

# TE OGH 2004/12/7 11Os121/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.12.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 7. Dezember 2004 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Mayrhofer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Ebner, Dr. Danek, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Klenk als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Michael E\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßig schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 erster Fall, Abs 2, 148 zweiter Fall, 15 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 20. Juli 2004, GZ 22 Hv 94/04w-21, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDer Oberste Gerichtshof hat am 7. Dezember 2004 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Mayrhofer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Ebner, Dr. Danek, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Klenk als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Michael E\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßig schweren Betruges nach Paragraphen 146,, 147 Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall, Absatz 2,, 148 zweiter Fall, 15 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 20. Juli 2004, GZ 22 Hv 94/04w-21, nach Anhörung der Generalprokuratur 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 die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Michael E\*\*\*\*\* des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßig schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 dritter Fall, Abs 2, 148 zweiter Fall, 15 StGB schuldig erkannt.Mit dem angefochtenen Urteil wurde Michael E\*\*\*\*\* des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßig schweren Betruges nach Paragraphen 146,, 147 Absatz eins, Ziffer eins, dritter Fall, Absatz 2,, 148 zweiter Fall, 15 StGB schuldig erkannt.

Danach hat er von 3. Oktober 2003 bis 13. November 2003 in Linz mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, und "in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von gleichartigen Beträgereien eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, insgesamt etwa 5.000 Mitarbeiter bzw Inhaber

von Hotellerie- und Gastronomiebetrieben durch Täuschung über Tatsachen unter Benützung eines falschen Beweismittels, nämlich dadurch, dass er an diese mit falschen Namen unterfertigte Fax-Mitteilung richtete, indem er ein (tatsächlich nicht vorhandenes) Interesse an der Inanspruchnahme von Leistungen dieser Betriebe vortäuschte und um Rückantwort an eine ihm zurechenbare Faxnummer bat, wobei er durch eine von der üblichen Schreibweise abweichende Angabe dieser Nummer davon abzulenken versuchte, dass es sich hiebei um eine kostenpflichtige Mehrwertnummer handelt", somit zu Handlungen verleitet, die die Getäuschten in einem Betrag von 7.537,06 EUR am Vermögen schädigten, wobei die Taten teilweise (in etwa 2.930 Fällen) beim Versuch blieben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen aus § 281 Abs 1 Z 3, 4, 5, 9 lit a, 10 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht berechtigt. Die dagegen aus Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 3., 4, 5, 9 Litera a,, 10 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht berechtigt.

Die auf Z 3 gestützte Rüge, der Urteilsspruch führe - verglichen mit der Feststellung (US 4), eine Tonbandstimme habe bei Anwählen auf die Kosten von 3,64 EUR pro Minute hingewiesen - nicht eindeutig aus, ob auch in der Schreibweise der Faxnummer eine Täuschungshandlung zu erblicken sei, verkennt das Wesen der Anordnung des § 260 Abs 1 Z 1 StPO: Die auf Ziffer 3, gestützte Rüge, der Urteilsspruch führe - verglichen mit der Feststellung (US 4), eine Tonbandstimme habe bei Anwählen auf die Kosten von 3,64 EUR pro Minute hingewiesen - nicht eindeutig aus, ob auch in der Schreibweise der Faxnummer eine Täuschungshandlung zu erblicken sei, verkennt das Wesen der Anordnung des Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer eins, StPO:

