

# TE OGH 2018/4/19 12Os146/17p

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.04.2018

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat am 19. April 2018 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé und die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski, Dr. Mann und Dr. Brenner in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Gschiel, LL.M., als Schriftführerin in der Strafsache gegen Richard G\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 12 zweiter Fall, 146, 147 Abs 3, 148 erster Fall StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Wels als Schöffengericht vom 21. Dezember 2016, GZ 4 Hv 49/15s-363, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufung werden die Akten dem Oberlandesgericht Linz zugeleitet.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen in Rechtskraft erwachsenen Freispruch enthält, wurde Richard G\*\*\*\*\* im zweiten Rechtsgang (vgl zum ersten Rechtsgang 12 Os 121/14g) des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 3, 148 erster Fall StGB als Beteiligter nach § 12 zweiter Fall StGB schuldig erkannt.

Danach hat er in W\*\*\*\*\* und andernorts mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz nachstehende Personen dazu bestimmt (§ 12 zweiter Fall StGB), andere durch Täuschung über Tatsachen zu Handlungen zu verleiten, die diese in einem 300.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigten, und zwar

1./ als Geschäftsführer der O\*\*\*\*\* GmbH von 18. Oktober 2002 bis Anfang Februar 2003 verfügberechtigte Mitarbeiter der genannten Gesellschaft, die in zahlreichen Angriffen durch die Vorgabe, diese sei zahlungswillige und -fähige Vertragspartnerin, Verfügungsberechtigte einer Vielzahl im Urteil (US 3 f) namentlich genannter Unternehmen zur Lieferung von Waren veranlassten, wodurch bei diesen Unternehmen ein Schaden in Höhe von 4.379.125,66 Euro herbeigeführt wurde;

2./ als Geschäftsführer der G\*\*\*\*\* KG in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung betrügerischen Handlungen eine nicht bloß geringfügig (US 54 f) fortlaufende Einnahme zu verschaffen, von 4. Jänner 2010 bis 12. Oktober 2011 zwei abgesondert verfolgte Mitarbeiter dieser Gesellschaft sowie nicht näher feststellbare

Mitarbeiter der S\*\*\*\*\* SA, die in zahlreichen Angriffen (womit durch mehr als zwei Taten) durch die Bekanntgabe unrichtiger Verladegewichte von Zügen Verfügungsberechtigte der I\*\*\*\*\* GmbH und der R\*\*\*\*\* AG zur Verrechnung von geringeren als vertraglich vereinbarten Entgelten für Transportleistungen bzw zur Erbringung vertraglich nicht vereinbarter Transportleistungen veranlassten, wodurch bei den letztgenannten Gesellschaften ein Schaden in Höhe von ca 700.000 Euro herbeigeführt wurde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 3, 4, 5, 5a und 9 lit a StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, der keine Berechtigung zukommt.

Zu 2./ des Schulterspruchs bezieht sich die Verfahrensrüge (Z 4) auf die Abweisung des vom Angeklagten in der Hauptverhandlung am 21. Dezember 2016 (ON 362 S 22 ff) gestellten Beweisantrags auf Beauftragung des Sachverständigen Mag. K\*\*\*\*\* mit „einer Ergänzung oder einer Überprüfung seiner bisherigen gutachterlichen Aussage zur Höhe des nach den vorliegenden Gutachten, je nach dem welche Variante man rechnet, der R\*\*\*\*\* AG oder der I\*\*\*\*\* GmbH, entstandenen Schadens ... unter Berücksichtigung des Umstands oder der Tatsache, dass die in den 'Sauerdateien' aufscheinenden Gewichte nicht den tatsächlichen Ladungsgewichten oder Gesamtgewichten der Züge entsprechen“. Begründend wird ausgeführt, dass das LKA bei den Berechnungen der Schadenshöhe davon ausgeht, dass die in den „Sauerdateien“ aufscheinenden Gewichte die tatsächlichen Gewichte waren und die Differenz zwischen den teils falschen „Sauerdateien“ und den Avisogewichten die vorgenommene Manipulation darstelle. Der Beweisantrag bezieht sich auf in der Hauptverhandlung vorgelegte Urkunden, nämlich CMR-Frachtbriefe zu acht Zügen, aus welchen sich ergebe, dass bei sechs Zügen das Gewicht in der „Sauerdatei“ nicht richtig sei.

