

# TE OGH 2007/10/16 14Os80/07g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.10.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 16. Oktober 2007 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Holzweber als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Philipp und Hon. Prof. Dr. Schroll sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Maschler als Schriftführerin in der Strafsache gegen Dr. Walter G\*\*\*\*\* und weitere Angeklagte wegen des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\* sowie über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 9. März 2007, GZ 023 Hv 199/06k-133, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Eisenmenger, des Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\* und des Verteidigers Dr. Breuer zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 16. Oktober 2007 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Holzweber als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Philipp und Hon. Prof. Dr. Schroll sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Maschler als Schriftführerin in der Strafsache gegen Dr. Walter G\*\*\*\*\* und weitere Angeklagte wegen des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach Paragraph 302, Absatz eins und Absatz 2, zweiter Fall StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\* sowie über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 9. März 2007, GZ 023 Hv 199/06k-133, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Eisenmenger, des Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\* und des Verteidigers Dr. Breuer zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung der Staatsanwaltschaft, nicht aber jener des Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\* wird Folge gegeben und die Strafe auf drei Jahre erhöht.

Gemäß § 43a Abs 4 StGB wird ihm ein Strafteil von zwei Jahren unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen. Dem Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\* fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last. Gemäß Paragraph 43 a, Absatz 4, StGB wird ihm ein Strafteil von zwei Jahren unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen. Dem Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\* fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen, auch rechtskräftige Schuldsprüche der Mitangeklagten Florian M\*\*\*\*\* und Peter W\*\*\*\*\* (B.,

C.) wegen Verbrechens des versuchten schweren Betruges nach §§ 15, 146, 147 Abs 1 Z 1 erster Fall und Abs 3 StGB als Beteiligte nach § 12 zweiter Fall StGB und einen rechtskräftigen Freispruch des Mitangeklagten Helmut N\*\*\*\*\* enthaltenden Urteil wurde Dr. Walter G\*\*\*\*\* der Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB (A.1.) und des versuchten schweren Betruges nach §§ 15, 146, 147 Abs 1 Z 1 erster Fall und Abs 3 StGB als Beteiligter nach § 12 zweiter Fall StGB (A.2.) sowie des Vergehens der Veruntreuung nach § 133 Abs 1 StGB (A.3.) schuldig erkannt. Danach haben in Wien Mit dem angefochtenen, auch rechtskräftige Schuldsprüche der Mitangeklagten Florian M\*\*\*\*\* und Peter W\*\*\*\*\* (B., C.) wegen Verbrechens des versuchten schweren Betruges nach Paragraphen 15,, 146, 147 Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall und Absatz 3, StGB als Beteiligte nach Paragraph 12, zweiter Fall StGB und einen rechtskräftigen Freispruch des Mitangeklagten Helmut N\*\*\*\*\* enthaltenden Urteil wurde Dr. Walter G\*\*\*\*\* der Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt nach Paragraph 302, Absatz eins und Absatz 2, zweiter Fall StGB (A.1.) und des versuchten schweren Betruges nach Paragraphen 15,, 146, 147 Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall und Absatz 3, StGB als Beteiligter nach Paragraph 12, zweiter Fall StGB (A.2.) sowie des Vergehens der Veruntreuung nach Paragraph 133, Absatz eins, StGB (A.3.) schuldig erkannt. Danach haben in Wien

A. Dr. Walter G\*\*\*\*\*

1. Ende September 2005 mit dem Vorsatz, dadurch die Erbin nach dem am 3. Juli 2005 verstorbenen Friedrich H\*\*\*\*\*, nämlich dessen Gattin Margarete H\*\*\*\*\*, an ihren Vermögensrechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, dadurch wissentlich missbraucht, dass er als Gerichtskommissär und damit Beamter gemäß § 1 Abs 3 GKG in der Verlassenschaft nach dem am 3. Juli 2005 verstorbenen Friedrich H\*\*\*\*\* drei Sparbücher der P\*\*\*\*\* mit den Nummern 205.151.039 (Einlagestand zumindest 36.257,49 Euro), 114.156.417 (Einlagestand zumindest 44.600 Euro) und 114.156.424 (Einlagestand zumindest 32.000 Euro) sowie ein Sparbuch der B\*\*\*\*\* mit der Nummer 023263033162 (Einlagestand zumindest 60.700 Euro), sohin mit einem Gesamteinlagestand von zumindest 173.557,49 Euro, nicht im Verlassenschaftsverfahren AZ 7 A 119/05y des Bezirksgerichtes Liesing offenbarte, um die Sparguthaben in weiterer Folge für verlassenschaftsfremde Zwecke zu verwenden, wobei er durch die Tat einen 50.000 Euro übersteigenden Vermögensschaden von zumindest 173.557,49 Euro herbeiführte; 1. Ende September 2005 mit dem Vorsatz, dadurch die Erbin nach dem am 3. Juli 2005 verstorbenen Friedrich H\*\*\*\*\*, nämlich dessen Gattin Margarete H\*\*\*\*\*, an ihren Vermögensrechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, dadurch wissentlich missbraucht, dass er als Gerichtskommissär und damit Beamter gemäß Paragraph eins, Absatz 3, GKG in der Verlassenschaft nach dem am 3. Juli 2005 verstorbenen Friedrich H\*\*\*\*\* drei Sparbücher der P\*\*\*\*\* mit den Nummern 205.151.039 (Einlagestand zumindest 36.257,49 Euro), 114.156.417 (Einlagestand zumindest 44.600 Euro) und 114.156.424 (Einlagestand zumindest 32.000 Euro) sowie ein Sparbuch der B\*\*\*\*\* mit der Nummer 023263033162 (Einlagestand zumindest 60.700 Euro), sohin mit einem Gesamteinlagestand von zumindest 173.557,49 Euro, nicht im Verlassenschaftsverfahren AZ 7 A 119/05y des Bezirksgerichtes Liesing offenbarte, um die Sparguthaben in weiterer Folge für verlassenschaftsfremde Zwecke zu verwenden, wobei er durch die Tat einen 50.000 Euro übersteigenden Vermögensschaden von zumindest 173.557,49 Euro herbeiführte;

2. Ende Juli/Anfang August 2005 Florian M\*\*\*\*\* dazu zu bestimmen versucht, Angestellte der B\*\*\*\*\* und der P\*\*\*\*\* mit dem Vorsatz, sich und Dritte durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, unter Benützung falscher Urkunden in Verbindung mit der Behauptung, berechtigter Sparbuchinhaber zu sein, mithin durch Täuschung über Tatsachen, zur Auszahlung der Spareinlagen der vier unter Punkt A.1. angeführten Sparbücher zu verleiten, wobei durch die Tat ein 50.000 Euro übersteigender Schaden in Höhe von zumindest 173.557,40 Euro (gemeint: 173.557,49 Euro) herbeigeführt werden sollte, indem er die Sparbücher Florian M\*\*\*\*\* zusammen mit einem Lichtbildausweis des Friedrich H\*\*\*\*\* und einem durch diesen unterfertigten Zahlschein mit den Worten: „Wenn du zum Realisieren der Sparbücher die Unterschrift brauchst, dann siehst du auf dem Erlagschein, wie sie aussieht, und wenn etwas unterschrieben werden muss, dann mit der Unterschrift auf dem Zahlschein“ unter gleichzeitiger Nennung der Losungsworte übergab, wobei die Bestimmung im Hinblick auf die zu Punkt B. angeführte Tathandlung erfolglos blieb;

3. zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt nach dem 7. September 2004 ein ihm als Sachwalter der Hildegard H\*\*\*\*\* anvertrautes Gut, nämlich ein Collier mit 52 Zuchtperlen, einen Damenring, weißgold, besetzt mit einem Brillanten, zirka 0,25 Karat, sowie eine Halskette, Wallismuster, gelbgold, im Wert von zumindest 234 Euro sich mit dem Vorsatz zugeeignet, sich dadurch unrechtmäßig zu bereichern;

