

# TE OGH 2019/10/7 140s102/19k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.10.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 7. Oktober 2019 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Danek als Vorsitzenden, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger und Dr. Bachner-Foregger, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Setz-Hummel in Gegenwart des Schriftführers Bodinger in der Strafsache gegen Michaela V\*\*\*\*\* und einen Angeklagten wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs „2 und“ 3, 148 zweiter Fall, 15 StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen der Angeklagten und der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Schöffengericht vom 12. April 2019, GZ 23 Hv 7/19s-68, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wird zurückgewiesen.

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im schuldig sprechenden Teil, demgemäß auch im Strafausspruch, im Verfallsausspruch, im Zuspruch an die Privatbeteiligten sowie in der (teilweisen) Verweisung der Privatbeteiligten Maurice L\*\*\*\*\* und Gerhard W\*\*\*\*\* aufgehoben, und es wird die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Feldkirch verwiesen.

Die Staatsanwaltschaft und die Angeklagte werden mit ihren Berufungen, Letztere auch mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, auf diese Entscheidung verwiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde – soweit hier von Bedeutung – Michaela V\*\*\*\*\* des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs „2 und“ 3, 148 zweiter Fall, 15 StGB (I), des Vergehens der Untreue nach § 153 Abs 1 und 3 erster Fall StGB (II) und des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach §§ 12 zweiter Fall, 302 Abs 1 StGB (III) schuldig erkannt.

Danach hat sie

1/ gewerbsmäßig und mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, folgende Personen durch Täuschung über Tatsachen zu Handlungen verleitet oder (zu 1) zu verleiten versucht, welche diese in einem 300.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigten oder schädigen sollten, nämlich

1/ am 5. September 2017 in L\*\*\*\*\* Feyaz K\*\*\*\*\* durch die Vorspiegelung, eine rückzahlungswillige und -fähige Darlehensnehmerin zu sein, verbunden mit weiteren, im angefochtenen Urteil näher beschriebenen wahrheitswidrigen Behauptungen, zur Gewährung eines Darlehens von 2.000 Euro, wobei K\*\*\*\*\* ihr lediglich 1.700 Euro übergab;

2/ Ende 2017/Anfang 2018 in D\*\*\*\*\* Maurice L\*\*\*\*\* durch die Vorspiegelung,

a/ eine zahlungswillige und -fähige Käuferin zu sein, zur Übergabe einer (im angefochtenen Urteil näher beschriebenen) Immobilie im Wert von mindestens 900.000 Euro;

b/ eine rückzahlungswillige und -fähige Darlehensnehmerin zu sein, zum Kauf von Winterreifen im Wert von 500 Euro sowie zur Bezahlung von Rechnungen in der Höhe von insgesamt 4.150 Euro;

3/ Ende 2017/Anfang 2018 in D\*\*\*\*\* Christoph S\*\*\*\*\* durch wahrheitswidrige Behauptungen, insbesondere ein profitables Investment für ihn zu tätigen, zur Übergabe von 15.000 Schweizer Franken;

4/ vom 3. März bis Mai 2018 in D\*\*\*\*\* Thomas H\*\*\*\*\* insbesondere durch die Vorspiegelung, eine zahlungswillige und -fähige Auftraggeberin zu sein, zur Planung eines Swimmingpools mit integriertem Whirlpool im Wert von 10.041 Schweizer Franken;

5/ am 28. März 2018 in B\*\*\*\*\* Herwig M\*\*\*\*\* insbesondere durch die Vorspiegelung, eine rückzahlungswillige und -fähige Darlehensnehmerin zu sein, zur Übergabe von 32.000 Euro;

6/ am 4. Juni 2017 in B\*\*\*\*\* Gerhard W\*\*\*\*\* durch die wahrheitswidrige Behauptung, er erhalte von ihr ein Darlehen von 40.000 Euro, müsse dafür aber „Bearbeitungsgebühr/Vermittlungsprovision“ an sie bezahlen, zur Übergabe von 3.000 Euro;

7/ am 4. August 2018 in H\*\*\*\*\* Markus Hä\*\*\*\*\* durch die Vorspiegelung, eine zahlungswillige und -fähige Kundin zu sein, zur Durchführung einer Haarverlängerung im Wert von 1.550 Euro;

II/ in H\*\*\*\*\* und an anderen Orten ihre Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch folgende Banken in einem 5.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen geschädigt, indem sie