Mit der Bezeichnung „Sauerprogramm“ oder „Sauersoftware“ wird jene Software bezeichnet, die von der G\*\*\*\*\* KG zur Bearbeitung von Speditionsaufträgen verwendet wurde. Die Summe an Daten, die in diesem Programm erfasst und gespeichert wurde, wird „Sauerdatei“ genannt (US 41).

In Übereinstimmung mit dem Erstgericht läuft diese Antragstellung auf eine im Hauptverfahren unzulässige Erkundungsbeweisführung hinaus. Ziel des Beweisantrags ist nämlich, abzuklären, ob von bestimmten Beweisen eine weitere Aufklärung zu erwarten ist (RIS-Justiz RS0118123 [T2]). Dem Beweisantrag lässt sich kein Vorbringen entnehmen, hinsichtlich welcher Ladeeinheiten die beantragte Beweisaufnahme ergeben sollte, dass die Daten in den Abgangsavisos den tatsächlichen Gegebenheiten entsprachen. Im Übrigen wird nicht klar gemacht, inwiefern betreffend die Züge in Richtung Süd-Nord der Beweisantrag geeignet sein sollte, erhebliche Tatsachen zu beweisen, weil diesbezüglich keine „Sauerdateien“ ausgewertet wurden, sondern die Feststellungen nur aufgrund von Differenzen zwischen Abgangsavisos und Verwiegeprotokollen getroffen werden konnten. Außerdem hat das Erstgericht bei den Zügen, zu denen vom Angeklagten die CMR-Dokumente vorgelegt wurden und bei denen sich ergab, dass die „Sauerdateien“ nicht das tatsächliche Gewicht wiedergaben, ohnehin keine Manipulation angenommen und darüber hinaus amtswegig die „Sauerdateien“ analysiert (US 113 ff). Damit korreliert Punkt 2./ des Freispruchs (US 11 f).

Betreffend 1./ des Schulterspruchs bezieht sich die Mängelrüge (Z 5 dritter Fall) auf die tatrichterliche Konstatierung, wonach nicht ausgeschlossen werden könne, dass durch eine Kreditaufnahme durch die O\*\*\*\*\* GmbH im Jahr 2002 deren Krisensituation überbrückt und die Gesellschaft nachhaltig hätte saniert werden können und bei entsprechender Antragstellung von der Ob\*\*\*\*\* AG weitere Mittel zur Verfügung gestellt worden wären, sowie die weitere Feststellung, wonach die GmbH spätestens am 30. September 2002 – ohne Zuführung von Liquidität von außen durch Kreditaufnahme, Stundung oder Kapitalaufstockung – objektiv zahlungsunfähig war (US 26 f). Inwiefern diese Feststellungen zueinander in einem unauflöslichen Widerspruch stehen sollten, wird nicht klar (vgl RIS-Justiz RS0117402).

Der Begründungsmangel der Undeutlichkeit (Z 5 erster Fall) liegt dann vor, wenn nicht unzweifelhaft erkennbar ist, ob eine entscheidende Tatsache in den Entscheidungsgründen festgestellt wurde oder auch aus welchen Gründen die Feststellung entscheidender Tatsachen erfolgt ist (RIS-Justiz RS0117995).

Mit dem Hinweis auf die erstgerichtlichen Erwägungen, es sei „ein Graubereich zwischen Schadenseintritt infolge [Zahlungs-]Unfähigkeit oder [Zahlungs-]Unwilligkeit anzunehmen“ (US 107), wird dieser Begründungsmangel aber nicht dargestellt.

Das in diesem Zusammenhang erstattete Vorbringen, „der für eine Strafbarkeit nach §§ 146 ff StGB erforderliche Schädigungsvorsatz [werde] ab Kenntnis des Gemeinschuldners vom Vorliegen der objektiven Zahlungsunfähigkeit de facto unwiderleglich vermutet, während bei Vorliegen bloßer Zahlungsunwilligkeit dem Gemeinschuldner nachgewiesen werden muss, dass er diese Zahlungsunwilligkeit zu keinem späteren Zeitpunkt wieder revidiert hat bzw mit hoher Wahrscheinlichkeit auch nicht revidiert hätte“, entspricht keinem der Fälle der Z 5 des § 281 Abs 1 StPO und übt bloß unzulässige Beweiswürdigungskritik.