B. Florian M\*\*\*\*\* nach Erhalt der zu Punkt A.1. angeführten Sparbücher im August 2005 Peter W\*\*\*\*\* dazu zu bestimmen versucht, Angestellte der B\*\*\*\*\* und der P\*\*\*\*\* mit dem Vorsatz, sich und Dritte durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, unter Benützung falscher Urkunden in Verbindung mit der Behauptung, berechtigter Sparbuchinhaber zu sein, mithin durch Täuschung über Tatsachen, zur Auszahlung der Spareinlagen der vier unter Punkt A.1. angeführten, von Dr. Walter G\*\*\*\*\* zur Verwertung übergebenen Sparbücher zu verleiten, wobei durch die Tat ein 50.000 Euro übersteigender Schaden in Höhe von zumindest 173.557,49 Euro herbeigeführt werden sollte, indem er die Sparbücher Peter W\*\*\*\*\* zusammen mit einem Lichtbildausweis des Friedrich H\*\*\*\*\* bzw einer Kopie desselben und einem durch Friedrich H\*\*\*\*\* unterfertigten Zahlschein unter gleichzeitiger Nennung der Lösungsworte übergab, damit dieser die Sparbücher realisiere, wobei die Bestimmung im Hinblick auf die zu C. angeführte Tathandlung erfolglos blieb;

C. Peter W\*\*\*\*\* nach Erhalt der zu Punkt B. angeführten Sparbücher zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt vor dem 6. Oktober 2005 sowie am 24. Oktober 2005 Helmut N\*\*\*\*\* dazu bestimmt, Verantwortliche der P\*\*\*\*\* mit dem Vorsatz, sich und Dritte durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, unter Benützung falscher Urkunden in Verbindung mit der Behauptung, berechtigter Sparbuchinhaber zu sein, mithin durch Täuschung über Tatsachen, zur Auszahlung der Spareinlagen der drei unter Punkt A.1. angeführten, von Dr. Walter G\*\*\*\*\* zur Verwertung übergebenen Sparbücher der P\*\*\*\*\* zu verleiten, wobei durch die Tat ein 50.000 Euro übersteigender Schaden in Höhe von zumindest 112.857,49 Euro herbeigeführt werden sollte, indem er die Sparbücher Helmut N\*\*\*\*\* zusammen mit einem Lichtbildausweis des Friedrich H\*\*\*\*\* bzw einer Kopie desselben und zwei von ihm mit der nachgemachten Unterschrift des Friedrich H\*\*\*\*\* und den Lösungsworten versehene Auszahlungsbeläge sowie am 24. Oktober 2005 überdies eine Vollmachtsmitteilung, welche er zuvor erstellt und mit der nachgemachten Unterschrift des Friedrich H\*\*\*\*\* versehen hatte, übergab, damit dieser die Sparbücher realisiere, wobei die Tathandlung des Helmut N\*\*\*\*\* letztlich erfolglos blieb. Der zitierte Freispruch Helmut N\*\*\*\*\*s erfolgte von dem wider ihn erhobenen Anklagevorwurf, er habe am 6. Oktober 2005 versucht, Verantwortliche der P\*\*\*\*\* mit dem Vorsatz, sich und Dritte durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, durch Vorlage einer Kopie eines Lichtbildausweises des Friedrich H\*\*\*\*\* und zweier, von Peter W\*\*\*\*\* zuvor mit der nachgemachten Unterschrift des Friedrich H\*\*\*\*\* und den Lösungsworten versehener Auszahlungsbelege bei der V\*\*\*\*\* AG in Verbindung mit der Behauptung, berechtigter Sparbuchinhaber zu sein, mithin durch Täuschung über Tatsachen unter Benützung falscher Urkunden, zur Veranlassung der Umbuchung des Realisats der drei unter Punkt A.1. angeführten, von Dr. Walter G\*\*\*\*\* zur Verwertung übergebenen Sparbüchern der P\*\*\*\*\* auf ein zuvor von ihm eröffnetes Sparbuch zu verleiten, wobei durch die Tat ein Schaden in der Höhe von zumindest 112.857,49 Euro herbeigeführt werden sollte.

Gegen seinen Schuldspruch richtet sich die auf die Gründe der Z 4, 5, 5a, 9 lit a und (nominell) 10 des § 281 Abs 1 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\*, der jedoch Berechtigung nicht zukommt. Gegen seinen Schuldspruch richtet sich die auf die Gründe der Ziffer 4,, 5, 5a, 9 Litera a und (nominell) 10 des Paragraph 281, Absatz eins, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Dr. Walter G\*\*\*\*\*, der jedoch Berechtigung nicht zukommt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zu den Schuldspruchfakten A.1. und 2.:

Der Verfahrensrüge (Z 4) zuwider wurden durch die Abweisung des Antrags auf Vernehmung der Zeugen Mag. Brigitte Mo\*\*\*\*\*, Frank Mo\*\*\*\*\*, Peter Ma\*\*\*\*\*, Mag. Hans G\*\*\*\*\* und Dr. Elisabeth G\*\*\*\*\* „zum Beweis der subjektiven und objektiven Unschuld des Erstangeklagten, insbesondere auch dafür, dass er sich die Sparbücher bzw deren Wert nicht zueignen und sich unrechtmäßig bereichern wollte, sondern vielmehr von Anfang an über das Auffinden dieser Sparbücher an außenstehende Personen berichtet hat und daher keineswegs ein wie auch immer geartetes Verheimlichen, Verschweigen von ihm beabsichtigt war" (S 227 f/VII), Verteidigungsrechte nicht verletzt, weil die unter Beweis gestellte Tatsache des Mitteilens vom Sparbücherfund nicht geeignet ist, Einfluss auf die Lösung der Schuldfrage zu üben. Bei Erreichung des Beweiszieles wäre nämlich die Verübung der inkriminierten Verbrechen nach wie vor nicht ausgeschlossen, weshalb der unter Beweis gestellte Umstand für die Entscheidung über die Schuld ohne Bedeutung ist (vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 320 f). Der Verfahrensrüge (Ziffer 4,) zuwider wurden durch die Abweisung des Antrags auf Vernehmung der Zeugen Mag. Brigitte Mo\*\*\*\*\*, Frank Mo\*\*\*\*\*, Peter Ma\*\*\*\*\*, Mag. Hans G\*\*\*\*\* und Dr. Elisabeth G\*\*\*\*\* „zum Beweis der subjektiven und objektiven Unschuld des Erstangeklagten, insbesondere

auch dafür, dass er sich die Sparbücher bzw deren Wert nicht zueignen und sich unrechtmäßig bereichern wollte, sondern vielmehr von Anfang an über das Auffinden dieser Sparbücher an außenstehende Personen berichtet hat und daher keineswegs ein wie auch immer geartetes Verheimlichen, Verschweigen von ihm beabsichtigt war" (S 227 f/VII), Verteidigungsrechte nicht verletzt, weil die unter Beweis gestellte Tatsache des Mitteilens vom Sparbücherfund nicht geeignet ist, Einfluss auf die Lösung der Schuldfrage zu üben. Bei Erreichung des Beweiszieles wäre nämlich die Verübung der inkriminierten Verbrechen nach wie vor nicht ausgeschlossen, weshalb der unter Beweis gestellte Umstand für die Entscheidung über die Schuld ohne Bedeutung ist (vergleiche Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 320 f).

Weiters brachte der Angeklagte in der Hauptverhandlung unter Vorlage eines Behandlungsprotokolls über die Zeit vom 3. bis 10. Oktober 2004 (Beilage zu ON 132) vor, er habe im Oktober 2004 an Erschöpfung gelitten, und beantragte die Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachten zum Beweis dafür, dass er im behaupteten Tatzeitpunkt durch akute berufliche Überlastung aufgrund eines Burnout-Syndroms nicht diskretions- und dispositionsfähig gewesen sei (S 229/VII).

Auch dieser Beweisantrag wurde von den Tatrichtern mit Recht abgelehnt, stellen doch bloße mit einer einwöchigen Kur therapierte (psychovegetative) Erschöpfungszustände keine objektiven Momente dar, die die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten bei den viele Monate danach gesetzten (Haupt-)Taten in Frage stellen und somit Anlass für die begehrte Psychiatriierung bieten könnten (RIS-Justiz RS0097641). Bezüglich des weiteren Beschwerdevorbringens hinsichtlich der im Haftbericht attestierten Suizidgefährdung und zweier mit dem Rechtsmittel vorgelegter ärztlicher Expertisen vom Mai 2007 genügt der Hinweis, dass allein der Beweisantrag den Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofes bildet und somit auch der Oberste Gerichtshof dessen Berechtigung stets auf den Antragszeitpunkt bezogen prüft, vom Antrag abweichendes und dieses ergänzendes Vorbringen im Rechtsmittel somit unzulässig ist (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 325). Auch dieser Beweisantrag wurde von den Tatrichtern mit Recht abgelehnt, stellen doch bloße mit einer einwöchigen Kur therapierte (psychovegetative) Erschöpfungszustände keine objektiven Momente dar, die die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten bei den viele Monate danach gesetzten (Haupt-)Taten in Frage stellen und somit Anlass für die begehrte Psychiatriierung bieten könnten (RIS-Justiz RS0097641). Bezüglich des weiteren Beschwerdevorbringens hinsichtlich der im Haftbericht attestierten Suizidgefährdung und zweier mit dem Rechtsmittel vorgelegter ärztlicher Expertisen vom Mai 2007 genügt der Hinweis, dass allein der Beweisantrag den Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofes bildet und somit auch der Oberste Gerichtshof dessen Berechtigung stets auf den Antragszeitpunkt bezogen prüft, vom Antrag abweichendes und dieses ergänzendes Vorbringen im Rechtsmittel somit unzulässig ist (Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 325).