1/ durch Bankomatkartenbehebungen, Überweisungen, Lastschriften und Daueraufträge betreffend auf sie lautende (im angefochtenen Urteil näher bezeichnete) Konten, „ohne für die entsprechende Deckung zu sorgen bzw. in Zukunft sorgen zu wollen“, den ihr eingeräumten Kontoüberziehungsrahmen ausschöpfte, und zwar

a/ von 14. Mai bis 3. Oktober 2018 die Sp\*\*\*\*\* im Ausmaß von 5.000 Euro;

b/ von 12. Jänner bis 3. Oktober 2018 die R\*\*\*\*\* im Ausmaß von 10.498,25 Euro;

2/ von 10. April bis 3. Oktober 2018 mehrere Rechnungen von insgesamt 1.900 Euro mittels Kreditkarte bezahlte und die daraus resultierenden Forderungen der A\*\*\*\*\* nicht beglich, diese im genannten Betrag;

III/ mit dem Vorsatz, dadurch andere an deren Recht auf Datenschutz (§ 1 DSGVO) zu schädigen, eine Beamtin, nämlich die abgesondert verfolgte Bedienstete der Vo\*\*\*\*\* Jutta Sc\*\*\*\*\*, bestimmt, deren Befugnis als Organ dieses Sozialversicherungsträgers in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, zu missbrauchen, indem sie diese ersuchte, ohne dienstliche Rechtfertigung folgende „Versicherungsdaten“ abzufragen „und an sie weiterzugeben“, nämlich

1/ am 16. April 2018 den Arbeitgeber und den Wohnsitz des K\*\*\*\*\*;

2/ im Sommer 2018 den Arbeitgeber des Melih Se\*\*\*\*\*.

Weiters sprach das Erstgericht Hubert D\*\*\*\*\* vom Vorwurf (Punkt C der Anklage) frei, er habe am 28. März 2018 in B\*\*\*\*\* zu der von I/5 erfassten strafbaren Handlung beigetragen, indem er gegenüber M\*\*\*\*\* wahrheitswidrig bestätigte, von V\*\*\*\*\* 100.000 Euro erhalten zu haben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten richtet sich gegen die Schuldsprüche aus den Gründen der Z 5 sowie 9 lit a und b, jene der Staatsanwaltschaft gegen den oben wiedergegebenen Punkt des Freispruchs aus Z 5 des § 281 Abs 1 StPO.

Zur amtswegigen Maßnahme:

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden überzeugte sich der Oberste Gerichtshof, dass das angefochtene Urteil mehrfach nicht geltend gemachte Rechtsfehler mangels Feststellungen (Z 9 lit a und 10) zum Nachteil der Angeklagten aufweist, die von Amts wegen wahrzunehmen waren (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO).

Betrug setzt unter anderem den (erweiterten) Vorsatz des Täters voraus, sich oder einen Dritten durch die Handlung (Duldung oder Unterlassung) des Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern. Zu diesem Tatbestandsmerkmal enthält das Urteil (zum Schuldspruch I) keine Konstatierungen (Z 9 lit a).

Ebenso wenig traf das Erstgericht Feststellungen zu einem Vorsatz der Angeklagten hinsichtlich der durch die Betrugshandlungen jeweils herbeigeführten (konkreten) Schadensbeträge, deren Zusammenrechnung (§ 29 StGB) die Grundlage für die Annahme der Qualifikation nach § 147 Abs 3 StGB bildete. Solcherart mangelt es jedenfalls in subjektiver Hinsicht an einer ausreichenden Sachverhaltsgrundlage für die Annahme dieser Qualifikation (Z 10). Im Übrigen enthalten die Entscheidungsgründe auch in objektiver Hinsicht widersprüchliche Aussagen zur Höhe des tatsächlich zugefügten Schadens (vgl US 11, 58 und 60).

Weiters verdrängt die Qualifikation des § 147 Abs 3 StGB jene des Abs 2 zufolge Spezialität (Kirchbacher/Sadoghi in WK2 StGB § 147 Rz 61), sodass die Aufnahme beider Qualifikationen in den Schuldspruch (US 4; vgl auch ON 39 S 7) jedenfalls verfehlt ist (Z 10).

Für die Annahme der Qualifikation nach § 148 zweiter Fall StGB wiederum fehlt es an Konstatierungen zu einer auf wiederkehrende Begehung von jeweils schwerem Betrug gerichteten Absicht (Z 10; vgl US 9 iVm US 52 und 58).