Entgegen dem weiteren Beschwerdevorbringen liegt Widersprüchlichkeit (Z 5 dritter Fall) der Feststellungen zur subjektiven Zahlungsunfähigkeit nicht vor. Die Konstatierung, wonach der Angeklagte spätestens ab 18. Oktober 2002 wusste, dass die O\*\*\*\*\* GmbH durch dauernden Mangel an flüssigen Mitteln nicht imstande war, alle fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen (US 31), steht nicht im Widerspruch zu der bereits angesprochenen Konstatierung, wonach nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Ob\*\*\*\*\* AG im Jahr 2002 einen Antrag der O\*\*\*\*\* GmbH auf weitere Kreditgewährung bewilligt hätte (US 24). Der Rechtsmittelwerber lässt die Feststellung außer Acht, wonach er trotz seines Wissens um die Liquiditätslage der Gesellschaft von 1. bis 17. Oktober 2002 keine Handlungen setzte, um ihr zusätzliche Mittel von außen zuzuführen (US 27 f).

Die Ausführungen der Nichtigkeitsbeschwerde, das Erstgericht verkenne „in unrichtiger rechtlicher Beurteilung, dass es sich beim Begriff der Zahlungsunfähigkeit um einen rein objektiv zu beurteilenden Zustand handelt, welcher nicht von einem subjektiven Element, das heißt im vorliegenden Fall vom Willensentschluss des Angeklagten abhängig gemacht werden kann“, lassen sich weder einer Anfechtungskategorie der nominell angesprochenen Z 5 des § 281 Abs 1 StPO noch sonst einem Nichtigkeitsgrund zuordnen. Das gilt auch für die weitere Behauptung, das Erstgericht vermische die Begrifflichkeiten der Zahlungsunwilligkeit sowie der Zahlungsunfähigkeit. Eine meritorische Erwiderung ist dem Obersten Gerichtshof damit verwehrt.

Zu 1./ des Schultspruchs bekämpft die weitere Mängelrüge (Z 5 vierter Fall) – soweit erkennbar – die Feststellungen zum Schädigungsvorsatz. Dabei verkennt sie, dass die Mängelrüge nur dann gesetzmäßig ausgeführt ist, wenn sie die Gesamtheit der Entscheidungsgründe berücksichtigt (RIS-Justiz RS0119370). Allein der Verweis auf die Verwendung der Wortfolge „ohne Zweifel“ im Rahmen der Beweiswürdigung zeigt daher keine Scheinbegründung auf.

Soweit der Nichtigkeitswerber ausführt, die erstgerichtliche Begründung, „dass der Angeklagte, der bereits über jahrelange Erfahrung mit Bankgeschäften verfügt, Kenntnis davon hatte, dass eine Aufstockung des vorgemerkten Kreditrahmens einer entsprechenden Antragstellung bedurft hätte“, stelle eine Scheinbegründung (Z 5 vierter Fall) dar, wird nicht klar, welche entscheidende Konstatierung damit bekämpft werden soll.

Die weiteren Ausführungen der Mängelrüge zu 1./ richten sich erkennbar gegen die Konstatierungen zu den Bestimmungshandlungen des Angeklagten und behaupten, es wäre in den erstgerichtlichen Erwägungen eine Scheinbegründung (Z 5 vierter Fall) zu erblicken, wonach es „ausgehend davon, dass es keinerlei Anhaltspunkte dafür [gebe], dass die Einkäufer aus eigenem Antrieb ohne entsprechende Anweisung Informationen über die Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmens an ihre Kontaktpersonen bei den Lieferanten“ weitergegeben hätten und sich diese Konstatierung „zwanglos ohne Vernehmung von Einkäufern und geschädigten Lieferanten“ treffen ließ (US 104). Damit nimmt die Nichtigkeitsbeschwerde abermals nicht Maß an der Gesamtheit der beweiswürdigenden Erwägungen und lässt insbesondere außer Acht, dass das Erstgericht sich auf die Verantwortung des Angeklagten betreffend die Frühbesprechung vom 18. Oktober 2002 stützte (US 103 f iVm S 31 f).

Betreffend die Feststellungen zum täuschungsbedingten Irrtum der Lieferanten, zu den irrtumsbedingten Vermögensverfügungen und zum Schadenseintritt bei 1./ bekämpft die weitere Mängelrüge (Z 5 vierter Fall) nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht zulässigen Schuldberufung die den Tatrichtern vorbehaltene Beweiswürdigung (US 106 f), indem behauptet wird, das Erstgericht ziehe „rein willkürliche Schlussfolgerungen“, und es wäre „bei den vorliegenden langjährigen Geschäftsbeziehungen nach der allgemeinen Lebenserfahrung keineswegs auszuschließen, dass Lieferanten trotz Bekanntseins geänderter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen bei der O\*\*\*\*\* GmbH weiterhin Warenlieferungen auf Kredit veranlasst hätten“. Im Übrigen spricht die Nichtigkeitsbeschwerde mit diesem Vorbringen inhaltlich lediglich die Abgrenzung Versuch/Vollendung und damit keinen für die Schuld- oder Subsumtionsfrage bedeutsamen Umstand an (RIS-Justiz RS0122138; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 399).