Auch die Mängelrüge (Z 5) versagt. Auch die Mängelrüge (Ziffer 5,) versagt.

Das Schöffengericht folgte der Aussage des Zweitangeklagten M\*\*\*\*\* über die Begleitumstände der Sparbuchübergabe (US 19) und stellte fest, der Beschwerdeführer habe zu diesem gesagt, er solle beim Realisieren - falls erforderlich - die auf einem Zahlschein aufscheinende Unterschrift des Verstorbenen Friedrich H\*\*\*\*\* nachmachen (S 12). Die Rüge wendet ein, der Namenszug stelle keine Unterschrift dar, denn er befinde sich auf einem nicht zu unterfertigenden Überweisungsbeleg (Auftragsbestätigung S 33/I). Die Tatsache, dass es sich bei dem Namen auf dem Zahlungsbeleg nicht um eine Unterschrift i.e.S. handelt, stellt keinen erörterungsbedürftigen Umstand dar, ist doch in diesem Zusammenhang allein entscheidungswesentlich, dass der Beschwerdeführer dem Angeklagten M\*\*\*\*\* eine Vorlage zum Nachmachen der Unterschrift überreichte. Im Übrigen ist der fragliche Namenszug nahezu ident mit der im Lichtbildausweis des Verstorbenen ersichtlichen Unterschrift (S 35/I).

Die Rüge releviert weiters die vor der Untersuchungsrichterin abgelegte Aussage des Mitangeklagten M\*\*\*\*\* vom 3. November 2005, wonach er vor dem gegenständlichen Fall noch keine Sparbücher für Dr. G\*\*\*\*\* realisieren sollte (S 345a f/I). Am 8. November 2005 gab er vor Beamten des Büros für interne Angelegenheiten an, er habe von Heinz H\*\*\*\*\* Sparbuchkopien mit dem Ersuchen übernommen, das Lösungswort herauszufinden (S 29/II). Schließlich gestand am 14. November 2005 vor Beamten des BIA ein, die Sparbuchkopien nicht von Heinz H\*\*\*\*\* , sondern vom Beschwerdeführer erhalten zu haben (S 49/II). Diese aktenkundige Widersprüchlichkeit stehe im Gegensatz zur Überzeugung des Schöffengerichts, die Angaben des Zweitangeklagten würden zueinander nicht im Widerspruch stehen (US 24). Die frühere Übernahme von Sparbuchkopien war jedoch nicht Gegenstand des dem Urteil zugrundeliegenden Strafverfahrens, sodass darauf bezugnehmende Depositionen des Mitangeklagten M\*\*\*\*\* , der seine vorerst entlastenden Angaben mit einer Freundschaft zum Beschwerdeführer und seiner Firmpateneigenschaft für einen Sohn des Erstangeklagten erklärte (S 51/II), keiner Beweiswürdigung bedurften. Entgegen der Beschwerde

(Fußnote 42) besteht zwischen der Feststellung, dass der Angeklagte M\*\*\*\*\* einen Freundschaftsdienst erbringen wollte (US 24), und jener, dass ihm eine Entlohnung von etwa 10.000 Euro in Aussicht gestellt wurde (US 12), kein erörterungsbedürftiger Widerspruch, können doch beide Urteilsannahmen nebeneinander bestehen.

Insofern die Rüge moniert, zwischen dem konstatierten Auffinden der Sparbücher und dem Entschluss des Angeklagten, sie für eigene Zwecke zu verwenden (US 10), bestehe keinerlei logische Verknüpfung, ist sie auf die ausführlichen beweiswürdigenden Erwägungen zu verweisen, die das Schöffengericht zur Annahme veranlassten, der Angeklagte habe die sich bietende äußerst günstige Gelegenheit genutzt, um sich aus reiner Gier ohne große Gefahr Geld zu holen (US 18 bis 23). Die Feststellung, dass beim Sparbuchtyp „flexibel“ jeder Überbringer einen Betrag bis zu 15.000 Euro beheben kann, bei Überschreiten jedoch nur der Kontoeröffner (US 11), entspricht entgegen der Beschwerde (Z 5 letzter Fall) exakt der Deposition der als Zeugin vernommenen informierten Vertreterin der B\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* Mag. Barbara Ma\*\*\*\*\* (US 26, S 219/VII). Im Übrigen kommt dieser Konstatierung Entscheidungsrelevanz nicht zu. Insofern die Rüge moniert, zwischen dem konstatierten Auffinden der Sparbücher und dem Entschluss des Angeklagten, sie für eigene Zwecke zu verwenden (US 10), bestehe keinerlei logische Verknüpfung, ist sie auf die ausführlichen beweiswürdigenden Erwägungen zu verweisen, die das Schöffengericht zur Annahme veranlassten, der Angeklagte habe die sich bietende äußerst günstige Gelegenheit genutzt, um sich aus reiner Gier ohne große Gefahr Geld zu holen (US 18 bis 23). Die Feststellung, dass beim Sparbuchtyp „flexibel“ jeder Überbringer einen Betrag bis zu 15.000 Euro beheben kann, bei Überschreiten jedoch nur der Kontoeröffner (US 11), entspricht entgegen der Beschwerde (Ziffer 5, letzter Fall) exakt der Deposition der als Zeugin vernommenen informierten Vertreterin der B\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* Mag. Barbara Ma\*\*\*\*\* (US 26, S 219/VII). Im Übrigen kommt dieser Konstatierung Entscheidungsrelevanz nicht zu.

Mit Punkt 3. des Beschlusses vom 15. Juni 2005, AZ 1 P 23/05f-16 (S 61 in ON 10), ermächtigte das Bezirksgericht Hietzing den Beschwerdeführer als Sachwalter, drei (weitere) Sparbücher Friedrich H\*\*\*\*\*s „zu realisieren und auf das Sachwalterkonto zu erlegen bzw neu zu veranlagen“. Die Beschwerde vertritt die Auffassung, unter „realisieren“ sei demnach der Erlag auf ein Anderkonto zu verstehen, wozu die Feststellung im Widerspruch stehe, der Angeklagte habe Sparbücher zur Realisierung ausgehändigt (US 19). Die Beschwerdebehauptung trifft nicht zu, bedeutet doch „realisieren“ im wirtschaftlichen Sprachgebrauch nichts anderes als „in Geld umwandeln“ (vgl Duden, Die Deutsche Rechtschreibung<sup>24</sup>). Gleichbleibend in diesem Sinne und nicht - wie die Rüge (Z 5 dritter Fall) behauptet - im Wortgebrauch schwankend wurde dieses Fremdwort im Urteil verwendet. Mit Punkt 3. des Beschlusses vom 15. Juni 2005, AZ 1 P 23/05f-16 (S 61 in ON 10), ermächtigte das Bezirksgericht Hietzing den Beschwerdeführer als Sachwalter, drei (weitere) Sparbücher Friedrich H\*\*\*\*\*s „zu realisieren und auf das Sachwalterkonto zu erlegen bzw neu zu veranlagen“. Die Beschwerde vertritt die Auffassung, unter „realisieren“ sei demnach der Erlag auf ein Anderkonto zu verstehen, wozu die Feststellung im Widerspruch stehe, der Angeklagte habe Sparbücher zur Realisierung ausgehändigt (US 19). Die Beschwerdebehauptung trifft nicht zu, bedeutet doch „realisieren“ im wirtschaftlichen Sprachgebrauch nichts anderes als „in Geld umwandeln“ vergleiche Duden, Die Deutsche Rechtschreibung<sup>24</sup>). Gleichbleibend in diesem Sinne und nicht - wie die Rüge (Ziffer 5, dritter Fall) behauptet - im Wortgebrauch schwankend wurde dieses Fremdwort im Urteil verwendet.