Zum Schuldspruch wegen Untreue (II) stellte das Erstgericht im Wesentlichen fest, die Angeklagte habe zu II/1 jeweils den Überziehungsrahmen durch die inkriminierten Kontobehebungen und Überweisungen in Anspruch genommen und zu II/2 Rechnungen mit einer Kreditkarte bezahlt. Wesentlichen Befugnismissbrauch und Schädigungsvorsatz nahmen die Tatrichter an, weil die Angeklagte nicht „für die erforderliche Deckung“ gesorgt habe (US 20 f). Damit entbehrt auch dieser Schuldspruch der erforderlichen Sachverhaltsgrundlage (Z 9 lit a):

Die Einräumung eines Überziehungsrahmens durch die Bank entspricht einem Kontokorrentkreditvertrag. Die Bank verpflichtet sich, dem Kreditnehmer auf dessen Verlangen Zahlungsmittel derart zur Verfügung zu stellen, dass dieser sein Konto belasten darf, ohne dass dieses Deckung aufweist. Solange die Vereinbarung aufrecht besteht und der Überziehungsrahmen nicht überschritten wird, trifft den Kontoinhaber keine Pflicht zur vorzeitigen Abdeckung eines solchen (Negativ-)Saldos (8 Ob 99/09f; RIS-Justiz RS0019431). Ähnliches gilt für das Kreditkartengeschäft, dessen Wesen (wie bereits aus dem Namen erhellt) darin besteht, dem Kreditkarteninhaber die Inanspruchnahme von Leistungen eines Vertragsunternehmens ohne sofortige Bezahlung zu ermöglichen (8 Ob 38/06f; RIS-Justiz RS0032234; Heidinger in Schwimann/Kodek ABGB VI4 § 1400 Rz 21 ff). Eine Verpflichtung des Kreditkarteninhabers, die ihm gegenüber aus den Kreditkartenumsätzen resultierenden Forderungen des Kartenemittenten zu begleichen, besteht in der Regel erst, nachdem dieser die Abrechnung übermittelt hat. Der Karteninhaber ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass ein Ausgleich der Kreditkartenumsätze zu diesem Zeitpunkt (etwa durch Kontodeckung bei aufrechter Lastschriftmandat) gewährleistet ist (Schwintowski, Bankrecht 5 10/13 ff; Weber, Recht des Zahlungsverkehrs 4, 286; Fabrizy, StGB 13 § 153 Rz 20; vgl auch Bichler, Rechtliche Aspekte des Kreditkartengeschäfts, ÖBA 1986, 594 [599]; Vogel, Mißbrauch von Kreditkarten aus zivilrechtlicher Sicht, 140).

Erwarben demnach die Banken durch das inkriminierte Ausschöpfen des Überziehungsrahmens (II/1) und die Verwendung der Kreditkarte (II/2) Forderungen gegen die Angeklagte, kommt Untreue – wie bei Kreditgeschäften allgemein – insbesondere dann in Betracht, wenn (objektiv) diese Forderungen im jeweiligen Tatzeitpunkt nicht werthaltig waren (RIS-Justiz RS0094836 [T4, T6, T9, T10]; Kirchbacher/Presslauer in WK2 StGB § 153 Rz 41) sowie (subjektiv) sich das Wissen der Angeklagten im Tatzeitpunkt darauf bezog und sie überdies mit Vermögensschädigungsvorsatz handelte (in diesem Sinn ist auch RIS-Justiz RS0094498 [der Untreuestrafbarkeit durch Verwendung einer Kreditkarte bei „mangelnder Deckung“ bejaht] zu verstehen; vgl auch [die vom Erstgericht zitierte Kommentarstelle] Leukauf/Steininger/Flora, StGB 4 § 153 Rz 9). Dies bringen die Entscheidungsgründe mit der zuvor wiedergegebenen (im Wesentlichen gleichlautenden) Formulierung (vgl auch US 20 [„in weiterer Folge“] und US 49 [„in der Folge“]) nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck.

Darüber hinaus fehlen auch bei diesem Schuldspruch Feststellungen zu einem Vorsatz der Angeklagten hinsichtlich der durch die Untreuehandlungen jeweils herbeigeführten (konkreten) Schadensbeträge, deren Zusammenrechnung (§ 29 StGB) die Grundlage für die Annahme der Qualifikation nach § 153 Abs 3 erster Fall StGB bildete (Z 10).