Zu 2./ des Schultspruchs behauptet die Mängelrüge, das Schöffengericht hätte die Konstatierungen zur subjektiven

Tatseite offenbar unzureichend begründet (Z 5 vierter Fall), verkennt dabei jedoch, dass der Schluss auf ein inneres Vorhaben aus äußeren Umständen durchaus zulässig ist (RIS-Justiz RS0098671). Im Übrigen lässt die Argumentation der Nichtigkeitsbeschwerde neuerlich eine Berücksichtigung der Gesamtheit der Entscheidungsgründe betreffend die subjektive Tatseite des Angeklagten vermissen (US 172 ff).

Z 5a des § 281 Abs 1 StPO will als Tatsachenrüge nur geradezu unerträgliche Feststellungen zu entscheidenden Tatsachen (das sind schuld- oder subsumtionserhebliche Tatumstände, nicht aber im Urteil geschilderte Begleitumstände oder im Rahmen der Beweiswürdigung angestellte Erwägungen) und völlig lebensfremde Ergebnisse der Beweiswürdigung durch konkreten Verweis auf aktenkundige Beweismittel (bei gleichzeitiger Bedachtnahme auf die Gesamtheit der tatrichterlichen Beweiswerterwägungen) verhindern. Tatsachenrügen, die außerhalb solcher Sonderfälle auf eine Überprüfung der Beweiswürdigung abzielen, beantwortet der Oberste Gerichtshof ohne eingehende eigene Erwägungen, um über den Umfang seiner Eingriffsbefugnisse keine Missverständnisse aufkommen zu lassen (RIS-Justiz RS0118780).

Zu 2./ des Schulterspruchs verweist die Tatsachenrüge auf die Angaben des Angeklagten und des Zeugen Jochen W\*\*\*\*\* (welche das Erstgericht im Übrigen ausführlich würdigte; US 139 ff), verkennt dabei jedoch, dass die Tatrichter der Aussage des Bereichsleiters der G\*\*\*\*\* KG Jochen W\*\*\*\*\* , er habe gegenüber dem Angeklagten einen Weisungsbruch begangen, schlicht nicht glaubten, was als Ausfluss freier Beweiswürdigung mit Nichtigkeitsbeschwerde nicht bekämpfbar ist. Soweit die Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Zusammenhang auch auf Angaben der Zeugen St\*\*\*\*\*, D\*\*\*\*\*, L\*\*\*\*\* und M\*\*\*\*\* verweist, verfehlt sie schon deshalb gesetzeskonforme Ausführung der Tatsachenrüge, weil sie es unterlässt, eine Fundstelle in den Akten anzuführen, was aber bei – wie hier – umfangreichem Aktenmaterial erforderlich ist (RIS-Justiz RS0124172 [T3]). Das gilt auch, soweit auf ein an Jochen W\*\*\*\*\* gerichtetes E-Mail „vom August 2010“ von Alexandros Dr\*\*\*\*\* Bezug genommen wird. Inwiefern ein E-Mail-Verkehr des Jochen W\*\*\*\*\* vom 21. August 2010 mit Jürgen S\*\*\*\*\* und Wilhelm P\*\*\*\*\* betreffend die mit „Zugverspätungen verbundene mangelnde Stabilität des Transportsystems“ entscheidungsrelevant sein sollte, wird nicht klar. Weiters bemängelt die Tatsachenrüge eine vom Schöffengericht vorgenommene „Wortinterpretation“ des E-Mail-Verkehrs vom 15. September 2010 zwischen Entscheidungsträgern der G\*\*\*\*\* KG und Mitarbeitern der S\*\*\*\*\* SA sowie der I\*\*\*\*\* GmbH (US 147 ff) und bezeichnet die vom Erstgericht vorgenommene Beweiswürdigung als lebensfremd.

Insgesamt gelingt es den Ausführungen der Tatsachenrüge nicht, beim Obersten Gerichtshof erhebliche Bedenken im Sinn des angeführten Nichtigkeitsgrundes zu wecken.