Ausgehend von der Konstatierung, dass der Beschwerdeführer als Sachwalter ohne spezielle Vollmacht über alle Konten des Friedrich H\*\*\*\*\* verfügen durfte (US 12), dränge sich der Rüge zufolge die vom Erstgericht nicht beantwortete Frage auf, weshalb der Angeklagte nicht selbst die Sparbücher eingelöst habe. Zu diesem Vorbringen ist der Beschwerdeführer auf die tatrichterliche Überzeugung hinzuweisen, dass er die Sparbücher unbemerkt (US 22) und ohne große Gefahr (US 23) realisieren wollte.

Der Nichtigkeitswerber bringt unsubstanziert vor, das Erstgericht habe an mehreren Stellen in den Entscheidungsgründen die Worte „offenbar“ bzw „offensichtlich“ benützt, stellt einen Zusammenhang mit den jeweiligen Textpassagen jedoch nicht her, sondern beschränkt sich auf die Anführung der Fundstellen und die lapidare Behauptung, schon durch Verwendung dieser beiden Wörter leide das Urteil an einem Begründungsmangel. Nichtigkeit würde allerdings nur in einer über den Gebrauch derartiger Wörter nicht hinausgehenden Begründung, also einer Scheinbegründung liegen (vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 448), wovon fallbezogen keine Rede sein kann. Der Nichtigkeitswerber bringt unsubstanziert vor, das Erstgericht habe an mehreren Stellen in den Entscheidungsgründen die Worte „offenbar“ bzw „offensichtlich“ benützt, stellt einen Zusammenhang mit den jeweiligen Textpassagen jedoch nicht her, sondern beschränkt sich auf die Anführung der Fundstellen und die lapidare Behauptung, schon durch

Verwendung dieser beiden Wörter leide das Urteil an einem Begründungsmangel. Nichtigkeit würde allerdings nur in einer über den Gebrauch derartiger Wörter nicht hinausgehenden Begründung, also einer Scheinbegründung liegen (vergleiche Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 448), wovon fallbezogen keine Rede sein kann.

Der Beschwerdeführer gab vor der Untersuchungsrichterin an, es sei geplant gewesen, dass ihn der Bankangestellte anlässlich der Realisierung der Sparbücher durch den Zweitangeklagten hätte anrufen sollen, worauf er telefonisch die Eröffnung eines Anderkontos veranlasst hätte (US 20; S 353/I). Die Rüge, wonach die Meinung des Schöffengerichts, eine derartige Vorgehensweise sei äußerst ungewöhnlich, ja offensichtlich unmöglich (US 20 f), im Gegensatz zu empirischem Wissen steht, handle es sich doch um gängige Praxis, lässt jedoch unerwähnt, dass das Schöffengericht der beweismäßigenden Erwägung darin liegt, dass diese Version in der Vernehmung vor der Polizei überhaupt nicht aufgeschieden und demnach ein zur Verteidigung aufgebautes Konstrukt sei (US 21). Diese Überlegung des Schöffengerichts ist empirisch nachvollziehbar und stellt - ungeachtet der Verwendung des Wortes „offensichtlich“ - eine mängelfreie Begründung dar, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob die fernmündliche Eröffnung eines Anderkontos gängige Praxis ist oder nicht.

Wenn der Beschwerdeführer die Urteilsauffassung kritisiert, „besonders absurd“ sei seine Behauptung, er habe sich die Bestimmung des § 6 GKG in seine Kanzlei faxen lassen müssen (US 23 vorletzter Absatz), so reißt er neuerlich eine Textpassage aus ihrem Zusammenhang, befasst sich doch der betreffende Absatz mit der Frage, ob ihm diese Gesetzesbestimmung bekannt war. Das Erstgericht nahm sehr wohl Bezug auf die das Telefax betreffende Einlassung des Angeklagten (vgl Klammerzitat: S 355e in ON 18), hielt es jedoch für absurd, dass er sich die Kenntnis mittels Faxes beschaffen musste, sei doch anzunehmen, in seiner Kanzlei habe sich eine Ausgabe des Gerichtskommissärsgesetzes befunden, was der Angeklagte im Übrigen in der Hauptverhandlung einräumte (S 141/VII). Somit wird die Aussage des Beschwerdeführers aktengetreu berücksichtigt, ihr jedoch mängelfrei nicht gefolgt. Wenn der Beschwerdeführer die Urteilsauffassung kritisiert, „besonders absurd“ sei seine Behauptung, er habe sich die Bestimmung des Paragraph 6, GKG in seine Kanzlei faxen lassen müssen (US 23 vorletzter Absatz), so reißt er neuerlich eine Textpassage aus ihrem Zusammenhang, befasst sich doch der betreffende Absatz mit der Frage, ob ihm diese Gesetzesbestimmung bekannt war. Das Erstgericht nahm sehr wohl Bezug auf die das Telefax betreffende Einlassung des Angeklagten (vergleiche Klammerzitat: S 355e in ON 18), hielt es jedoch für absurd, dass er sich die Kenntnis mittels Faxes beschaffen musste, sei doch anzunehmen, in seiner Kanzlei habe sich eine Ausgabe des Gerichtskommissärsgesetzes befunden, was der Angeklagte im Übrigen in der Hauptverhandlung einräumte (S 141/VII). Somit wird die Aussage des Beschwerdeführers aktengetreu berücksichtigt, ihr jedoch mängelfrei nicht gefolgt.

Die Behauptung, die Wiedergabe der unerörterte Widersprüche enthaltenden Depositionen des Zweitangeklagten (US 19 f) sei aktenwidrig erfolgt, hält einer Überprüfung nicht stand. Vielmehr hat der Angeklagte M\*\*\*\*\* auch nach Vorhalten im Kern stets gleichbleibend angegeben, dass er die Sparbücher für den Angeklagten realisieren sollte (S 173 ff/VII). Im Übrigen können Sparbucheinlagen sowohl durch Barbehebung als auch durch Umwandlung in stets und von jedermann behebare Sparbücher mit einem diesbezüglich zulässigen geringeren Einlagestand realisiert werden.

Schließlich erblickt die Beschwerde Undeutlichkeit und einen inneren Widerspruch hinsichtlich der Annahme, dass sich der Angeklagte entschloss, die aufgefundenen Sparbücher für eigene Zwecke zu verwenden (US 10), und der beweismäßigenden Erwägung, der Beschwerdeführer hätte eine andere Vorgangsweise gewählt, wäre er nicht von der zumindest grundsätzlich möglichen Realisierbarkeit ausgegangen (US 22). Durch die tatrichterliche Überlegung wird jedoch lediglich widerspruchsfrei zum Ausdruck gebracht, der Erstangeklagte hätte wohl nicht den inkriminierten Weg gewählt, hätte er nicht die Realisierung durch den Zweitangeklagten für möglich gehalten, wobei es als nicht entscheidungswesentlich dahingestellt bleiben mag, wie er im Falle fehlenden Glaubens an die Einlösbarkeit vorgegangen wäre. Die Tatsachenrüge (Z 5a) schließt an die in der Mängelrüge aufgestellte Behauptung an, es würde dem Urteil an einer Begründung gebrechen, weshalb der Beschwerdeführer die Sparbücher nicht selbst eingelöst habe, zumal die Zeugin Mag. Ma\*\*\*\*\* ausgesagt habe, dass der Angeklagte als Sachwalter über alle Konten des Friedrich H\*\*\*\*\* verfügen konnte (S 225 f/VII). Schließlich erblickt die Beschwerde Undeutlichkeit und einen inneren Widerspruch hinsichtlich der Annahme, dass sich der Angeklagte entschloss, die aufgefundenen Sparbücher für eigene Zwecke zu verwenden (US 10), und der beweismäßigenden Erwägung, der Beschwerdeführer hätte eine andere Vorgangsweise gewählt, wäre er nicht von der zumindest grundsätzlich möglichen Realisierbarkeit ausgegangen (US 22). Durch die tatrichterliche Überlegung wird jedoch lediglich widerspruchsfrei zum Ausdruck gebracht, der Erstangeklagte hätte wohl nicht den inkriminierten Weg gewählt, hätte er nicht die Realisierung durch den

Zweitangeklagten für möglich gehalten, wobei es als nicht entscheidungswesentlich dahingestellt bleiben mag, wie er im Falle fehlenden Glaubens an die Einlösbarkeit vorgegangen wäre. Die Tatsachenrüge (Ziffer 5 a,) schließt an die in der Mängelrüge aufgestellte Behauptung an, es würde dem Urteil an einer Begründung gebrechen, weshalb der Beschwerdeführer die Sparbücher nicht selbst eingelöst habe, zumal die Zeugin Mag. Ma\*\*\*\*\* ausgesagt habe, dass der Angeklagte als Sachwalter über alle Konten des Friedrich H\*\*\*\*\* verfügen konnte (S 225 f/VII).

