verurteilt worden, was ebenfalls auf eine Veruntreuung durch den Angeklagten, nicht aber auf Betrug schließen lasse; schließlich könne der Auftraggeber zivilrechtlich doch nicht für selbständig begangene Betrügereien des Beauftragten haftbar gemacht werden. Die mangelnde Inkassoberechtigung könne den geschädigten Zeugen nicht bekannt gewesen sein, weil in den von ihnen unterfertigten Verträgen keine Hinweise hierauf enthalten gewesen seien. Der Zeuge F habe außerdem vor Unterfertigung des Mietvertrages mit Herrn Q von der Firma O telefoniert und letzterer habe die Lieferung von Waren im Wert von 20.000 S anstelle einer Barkautions ausdrücklich akzeptiert.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Mängelrüge schlägt jedoch nicht durch.

Das Erstgericht hat den Beschwerdeausführungen zuwider im Urteil die Verantwortung des Angeklagten, er sei Repräsentant der Firma O gewesen, ohnedies erwähnt (Bd II S 16) und in diesem Zusammenhang auch das oben bezeichnete Schreiben der genannten Firma - das im Urteil jedoch falsch zitiert wird, da es nach der Aktenlage nicht vom 3. Oktober 1980 stammt, sondern am 3. Dezember 1980 beim Adressaten einlangte (Bd I, S 41 b) - in den Entscheidungsgründen angeführt (Bd II, S 6). Allerdings nahm das Gericht entgegen der diesbezüglichen Verantwortung des Angeklagten (Bd I, S 440, 442), der sich zum Faktum A)I)1) hinsichtlich der von ihm namens der Fa O kassierten Beträge von S 60.000,- ausdrücklich der Veruntreuung schuldig bekannte (Bd I, S 441, 442), und der Aussage der Zeugin R (Bd I, S 254, 490) ohne jegliche Begründung als erwiesen an, daß sich das 'Dienst- bzw Provisionsverhältnis' des Angeklagten bzw die ihm erteilte Vollmacht nicht auf das Inkasso von Kautionen erstreckte (Bd II S 8) und im Zeitpunkt der Vorlage des Schreibens (vom 3. Oktober 1980;

siehe dazu aber oben) am 5. bzw 10. Februar 1981 bei Ernst C, Christian D und Ernst E überdies bereits aufgelöst bzw erloschen war (Bd II, S 6 und 7). Dieser Ausspruch ist mithin - was der Beschwerde demnach einzuräumen ist - mangelhaft begründet. Er betrifft aber - wie noch darzulegen sein wird - keine entscheidungswesentliche Tatsache und kann daher auch nicht als nichtig im Sinne der Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO angefochten werden. Denn es hat das Schöffengericht ersichtlich ausgehend von der vom Angeklagten selbst zugestanden (Bd I S 442) und daher nicht weiter erörterungsbedürftigen Tatsache der Vorverlegung der Fälligkeit der Kautions für die Mietfahrzeuge durch eine (eigenmächtige Änderung des vorgedruckten Vertragsformulars auf den Zeitpunkt der Bestellung (und nicht erst bei deren Auslieferung) - wodurch der Beschwerdeführer in den Besitz der (sonst vom übergeber der Fahrzeuge zu übernehmenden und) von ihm in der Folge pflichtwidrig nicht an die Fa O abgeführten Beträge (Waren) gelangte - auf einen schon im Zeitpunkt der Übernahme der Barbeträge (Warenlieferung) bestehenden Täuschungs- und Bereicherungsvorsatz des Angeklagten geschlossen und sein Verhalten demgemäß als Betrug und nicht als Veruntreuung qualifiziert, für deren Annahme die Erlangung des Gewahrsams an den (später veruntreuten) Sachen ohne Täuschung erforderlich wäre (ÖJZ-LSK 1982/43, 1980/191). Daß die Firma O in der Folge zum Schadenersatz an Ernst E verurteilt wurde, vermag an der Denkrichtigkeit der vom Erstgericht aus den oben angeführten Umständen gezogenen Schlußfolgerungen nichts zu ändern, zumal eine zivilrechtliche Haftung der Firma auch für betrügerisch handelnde Dienstnehmer rechtlich durchaus denkbar ist. Eine Erörterung der diesbezüglichen Angaben des Zeugen E im Urteil war mithin nicht erforderlich.