Zum Schuldspruch III enthalten die Entscheidungsgründe keine Aussage dazu, dass die von der Angeklagten bestimmte unmittelbare Täterin überhaupt eine Befugnis, als Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte für die Vo\*\*\*\*\* vorzunehmen, also für diese hoheitlich tätig zu werden, hatte und sich das Wissen der Angeklagten auf einen

– allein vom Tatbestand erfassten (RIS-Justiz RS0105870) – Befugnismissbrauch im Rahmen der Hoheitsverwaltung bezog (vgl US 21 iVm US 49 f und 59 f). Zwar nehmen Sozialversicherungsträger (unter anderem) auch Aufgaben im Rahmen der Hoheitsverwaltung wahr (vgl 12 Os 51/06a; 14 Os 115/18w). Ob dies hier für die unmittelbare Täterin zutrifft, wird mit dem knappen Hinweis im Rahmen der Beweiswürdigung, die unmittelbare Täterin sei „Sekretärin des Leitenden Arztes“ gewesen (US 49), nicht geklärt (Z 9 lit a). Die vom Erstgericht zitierte (US 60) Entscheidung 17 Os 17/13y betraf im Übrigen die Abfrage eines Sozialversicherungsauszugs durch eine Gewerbereferentin eines Magistratischen Bezirksamts und trägt zur Lösung des vorliegenden Problems nichts bei.

Bleibt mit Blick auf die im Rahmen der Feststellungen verwendeten Formulierungen (US 21) anzumerken, dass es für die Strafbarkeit der Bestimmungstäterin (nur) darauf ankommt, dass diese mit auf (bedingt) vorsätzlichen Befugnismissbrauch der unmittelbaren Täterin und mit Rechtsschädigungsvorsatz handelt (RIS-Justiz RS0108964 [T7]).

Die aufgezeigten Rechtsfehler erfordern die Aufhebung sämtlicher Schuldsprüche, demgemäß auch des Strafausspruchs und des Adhäsionserkenntnisses wie im Spruch ersichtlich (vgl RIS-Justiz RS0101303) bei der nichtöffentlichen Beratung (§§ 285, 290 StPO).

Darauf waren die Angeklagte mit ihren Rechtsmitteln und die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung zu verweisen.

Im weiteren Verfahren wird zu beachten sein, dass Untreue (historisch betrachtet) als „Auffangtatbestand“ zum Betrug konzipiert ist. Erschleicht also jemand durch Täuschung eine Dispositionsbefugnis (durch Kontoeröffnung oder im Wege einer Kreditkarte) und liegen schon zu diesem Zeitpunkt die sonstigen (subjektiven) Tatbestandsmerkmale vor, ist nach gefestigter Rechtsprechung primär Strafbarkeit wegen Betrugs zu prüfen (RIS-Justiz RS0123004; RS0094447; Kirchbacher/Presslauer in WK2 StGB § 153 Rz 50 f; kritisch Kienapfel/Schmoller BT II2 § 153 Rz 140).

Im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Missbrauchs der Amtsgewalt ist zu berücksichtigen, dass die Information über den (aktuellen) Wohnsitz (vgl US 21 und 50) für jeden, der vom Betroffenen Vor- und Familiennamen sowie zumindest ein weiteres Merkmal (wie etwa Geburtsdatum, Geburtsort oder einen bisherigen Wohnsitz) kennt, öffentlich zugänglich ist (§ 16 Abs 1 dritter Satz MeldeG). Treffen diese Voraussetzungen auf die Angeklagte zu, kommt ein Vorsatz auf Verletzung von der Abfrage betroffener Personen an deren Recht auf Datenschutz nicht in Betracht, soweit das Ersuchen (nur) auf Bekanntgabe des Wohnsitzes gerichtet war (17 Os 1/12v; 17 Os 20/12p).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft:

Die Staatsanwaltschaft bekämpft ausschließlich die Urteilspassage zu Punkt C des Freispruchs, es könne nicht festgestellt werden, „dass Hubert D\*\*\*\*\* es ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand, dass die Erstangeklagte den Betrag allfällig nicht zurückzahlen wird“ (US 16), mit Mängelrüge (nominell Z 5 zweiter, dritter, vierter und fünfter Fall). Indem sie das Fehlen weiterer für einen Schuldspruch wegen Betrugs erforderlicher Konstatierungen (etwa zu einem auf unrechtmäßige Bereicherung gerichteten Vorsatz des Angeklagten D\*\*\*\*\*) nicht thematisiert, spricht sie keine entscheidende Tatsache an (RIS-Justiz RS0130509, RS0117499).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

#### **Textnummer**

E126307

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

ECLI:AT:OGH0002:2019:0140OS00102.19K.1007.000

#### **Im RIS seit**

16.10.2019

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.01.2022

**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)