Bedenken, geschweige denn solche erheblichen Ausmaßes, an der Urteilsannahme, der Angeklagte habe sich für die gegenständliche Vorgangsweise entschieden, um unerkannt zu bleiben (US 22) und die Gefahr, entdeckt zu werden, zu minimieren (US 23), vermag die Rüge nicht auszulösen.

Dem im Rahmen der Rechtsrüge (Z 9 lit a) zum Schuldspruchfaktum A.1. erhobenen Einwand, der Beschwerdeführer sei - entgegen den Urteilsannahmen (US 10 letzter Absatz) - vom Bezirksgericht Liesing gar nicht zum Gerichtskommissär bestellt worden, genügt es zu erwidern, dass gemäß § 2 Abs 1 GKG idF des Außerstreit-Begleitgesetzes, BGBl I 2003/112, jener Notar die im § 1 Abs 1 Z 1 GKG bezeichneten Amtshandlungen (Verlassenschaftssachen) als Gerichtskommissär durchzuführen hat, dessen Zuständigkeit sich aus der Verteilungsordnung ergibt. Dem im Rahmen der Rechtsrüge (Ziffer 9, Litera a,) zum Schuldspruchfaktum A.1. erhobenen Einwand, der Beschwerdeführer sei - entgegen den Urteilsannahmen (US 10 letzter Absatz) - vom Bezirksgericht Liesing gar nicht zum Gerichtskommissär bestellt worden, genügt es zu erwidern, dass gemäß Paragraph 2, Absatz eins, GKG in der Fassung des Außerstreit-Begleitgesetzes, BGBl römisch eins 2003/112, jener Notar die im Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, GKG bezeichneten Amtshandlungen (Verlassenschaftssachen) als Gerichtskommissär durchzuführen hat, dessen Zuständigkeit sich aus der Verteilungsordnung ergibt.

Seit dem am 1. Jänner 2005 erfolgten Inkrafttreten des Außerstreitgesetzes, BGBl I 2003/111, und des erwähnten Begleitgesetzes wird nicht mehr von einem „bestellten Gerichtskommissär“ gesprochen; vielmehr folgt in den Fällen des obligatorischen Gerichtskommissariats die Verpflichtung des Notars zur Durchführung der Amtshandlungen als Gerichtskommissär direkt aus § 2 Abs 1 GKG (ex lege-Zuständigkeit des Gerichtskommissärs), ohne dass ein gerichtlicher Bestellungsbeschluss nötig wäre (Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 35; Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup>, GKG § 2 Rz 1). Seit dem am 1. Jänner 2005 erfolgten Inkrafttreten des Außerstreitgesetzes, BGBl römisch eins 2003/111, und des erwähnten Begleitgesetzes wird nicht mehr von einem „bestellten Gerichtskommissär“ gesprochen; vielmehr folgt in den Fällen des obligatorischen Gerichtskommissariats die Verpflichtung des Notars zur Durchführung der Amtshandlungen als Gerichtskommissär direkt aus Paragraph 2, Absatz eins, GKG (ex lege-Zuständigkeit des Gerichtskommissärs), ohne dass ein gerichtlicher Bestellungsbeschluss nötig wäre (Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 35; Wagner/Knechtel, Notariatsordnung<sup>6</sup>, GKG Paragraph 2, Rz 1).

Vorliegend wurde der Angeklagte Dr. G\*\*\*\*\* nach dem Verteilungsschlüssel des Bezirksgerichtes Liesing mit dem Todesfall Friedrich H\*\*\*\*\* betraut und damit Gerichtskommissär. Als solcher war er gemäß § 1 Abs 3 letzter Halbsatz GKG Beamter im Sinne des Strafgesetzes. Die Rüge legt nicht dar, aufgrund welcher Verfahrensergebnisse festzustellen gewesen wäre, der Beschwerdeführer sei in der gegenständlichen Verlassenschaftssache nicht zum Gerichtskommissär berufen gewesen. Vorliegend wurde der Angeklagte Dr. G\*\*\*\*\* nach dem Verteilungsschlüssel des Bezirksgerichtes Liesing mit dem Todesfall Friedrich H\*\*\*\*\* betraut und damit Gerichtskommissär. Als solcher war er gemäß Paragraph eins, Absatz 3, letzter Halbsatz GKG Beamter im Sinne des Strafgesetzes. Die Rüge legt nicht dar, aufgrund welcher Verfahrensergebnisse festzustellen gewesen wäre, der Beschwerdeführer sei in der gegenständlichen Verlassenschaftssache nicht zum Gerichtskommissär berufen gewesen.

Weiters wird in der Beschwerde und in dem vom Nichtigkeitswerber vorgelegten Rechtsgutachten die Ansicht vertreten, die Bestellung des Angeklagten zum Gerichtskommissär (richtig: die Betrauung mit dieser Funktion) sei absolut nichtig gewesen, sei er doch als Sachwalter des Verstorbenen gemäß § 6 Abs 1 GKG iVm § 20 Z 3 JN von der Funktion eines Gerichtskommissärs ausgeschlossen gewesen. Diesem Vorbringen zuwider ist jedoch zwischen der Innehabung des Amtes und der prozessrechtlichen Folgewirkung von Amtshandlungen des ausgeschlossenen Funktionsträgers zu unterscheiden. Freilich können Ausschließungsgründe Nichtigkeit des Verfahrens begründen (Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 51 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 22 Abs 4 JN und § 477 Abs 1 Z 1 ZPO), doch hat das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes keineswegs die Ungültigkeit der gemäß § 2 Abs 1 GKG ex lege eingetretenen Betrauung zur Folge, weil der Notar gemäß § 1 Abs 3 GKG bei Besorgung der ihm durch Gesetz übertragenen Amtshandlungen als Gerichtskommissär handelt. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Erfordernis der Rechtssicherheit, sondern auch aus dem Gesetz. Gemäß § 6 Abs 1 zweiter Satz GKG hat nämlich der Notar den

Ausschließungsgrund dem Gericht anzuzeigen. Nur wenn der Richter das Vorliegen eines derartigen Grundes für gegeben erachtet, hat er gemäß § 6 Abs 1 Z 1 GKG auszusprechen, welcher andere Notar als Gerichtskommissär tätig zu werden hat. Bis zu diesem Ausspruch des Gerichtes versieht demnach ein Notar ungeachtet eines vorliegenden Ausschließungsgrundes das Amt des Gerichtskommissärs. Indem die Rüge weiters ins Treffen führt, die Todfallsaufnahme sei weder von der Partei noch vom Gerichtskommissär unterfertigt worden und daher lediglich als Entwurf anzusehen (vgl ON 11: Kopie des Aktes AZ 7 A 119/07y des Bezirksgerichts Liesing), legt sie nicht dar, aus welchem Grund die getroffenen Konstatierungen, wonach der Angeklagte die Todfallsaufnahme errichtete, in diese eine unwahre Parteienangabe über das Nichtvorhandensein von Sparbüchern aufnahm und diese dann der Sachwalterin der erblasserischen Witwe zur Unterfertigung übermittelte (US 10 f), zur verlässlichen rechtlichen Beurteilung des Urteilssachverhalts, der ihm die Nichtoffenbarung der gegenständlichen Sparbücher im betreffenden Verlassenschaftsverfahren zur Last legt (US 3), nicht ausreichen. Weiters wird in der Beschwerde und in dem vom Nichtigkeitswerber vorgelegten Rechtsgutachten die Ansicht vertreten, die Bestellung des Angeklagten zum Gerichtskommissär (richtig: die Betrauung mit dieser Funktion) sei absolut nichtig gewesen, sei er doch als Sachwalter des Verstorbenen gemäß Paragraph 6, Absatz eins, GKG in Verbindung mit Paragraph 20, Ziffer 3, JN von der Funktion eines Gerichtskommissärs ausgeschlossen gewesen. Diesem Vorbringen zuwider ist jedoch zwischen der Innehabung des Amtes und der prozessrechtlichen Folgewirkung von Amtshandlungen des ausgeschlossenen Funktionsträgers zu unterscheiden. Freilich können Ausschließungsgründe Nichtigkeit des Verfahrens begründen (Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 51 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Paragraph 22, Absatz 4, JN und Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO), doch hat das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes keineswegs die Ungültigkeit der gemäß Paragraph 2, Absatz eins, GKG ex lege eingetretenen Betrauung zur Folge, weil der Notar gemäß Paragraph eins, Absatz 3, GKG bei Besorgung der ihm durch Gesetz übertragenen Amtshandlungen als Gerichtskommissär handelt. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Erfordernis der Rechtssicherheit, sondern auch aus dem Gesetz. Gemäß Paragraph 6, Absatz eins, zweiter Satz GKG hat nämlich der Notar den Ausschließungsgrund dem Gericht anzuzeigen. Nur wenn der Richter das Vorliegen eines derartigen Grundes für gegeben erachtet, hat er gemäß Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer eins, GKG auszusprechen, welcher andere Notar als Gerichtskommissär tätig zu werden hat. Bis zu diesem Ausspruch des Gerichtes versieht demnach ein Notar ungeachtet eines vorliegenden Ausschließungsgrundes das Amt des Gerichtskommissärs. Indem die Rüge weiters ins Treffen führt, die Todfallsaufnahme sei weder von der Partei noch vom Gerichtskommissär unterfertigt worden und daher lediglich als Entwurf anzusehen (vergleiche ON 11: Kopie des Aktes AZ 7 A 119/07y des Bezirksgerichts Liesing), legt sie nicht dar, aus welchem Grund die getroffenen Konstatierungen, wonach der Angeklagte die Todfallsaufnahme errichtete, in diese eine unwahre Parteienangabe über das Nichtvorhandensein von Sparbüchern aufnahm und diese dann der Sachwalterin der erblasserischen Witwe zur Unterfertigung übermittelte (US 10 f), zur verlässlichen rechtlichen Beurteilung des Urteilssachverhalts, der ihm die Nichtoffenbarung der gegenständlichen Sparbücher im betreffenden Verlassenschaftsverfahren zur Last legt (US 3), nicht ausreichen.