Die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs 1 StPO sind voneinander wesensmäßig verschieden und daher gesondert auszuführen, wobei unter Beibehaltung dieser klaren Trennung deutlich und bestimmt jene Punkte zu bezeichnen sind, durch die sich der Nichtigkeitswerber für beschwert erachtet. Soweit der Rechtsmittelwerber im Rahmen der Ausführungen zu § 281 Abs 1 Z 5 StPO ausführt, „hilfsweise wird dieser Nichtigkeitsgrund auch als Nichtigkeitsgrund gemäß § 281 Abs 1 Z 3 StPO geltend gemacht“, entspricht dies nicht der Strafprozessordnung (RIS-JustizRS0115902). Das gilt auch für den Verweis im Rahmen der Tatsachenrüge auf das Vorbringen der Mängelrüge.

Der Rechtsmittelwerber spricht solcherart keine der in § 281 Abs 1 Z 3 StPO taxativ aufgezählten Bestimmungen an, deren Beobachtung das Gesetz ausdrücklich bei sonstiger Nichtigkeit vorschreibt (RIS-Justiz RS0099128).

Die gesetzmäßige Darstellung eines materiell-rechtlichen Nichtigkeitsgrundes erfordert striktes Festhalten an dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt in seiner Gesamtheit und die auf dieser Grundlage zu führende Darlegung, dass dem Gericht bei der Beurteilung dieses Sachverhalts ein Rechtsirrtum unterlaufen sei (RIS-Justiz RS0099810). Ein Feststellungsmangel wird geltend gemacht, indem unter Hinweis auf einen nicht durch Feststellungen geklärten, jedoch durch Vorkommen in der Hauptverhandlung indizierten Sachverhalt eine vom Erstgericht nicht gezogene Konsequenz angestrebt wird, weil dieses ein Tatbestandsmerkmal, einen Ausnahmesatz (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a bis c StPO) oder eine andere rechtliche Unterstellung (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) bei der rechtlichen Beurteilung nicht in Anschlag gebracht hat (RIS-Justiz RS0118580).

An diesen Kriterien geht die zu 1./ des Schulterspruchs aus § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO ausgeführte Rüge vorbei. Sie begeht nämlich unter Hinweis auf in der Hauptverhandlung hervorgekommene Verfahrensergebnisse, die Konstatierung, „dass der Angeklagte nach Klärung der wirtschaftlichen Situation der [türkischen Partnergesellschaft] T\*\*\*\*\* unmittelbar sämtliche bis dahin fälligen Zahlungen an die Lieferanten der O\*\*\*\*\* GmbH freigegeben hätte und

auch davon ausgegangen ist, ... dass diese Zahlungen dann hätten durchgeführt werden können", „sowie dass er zu keiner Zeit bis zur Stellung des Insolvenzantrags bei Durchführung der Bestellvorgänge im Sinn eines dolus eventualis [sich] damit abgefunden und es auch nicht ernstlich für möglich gehalten [hat], dass Lieferantenverbindungen in weiterer Folge nicht zur Gänze beglichen werden“ können. Damit übergeht die Rechtsrüge jedoch die gegenteiligen Feststellungen zum Täuschungs- und zum Schädigungsvorsatz des Angeklagten (US 35 f) und verfehlt prozessordnungskonforme Darstellung materieller Nichtigkeit.

Bleibt anzumerken, dass, soweit aufgrund der durch die Tatrichter erfolgten „Neuberechnung“ der Schuldspruch 2./ zugrunde liegenden Gewichtsdifferenzen (US 5 ff und 123 ff) hinsichtlich einzelner Taten kein Schaden festgestellt wurde (US 48 iVm US 5 ff), auf Basis der zur subjektiven Tatseite des Beschwerdeführers getroffenen Konstatierungen (US 54 f) insoweit bloß Tatversuch (iS einer versuchten Bestimmung) vorliegt. Die durch (teilweise) Nichtannahme des Milderungsgrundes nach § 34 Abs 1 Z 13 StGB vorliegende, vom Angeklagten nicht geltend gemachte Nichtigkeit (§ 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO) wird vom Berufungsgericht im Rahmen der Berufungsentscheidung zu berücksichtigen sein (RIS-Justiz RS0119220 [T4]; vgl auch RS0116586).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokurator – bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über die Berufung folgt (§ 285i StPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

**Textnummer**

E121454

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0120OS00146.17P.0419.000

**Im RIS seit**

24.05.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

28.05.2018

**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)