Geht man, wie das Erstgericht, davon aus, daß sich der Angeklagte bei den von ihm akquirierten Kunden bloß den Anschein eines redlichen Inkassanten gab und er von allem Anfang an nicht gewillt war, die einkassierten Beträge an den Empfangsberechtigten abzuführen, dann ist es unerheblich, ob die Zeugen D und E den Punkt 17 des Mietvertrages kannten, aus dem sich inhaltlich der Anzeige die mangelnde Inkassobefugnis des Angeklagten ergibt. Unter dieser Annahme ist ferner nicht bedeutsam, ob der Zeuge F vor Übergabe der Waren statt des Barbetrages mit

einem Herrn Q von der Firma O telefonierte und ob dieser mit der Übergabe von Waren einverstanden war. Denn auch in diesem Fall hat der Angeklagte ein Inkasso für die Firma O, für die die Waren bestimmt waren, nur vorgetäuscht und sich solcherart als redlicher Inkassant ausgegeben, ohne dies tatsächlich zu sein.

Der Beschwerdeführer ist aber auch mit seinem auf den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z 9 lit b StPO gestützten Einwand nicht im Recht, daß er nach dem psychiatrischen Sachverständigengutachten an einem hypomanischen Zustandsbild leide, das ihn zurechnungsunfähig mache, zumindest aber die Entstehung eines strafrechtlich relevanten Vorsatzes bei ihm ausschließe. Denn es hat der psychiatrische Sachverständige sowohl in seinem schriftlichen (ON 46, insb Bd I S 321, 322) wie auch in seinem mündlichen Gutachten in der Hauptverhandlung (Bd II, S 461-464) das Vorliegen von Sachverhalten ausgeschlossen, die einem der im § 11 StGB umschriebenen Zustände entsprechen. Das diesbezügliche Vorbringen der Nichtigkeitsbeschwerde steht somit in Widerspruch zum Sachverständigengutachten, dem sich das Gericht vollinhaltlich angeschlossen hat. Es ist mithin aktenwidrig, weshalb die Beschwerde in diesem Umfang nicht zur gesetzmäßigen Darstellung gelangt. Soweit der Beschwerdeführer in seinem Rechtsmittel mehrfach die unrichtige rechtliche Beurteilung der Urteilsfakten A) I) 1) und 2)

-

Betrug durch Herauslockung von Kauttionen für Mietfahrzeuge - behauptet und unter Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs. 1 Z 10 StPO vermeint, sein Verhalten wäre als Veruntreuung zu beurteilen, weil er tatsächlich inkassoberechtigter Repräsentant der Fa O war und diese Stellung nicht vorspiegeln mußte, übergeht er die

-

nach dem Gesagten - entscheidende Urteilsannahme, daß er sich seinem Geschäftspartner gegenüber mit dem zum Tatbestand gehörigen Vorsatz als redlicher Inkassant ausgegeben hat (Bd II S 2). Redlich aber war der Angeklagte auf keinen Fall, weil er von vornherein die inkassierten Beträge nicht abliefen, sondern für sich behalten wollte. Ein derartiges Verhalten aber stellt sich, rechtsrichtig gesehen, als Betrug dar.

Aber auch der Beurteilung des Faktums A) I) 8) (Betrug zum Nachteil der M durch Übergabe gefälschter Wechsel) als vollendeter und nicht bloß versuchter Betrug haftet - entgegen der vom Beschwerdeführer vertretenen Meinung - kein Fehler an. Tatsächlich sind nämlich die 87.000 S, die der Beschwerdeführer mit gefälschten Wechseln von der Bank erlistete, nach den unbedenklichen Urteilsfeststellungen seinem Konto gutgeschrieben worden. Sie haben wenigstens vorübergehend zum rechnerischen Ausgleich seines Debetsaldos geführt und ihm sogar ein Guthaben verschafft (Bd I, S 494), von dem er in der Folge kleinere Beträge abgehoben hat, bevor die Fälschungen erkannt und die Buchungen storniert wurden (Bd I, S 494, Bd II, S 13, 25). Zutreffend ist daher die Tat als vollendet beurteilt worden, da der Schaden durch die Gutschrift der Beträge, auf die die gefälschten Wechsel lauteten, bei der Bank eingetreten und der Täter hierdurch bereichert worden ist. Daß in der Folge die Gutschrift wieder storniert wurde, vermag hieran nichts zu ändern, da die durch einen Betrug bewirkte Bereicherung des Täters keine dauernde sein muß (ÖJZ-LSK 1977/142 ua).