Eine Todfallsaufnahme (§ 145 AußStrG) dient dazu, alle Umstände zu erheben, die für die Verlassenschaftsabhandlung und für allfällige pflegschaftsgerichtliche Maßnahmen erforderlich sind (Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 115). Eine Berichtspflicht des Gerichtskommissärs über die Todfallsaufnahme ist nicht mehr vorgesehen. Ein solcher - unverzüglich vorzulegender - Bericht war nur erforderlich, solange dem Gerichtskommissär jeweils einzelne Verfahrensakte zu übertragen waren. Da der Notar nun weitgehend selbständig das Verfahren bis zur Einantwortungsreife durchführen soll, ist ein Zwischenbericht über die Ergebnisse der Todfallsaufnahme jedenfalls in der Regel entbehrlich (Fucik aaO Rz 123). Eine Todfallsaufnahme (Paragraph 145, AußStrG) dient dazu, alle Umstände zu erheben, die für die Verlassenschaftsabhandlung und für allfällige pflegschaftsgerichtliche Maßnahmen erforderlich sind (Fucik, Das neue Verlassenschaftsverfahren Rz 115). Eine Berichtspflicht des Gerichtskommissärs über die Todfallsaufnahme ist nicht mehr vorgesehen. Ein solcher - unverzüglich vorzulegender - Bericht war nur erforderlich, solange dem Gerichtskommissär jeweils einzelne Verfahrensakte zu übertragen waren. Da der Notar nun weitgehend selbständig das Verfahren bis zur Einantwortungsreife durchführen soll, ist ein Zwischenbericht über die Ergebnisse der Todfallsaufnahme jedenfalls in der Regel entbehrlich (Fucik aaO Rz 123).

Daraus folgt, dass durch das das angelastete Erstellen einer unwahren Todfallsaufnahme und deren rechtserhebliche Verwendung im Verlassenschaftsverfahren durch Übersendung an die Sachwalterin der Erbin zwecks Unterfertigung, das inkriminierte Verbrechen verwirklicht wurde, ohne dass es einer bereits erfolgten Fertigung bedurft hätte.



Auch der zu Faktum A.2. geltend gemachte Mangel an Feststellungen betreffend die Sachwaltersperre liegt nicht vor, wurde vom Schöffengericht doch ohnehin konstatiert, dass im Computersystem der B\*\*\*\*\* bei der Person Friedrich H\*\*\*\*\* die Sachwalterschaft angemerkt worden war (US 11 f). Nach den Vorgaben der Bank hätte der Beschwerdeführer als bestellter Sachwalter über alle Sparbücher des Betroffenen verfügen können, ohne dass eine spezielle Vollmacht notwendig gewesen wäre (US 12 erster Absatz).

Zum Rügeeinwand, die vier Sparbücher seien wegen der Sachwaltersperre und aufgrund der Bestimmung des § 32 Abs 4 Z 2 BWG untaugliche Deliktsobjekte gewesen, ist vorzuschicken, dass mit diesem Vorbringen der Sache nicht die Untauglichkeit der Objekte, also der Sparbücher an sich, sondern die Untauglichkeit der Handlung angezweifelt wird (vgl Hager/Massauer in WK<sup>2</sup> §§ 15, 16 Rz 72, 82; 15 Os 72/00). Zum Rügeeinwand, die vier Sparbücher seien wegen der Sachwaltersperre und aufgrund der Bestimmung des Paragraph 32, Absatz 4, Ziffer 2, BWG untaugliche Deliktsobjekte gewesen, ist vorzuschicken, dass mit diesem Vorbringen der Sache nicht die Untauglichkeit der Objekte, also der Sparbücher an sich, sondern die Untauglichkeit der Handlung angezweifelt wird vergleiche Hager/Massauer in WK<sup>2</sup> Paragraphen 15,, 16 Rz 72, 82; 15 Os 72/00).

Die Tauglichkeitsprüfung ist nach einem abstrahierenden und generalisierenden Maßstab auf Grundlage einer ex-ante-Betrachtung vorzunehmen. Für die Unterscheidung zwischen strafbarem (bloß relativ untauglichem) und straflosem (absolut untauglichem) Versuch kommt es auf den Eindruck an, den das vom Täter gesetzte Verhalten auf einen mit Durchschnittswissen ausgestatteten Dritten macht, der sowohl den Tatplan als auch die für dessen Verwirklichung in Bezug auf das Deliktssubjekt, die Deliktshandlung und das Deliktsobjekt bedeutsamen (objektiven) Umstände kennt. Muss dieser unbefangene Betrachter die Vollendung der Tat für geradezu unmöglich halten, so ist der betreffende Versuch absolut untauglich (RIS-Justiz RS0098852; SSt 53/32 = JBl 1982, 50; Burgstaller, JBl 1986, 77; Kienapfel/Höpfel AT12 Z 24 Rz 13; Fabrizy StGB9 § 15 Rz 20 bis 22). Die Tauglichkeitsprüfung ist nach einem abstrahierenden und generalisierenden Maßstab auf Grundlage einer ex-ante-Betrachtung vorzunehmen. Für die Unterscheidung zwischen strafbarem (bloß relativ untauglichem) und straflosem (absolut untauglichem) Versuch kommt es auf den Eindruck an, den das vom Täter gesetzte Verhalten auf einen mit Durchschnittswissen ausgestatteten Dritten macht, der sowohl den Tatplan als auch die für dessen Verwirklichung in Bezug auf das Deliktssubjekt, die Deliktshandlung und das Deliktsobjekt bedeutsamen (objektiven) Umstände kennt. Muss dieser unbefangene Betrachter die Vollendung der Tat für geradezu unmöglich halten, so ist der betreffende Versuch absolut untauglich (RIS-Justiz RS0098852; SSt 53/32 = JBl 1982, 50; Burgstaller, JBl 1986, 77; Kienapfel/Höpfel AT12 Ziffer 24, Rz 13; Fabrizy StGB9 Paragraph 15, Rz 20 bis 22).

Der Sachwaltervermerk steht der Annahme eines bloß relativ untauglichen Versuchs nicht entgegen, ist doch ein Fehlverhalten seitens Bankangestellter nicht von vornherein auszuschließen. Vorliegend überstiegen die Guthabensstände aller vier Sparbücher jeweils den Betrag von 15.000 Euro (US 10). Gemäß § 32 Abs 4 Z 2 BWG darf bei einem Guthabensstand von mindestens 15.000 Euro nur an den gemäß § 40 Abs 1 BWG identifizierten Kunden (hier: [US 11 zweiter Absatz]: Friedrich H\*\*\*\*\*) ausbezahlt werden. Aus der Feststellung, dass der Zweitangeklagte vom Beschwerdeführer mit einem Lichtbildausweis des Verstorbenen Friedrich H\*\*\*\*\* und einem von diesem ausgefüllten Zahlungsbeleg als Vorlage für das Nachmachen der Unterschrift ausgestattet wurde, ergibt sich, dass das Gelingen des Tatplans durchaus möglich gewesen wäre, zumal dem Zweitangeklagten in mehreren Fällen das richtige Lösungswort „Paris“ bekannt war und eines der Sparbücher gar nicht vinkuliert war (US 11 zweiter Absatz, 13 erster Absatz). Der Sachwaltervermerk steht der Annahme eines bloß relativ untauglichen Versuchs nicht entgegen, ist doch ein Fehlverhalten seitens Bankangestellter nicht von vornherein auszuschließen. Vorliegend überstiegen die Guthabensstände aller vier Sparbücher jeweils den Betrag von 15.000 Euro (US 10). Gemäß Paragraph 32, Absatz 4, Ziffer 2, BWG darf bei einem Guthabensstand von mindestens 15.000 Euro nur an den gemäß Paragraph 40, Absatz eins, BWG identifizierten Kunden (hier: [US 11 zweiter Absatz]: Friedrich H\*\*\*\*\*) ausbezahlt werden. Aus der Feststellung, dass der Zweitangeklagte vom Beschwerdeführer mit einem Lichtbildausweis des Verstorbenen Friedrich H\*\*\*\*\* und einem von diesem ausgefüllten Zahlungsbeleg als Vorlage für das Nachmachen der Unterschrift ausgestattet wurde, ergibt sich, dass das Gelingen des Tatplans durchaus möglich gewesen wäre, zumal dem Zweitangeklagten in mehreren Fällen das richtige Lösungswort „Paris“ bekannt war und eines der Sparbücher gar nicht vinkuliert war (US 11 zweiter Absatz, 13 erster Absatz).

Sogar bei Unkenntnis des Lösungswortes oder Vorlage eines verfälschten Überbringersparbuches ist der Betrugsversuch nicht absolut untauglich (RIS-Justiz RS0089975; Hager/Massauer in WK<sup>2</sup> §§ 15, 16 Rz 101). Sogar bei Unkenntnis des Lösungswortes oder Vorlage eines verfälschten Überbringersparbuches ist der Betrugsversuch nicht

absolut untauglich (RIS-Justiz RS0089975; Hager/Massauer in WK<sup>2</sup> Paragraphen 15., 16 Rz 101).

Das vom Nichtigkeitswerber mit der Beschwerdeschrift vorgelegte Rechtsgutachten will die absolute Versuchsuntauglichkeit aus dem für Sachwalter bestehenden Erfordernis eines sogenannten Rotsiegelbeschlusses des Gerichtes (§ 68 Abs 2 Geo) ableiten. Grundsätzlich ist allerdings das Fehlen eines Gerichtsbeschlusses als Formalvoraussetzung nicht geeignet, die Deliktvollendung als geradezu denkunmöglich erscheinen zu lassen, zumal Sachwalter gemäß § 154 Abs 3 ABGB iVm § 282 ABGB nur bei solchen Vermögensangelegenheiten der Betroffenen, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, die Genehmigung des Gerichtes einzuholen haben. Das vom Nichtigkeitswerber mit der Beschwerdeschrift vorgelegte Rechtsgutachten will die absolute Versuchsuntauglichkeit aus dem für Sachwalter bestehenden Erfordernis eines sogenannten Rotsiegelbeschlusses des Gerichtes (Paragraph 68, Absatz 2, Geo) ableiten. Grundsätzlich ist allerdings das Fehlen eines Gerichtsbeschlusses als Formalvoraussetzung nicht geeignet, die Deliktvollendung als geradezu denkunmöglich erscheinen zu lassen, zumal Sachwalter gemäß Paragraph 154, Absatz 3, ABGB in Verbindung mit Paragraph 282, ABGB nur bei solchen Vermögensangelegenheiten der Betroffenen, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, die Genehmigung des Gerichtes einzuholen haben.

Im Übrigen bekundete die als Zeugin vernommene informierte Vertreterin der B\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* Mag. Ma\*\*\*\*\*, in der Bankpraxis sei nur bei einer dritten, vom Sachwalter verschiedenen Personen ein Gerichtsbeschluss erforderlich (S 227/VII). Der vor den inkriminierten Taten vom Angeklagten als Sachwalter bewirkte Gerichtsbeschluss auf Realisierung von drei nicht anlagegegenständlichen Sparbüchern des Betroffenen (US 11 letzter Absatz) wäre der Zeugin zufolge gar nicht notwendig gewesen (S 225/VII).

Letztlich ist bei der Tauglichkeitsprüfung zu beachten, dass durchaus denkbar gewesen wäre, dass ein Bankbeamter bei Präsentation der Sparbücher durch Dritte eben mit dem Angeklagten Dr. G\*\*\*\*\* in dessen aus dem Vermerk ersichtlicher Funktion als Sachwalter Kontakt aufgenommen und bei dessen Zustimmung die Realisierung in die Wege geleitet hätte.

Zur weiters aufgeworfenen Frage der Verlassenschaftssperre gilt das oben Gesagte. Im Übrigen wurde diese erst nach den zu A.1. verübten Tathandlungen, nämlich erst am 12. Oktober 2005 hinsichtlich der P\*\*\*\*\*-Sparbücher gesetzt (US 12).

Die Subsumtionsrüge (nominell Z 10) setzt mit ihrer Kritik an der angenommenen Realkonkurrenz (der Sache nach daher Z 9 lit a [vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 565]) zwischen den Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt (A.1.) und des versuchten schweren Betruges (A.2.) beim Urteilssatz zu A.1. an, wonach der Angeklagte Missbrauch der Amtsgewalt begangen habe, „um die Sparguthaben in weiterer Folge für verlassenschaftsfremde Zwecke zu verwenden“. Die Subsumtionsrüge (nominell Ziffer 10,) setzt mit ihrer Kritik an der angenommenen Realkonkurrenz (der Sache nach daher Ziffer 9, Litera a, [vgl Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 565]) zwischen den Verbrechen des Missbrauchs der Amtsgewalt (A.1.) und des versuchten schweren Betruges (A.2.) beim Urteilssatz zu A.1. an, wonach der Angeklagte Missbrauch der Amtsgewalt begangen habe, „um die Sparguthaben in weiterer Folge für verlassenschaftsfremde Zwecke zu verwenden“.

Aus diesem Satzteil bloß illustrativen Inhalts ist für den Standpunkt des Beschwerdeführers allerdings nichts zu gewinnen, weil die beiden Verbrechen wohl in einem sinnfälligen Zusammenhang stehen mögen, die Annahme von Scheinkonkurrenz jedoch vorliegend daran scheitert, dass die Merkmale des Betruges bei der Begehung des Sonderdelikts nicht mitverwirklicht wurden (vgl Ratz in WK<sup>2</sup> Vorbem zu §§ 28 bis 31 Rz 26, 54). Die mit Bereicherungsvorsatz gesetzte Betrugs(Ketten-)Bestimmung wurde zwar unter Missbrauch einer Sachwalterposition, nicht aber in Form der - damals noch nicht bekannten - Eigenschaft als Gerichtskommissär, sohin Beamter, gesetzt. Aus diesem Satzteil bloß illustrativen Inhalts ist für den Standpunkt des Beschwerdeführers allerdings nichts zu gewinnen, weil die beiden Verbrechen wohl in einem sinnfälligen Zusammenhang stehen mögen, die Annahme von Scheinkonkurrenz jedoch vorliegend daran scheitert, dass die Merkmale des Betruges bei der Begehung des Sonderdelikts nicht mitverwirklicht wurden vergleiche Ratz in WK<sup>2</sup> Vorbem zu Paragraphen 28 bis 31 Rz 26, 54). Die mit Bereicherungsvorsatz gesetzte Betrugs(Ketten-)Bestimmung wurde zwar unter Missbrauch einer Sachwalterposition, nicht aber in Form der - damals noch nicht bekannten - Eigenschaft als Gerichtskommissär, sohin Beamter, gesetzt.