Die auf Z 9 lit a des § 281 Abs. 1 StPO gestützten weitwendigen Ausführungen der Nichtigkeitsbeschwerde, wonach der Angeklagte infolge seines hypomanischen Zustandes an die Möglichkeit der Erfüllung aller seiner Verpflichtungen glaubte und eine Schädigung seiner Geschäftspartner nicht einmal (mit bedingtem Vorsatz) in Kauf genommen habe, weshalb ihm strafbares Verschulden nicht zugerechnet werden könnte, gehen an den Urteilsfeststellungen vorbei, nach denen die finanzielle Lage des Beschwerdeführers aussichtslos war und ihn, was ihm durchaus bewußt war (Bd II, S 20 und insbes 24), außer Stand setzte, seine Verpflichtungen zu erfüllen. Solcherart wird eine (im Akteninhalt gedeckte) Feststellung des Erstgerichtes zur subjektiven Tatseite negiert, an ihre Stelle ein urteilsfremder Sachverhalt, nämlich die begründete Überzeugung des Angeklagten, er könne seinen Verpflichtungen nachkommen, gesetzt und aus dieser dann eine dem Angeklagten günstigere rechtliche Schlußfolgerung abgeleitet. Dieses Vorgehen entspricht jedoch nicht den Erfordernissen gesetzmäßiger Ausführung eines materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes, die ein Festhalten an den Urteilsfeststellungen bei der Prüfung des darauf angewendeten Gesetzes auf Rechtsrichtigkeit zur Voraussetzung hat. Es muß daher darauf nicht weiter eingegangen werden.

Die unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Oskar Manfred A war daher zu verwerfen.

Aus Anlaß der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde konnte sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon überzeugen, daß das Erstgericht im Schuldspruch wegen des Vergehens der Veruntreuung nach § 133 Abs. 1 und Abs. 2 StGB /Pkt A)

II) des Urteilsspruchs/ das Gesetz in einer Nichtigkeit nach § 281 Abs. 1 Z 9 lit a StPO bewirkenden Weise verletzt hat; dazu hat das Schöffengericht in objektiver Hinsicht lediglich eine vertragswidrige Weiterbenützung des entlehnten Fahrzeuges (vom 1. August bis 11. August 1981) und keine Zueignungshandlung im Sinne einer widerrechtlichen Verfügung, welche die Sicherheit des Berechtigten, je wieder zur Sache zu gelangen, in Frage stellt, als erwiesen angenommen (Bd II S 15 in Zusammenhalt mit Bd I, ON 13, S 9 des unter S 97 erliegenden Aktes) und zur subjektiven Tatseite auch keinen Zueignungsvorsatz festgestellt. Solcherart liegt also lediglich eine nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (siehe dazu EvBl 1971/324 ua) gerichtlich nicht strafbare vertragswidrige Ausdehnung der Benützungsdauer vor. Da eine Nachholung von relevanten Feststellungen nach der Aktenlage nicht möglich ist, hatte der Oberste Gerichtshof in diesem Punkte sogleich selbst zu entscheiden und dabei so vorzugehen, als ob der in Frage kommende Nichtigkeitsgrund vom Angeklagten auch in Ansehung dieses Faktums geltendgemacht worden wäre.

Es war mithin spruchgemäß zu erkennen.

Bei der nach § 147 Abs. 3 StGB vorzunehmenden Neubemessung der Strafe hat der Oberste Gerichtshof die einschlägigen Vorstrafen, die Wiederholung und die mehrfache Eignung der Taten zur Begründung des höheren Strafsatzes als erschwerend angenommen. Als mildernd wurden hingegen die verminderte Zurechnungsfähigkeit, die teilweise Schadensgutmachung und der Beitrag zur Wahrheitsfindung durch Ablegung eines Tatsachengeständnisses gewertet. Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen und bei Bedachtnahme auf das aus dem Spruch ersichtliche Urteil, mit dem der Angeklagte wegen des Verbrechens des schweren Betruges nach § 146, 147 Abs. 3 StGB zu 15 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt wurde, erschien die ausgesprochene Zusatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 2 Jahren und 9 Monaten angemessen, da bei gemeinsamer Aburteilung aller dem Angeklagten in diesem Verfahren und im Urteil vom 11. Dezember 1981 angelasteten Fakten eine Freiheitsstrafe von (insgesamt) vier Jahren zu verhängen gewesen wäre. Dieses Strafmaß entspricht dem Verschulden des Angeklagten und trägt auch dem Unrechtsgehalt seiner Verfehlungen Rechnung.

Mit seiner Berufung war der Angeklagte auf diese Entscheidung zu verweisen.

Der Kostenausspruch gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E03992

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

ECLI:AT:OGH0002:1982:0090OS00133.82.1109.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19821109\_OGH0002\_0090OS00133\_8200000\_000

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)