Die Überlegung, bei einem der beiden Verbrechen könnte es sich um eine straflose Vor- oder Nachtat handeln, geht fehl. Geht einem Missbrauch der Amtsgewalt - wie hier aufgrund des zeitlichen Tatablaufs (US 2, 3, 10, 12) - ein

allgemeines Delikt voraus, so liegt echte Konkurrenz vor (vgl Bertel in WK<sup>2</sup> § 302 Rz 139). Schließlich kommt auch der These, die - im Versuchsstadium verbliebene - Liquidierung der Sparbücher sei für den - vollendeten schadensqualifizierten (für § 302 Abs 2 zweiter Fall StGB ist Bereicherungsvorsatz nicht Voraussetzung) Missbrauch der Amtsgewalt „konstituierend“ gewesen, Berechtigung nicht zu, weil die Weitergabe der dem Nichtigkeitswerber in seiner Eigenschaft als Sachwalter zugekommenen Sparbücher zu dolosen Zwecken ihrer Art nach nicht als Amtshandlung eines Gerichtskommissärs aufgrund der ihm übertragenen Amtsgewalt gelten kann. Denn nicht alle Handlungen, die ein Beamter während seiner Dienstausbübung begeht, können als Amtsgeschäfte iSd § 302 StGB angesehen werden, sondern nur solche, die er in seiner Eigenschaft als Organ des Bundes bzw einer Gebietskörperschaft ausführt. Handlungen, die ohne Ausübung einer amtlichen Gewalt begangen werden und daher von jeder anderen Privatperson bei sich bietender Gelegenheit hätten gesetzt werden können, scheiden aus (RIS-Justiz RS0096437, RS0094532). Die Überlegung, bei einem der beiden Verbrechen könnte es sich um eine straflose Vor- oder Nachtat handeln, geht fehl. Geht einem Missbrauch der Amtsgewalt - wie hier aufgrund des zeitlichen Tatablaufs (US 2, 3, 10, 12) - ein allgemeines Delikt voraus, so liegt echte Konkurrenz vor (vergleiche Bertel in WK<sup>2</sup> Paragraph 302, Rz 139). Schließlich kommt auch der These, die - im Versuchsstadium verbliebene - Liquidierung der Sparbücher sei für den - vollendeten schadensqualifizierten (für Paragraph 302, Absatz 2, zweiter Fall StGB ist Bereicherungsvorsatz nicht Voraussetzung) Missbrauch der Amtsgewalt „konstituierend“ gewesen, Berechtigung nicht zu, weil die Weitergabe der dem Nichtigkeitswerber in seiner Eigenschaft als Sachwalter zugekommenen Sparbücher zu dolosen Zwecken ihrer Art nach nicht als Amtshandlung eines Gerichtskommissärs aufgrund der ihm übertragenen Amtsgewalt gelten kann. Denn nicht alle Handlungen, die ein Beamter während seiner Dienstausbübung begeht, können als Amtsgeschäfte iSd Paragraph 302, StGB angesehen werden, sondern nur solche, die er in seiner Eigenschaft als Organ des Bundes bzw einer Gebietskörperschaft ausführt. Handlungen, die ohne Ausübung einer amtlichen Gewalt begangen werden und daher von jeder anderen Privatperson bei sich bietender Gelegenheit hätten gesetzt werden können, scheiden aus (RIS-Justiz RS0096437, RS0094532).

Der versuchte schwere Betrug stellt sich daher auch nicht phasenweise als Ausübung der (damit missbrauchten) Befugnis des Beschwerdeführers zur Vornahme von Amtsgeschäften dar, sodass die solcherart von der Entscheidung EvBl 1989/125 (vgl RIS-Justiz RS0090968) geforderte Bedingung für die Verdrängung des allgemein strafbaren Delikts nicht erfüllt ist. Der versuchte schwere Betrug stellt sich daher auch nicht phasenweise als Ausübung der (damit missbrauchten) Befugnis des Beschwerdeführers zur Vornahme von Amtsgeschäften dar, sodass die solcherart von der Entscheidung EvBl 1989/125 (vergleiche RIS-Justiz RS0090968) geforderte Bedingung für die Verdrängung des allgemein strafbaren Delikts nicht erfüllt ist.

Die - ungleichartige - echte Realkonkurrenz zieht die Erfüllung der Schadensqualifikation bei beiden Delikten nach sich.

Zum Schuldspruchsfaktum A.3.:

Mit ihrem Einwand, die Einlassung des Angeklagten über die Verwahrung der Schmuckstücke in beschrifteten Schachteln (S 197/VI, S 155/VII) sei übergangen worden, ist die Mängelrüge (Z 5) darauf hinzuweisen, dass dieser Umstand ohnehin in die Beweiswürdigung eingeflossen ist (US 26 letzter Absatz). Doch zog das Schöffengericht aus der wechselnden Verantwortung des Beschwerdeführers und dem monatelangen Unterbleiben jeglicher Deklaration der Preziosen im Verlassenschaftsverfahren den - formal mängelfreien - Schluss auf Verwirklichung der objektiven und subjektiven Tatseite des Vergehens der Veruntreuung (US 27), sodass von einer fehlenden Begründung nicht gesprochen werden kann. Mit ihrem Einwand, die Einlassung des Angeklagten über die Verwahrung der Schmuckstücke in beschrifteten Schachteln (S 197/VI, S 155/VII) sei übergangen worden, ist die Mängelrüge (Ziffer 5,) darauf hinzuweisen, dass dieser Umstand ohnehin in die Beweiswürdigung eingeflossen ist (US 26 letzter Absatz). Doch zog das Schöffengericht aus der wechselnden Verantwortung des Beschwerdeführers und dem monatelangen Unterbleiben jeglicher Deklaration der Preziosen im Verlassenschaftsverfahren den - formal mängelfreien - Schluss auf Verwirklichung der objektiven und subjektiven Tatseite des Vergehens der Veruntreuung (US 27), sodass von einer fehlenden Begründung nicht gesprochen werden kann.

Zu den Berufungen:

Das Schöffengericht verurteilte den Angeklagten Dr. G\*\*\*\*\* nach § 302 Abs 2 StGB unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB und des § 43a Abs 4 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren, wobei es einen Strafteil von 20 Monaten unter Setzung einer dreijährigen Probezeit bedingt nachsah. Das Schöffengericht verurteilte den Angeklagten Dr. G\*\*\*\*\*

nach Paragraph 302, Absatz 2, StGB unter Anwendung des Paragraph 28, Absatz eins, StGB und des Paragraph 43 a, Absatz 4, StGB zu einer Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren, wobei es einen Strafteil von 20 Monaten unter Setzung einer dreijährigen Probezeit bedingt nachsah.

Bei der Strafbemessung wertete es als erschwerend das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, den Umstand, dass er einen anderen zu einer strafbaren Handlung verführte, sowie den besonderen Vertrauensbruch als Angehöriger eines Berufsstands, dem die Öffentlichkeit ganz besonderes Vertrauen entgegenbringt. Als mildernd wurde der bisher ordentliche Lebenswandel, der Umstand, dass es teilweise beim Versuch blieb, sowie die objektive Schadensgutmachung erachtet.

Während die Staatsanwaltschaft in ihrer Berufung eine schuldangemessene Erhöhung der Freiheitsstrafe anstrebt, begehrt der Angeklagte deren Herabsetzung, gänzliche bedingte Nachsicht und bedingte Nachsicht des gemäß § 19 Abs 1 lit f NO eingetretenen Amtsverlustes. Während die Staatsanwaltschaft in ihrer Berufung eine schuldangemessene Erhöhung der Freiheitsstrafe anstrebt, begehrt der Angeklagte deren Herabsetzung, gänzliche bedingte Nachsicht und bedingte Nachsicht des gemäß Paragraph 19, Absatz eins, Litera f, NO eingetretenen Amtsverlustes.

Nur der Berufung der Staatsanwaltschaft kommt Berechtigung zu. Die vom Erstgericht sonst richtig angeführten Strafzumessungsgründe sind noch dahin zu korrigieren, dass als erschwerend hinzutritt, dass der Rechtsmittelwerber auch noch eine weitere Person (Einverständnis zu den Aktionen des Mitangeklagten W\*\*\*\*\*; US 20) in das Strafverfahren involvierte (§ 33 Z 3 StGB), bei den Taten die Wehr- und Hilflosigkeit der betagten Besachwalterten ausnützte (Z 7 leg cit) und die Betrugstat mehrfach qualifiziert ist. Mag auch die angenommene „objektive Schadensgutmachung“ n

**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)