Der Ausspruch nach dieser Gesetzesstelle hebt nur das Ergebnis der in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommenden Entscheidungsfindung formell hervor und stellt zum Zweck der Abgrenzung von anderen Taten deklarativ klar, welcher Taten der Angeklagte schuldig befunden wurde, ohne solcherart eine von den Entscheidungsgründen losgelöste Willenserklärung zum Ausdruck zu bringen. Eine Verletzung von § 260 Abs 1 Z 1 StPO liegt nur vor, wenn der Urteilstenor keine zur Individualisierung der Tat ausreichende Beschreibung enthält; die erschöpfende Aufzählung etwa aller Täuschungshandlungen bei einer Verurteilung wegen Betruges ist im Urteilsspruch hingegen nicht erforderlich (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 266, 267, auch 584; Fabrizy StPO9 § 260 Rz 2; Mayerhofer StPO5 § 260 E 18a, 21 bis 23, § 281 Z 3 E 40e). Der Ausspruch nach dieser Gesetzesstelle hebt nur das Ergebnis der in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommenden Entscheidungsfindung formell hervor und stellt zum Zweck der Abgrenzung von anderen Taten deklarativ klar, welcher Taten der Angeklagte schuldig befunden wurde, ohne solcherart eine von den Entscheidungsgründen losgelöste Willenserklärung zum Ausdruck zu bringen. Eine Verletzung von Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer eins, StPO liegt nur vor, wenn der Urteilstenor keine zur Individualisierung der Tat ausreichende Beschreibung enthält; die erschöpfende Aufzählung etwa aller Täuschungshandlungen bei einer Verurteilung wegen Betruges ist im Urteilsspruch hingegen nicht erforderlich (Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 266, 267, auch 584; Fabrizy StPO9 Paragraph 260, Rz 2; Mayerhofer StPO5 Paragraph 260, E 18a, 21 bis 23, Paragraph 281, Ziffer 3, E 40e).

Der Verfahrensrüge (Z 4) zuwider wurde der Beschwerdeführer durch die Abweisung (S 70/II) seines Antrags auf Vernehmung des Zeugen N. W\*\*\*\*\* zum Beweis dafür, er habe sich ausdrücklich darüber erkundigt, dass die Mitteilung an "Anrufer" über die Kostenpflicht der Mehrwertnummer sichergestellt sei (S 69/II), in seinen Verteidigungsrechten nicht beeinträchtigt, weil die Tatrichter den derart relevierten Umstand ohnedies als erwiesen annahmen (US 8 iVm 4) und die - noch dazu erst als Neuerung im Rechtsmittel, sohin unzulässig und unbeachtlich - daran geknüpften Ableitungen die Notwendigkeit der in Rede stehenden Beweisführung nicht zu begründen vermögen (Mayerhofer aaO § 281 Z 4 E 63a). Der Verfahrensrüge (Ziffer 4,) zuwider wurde der Beschwerdeführer durch die Abweisung (S 70/II) seines Antrags auf Vernehmung des Zeugen N. W\*\*\*\*\* zum Beweis dafür, er habe sich ausdrücklich darüber erkundigt, dass die Mitteilung an "Anrufer" über die Kostenpflicht der Mehrwertnummer sichergestellt sei (S 69/II), in seinen Verteidigungsrechten nicht beeinträchtigt, weil die Tatrichter den derart relevierten Umstand ohnedies als erwiesen annahmen (US 8 in Verbindung mit 4) und die - noch dazu erst als Neuerung im Rechtsmittel, sohin unzulässig und unbeachtlich - daran geknüpften Ableitungen die Notwendigkeit der in Rede stehenden Beweisführung nicht zu begründen vermögen (Mayerhofer aaO Paragraph 281, Ziffer 4, E 63a).

Ob der Schreibweise der Mehrwertnummer der Charakter einer Täuschungshandlung zukommt, betrifft angesichts der mängelfrei festgestellten deliktsspezifischen Täuschung über das (nicht vorhandene) Buchungsinteresse (US 4)

fallbezogen keine entscheidende Tatsache (Fabrizy aaO § 281 Rz 41a), sodass der von der Mängelrüge (Z 5) in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf einer Undeutlichkeit dahingestellt bleiben kann. Ob der Schreibweise der Mehrwertnummer der Charakter einer Täuschungshandlung zukommt, betrifft angesichts der mängelfrei festgestellten deliktspezifischen Täuschung über das (nicht vorhandene) Buchungsinteresse (US 4) fallbezogen keine entscheidende Tatsache (Fabrizy aaO Paragraph 281, Rz 41a), sodass der von der Mängelrüge (Ziffer 5,) in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf einer Undeutlichkeit dahingestellt bleiben kann.

Das in sich substratlose Vorbringen mangelnder Begründung der subjektiven Tatseite (Z 5, nominell auch Z 9 lit a) übergeht die zureichenden Ausführungen dazu in US 7, 8. Das in sich substratlose Vorbringen mangelnder Begründung der subjektiven Tatseite (Ziffer 5,, nominell auch Ziffer 9, Litera a,) übergeht die zureichenden Ausführungen dazu in US 7, 8.

Zu Unrecht wird weiters behauptet, die Feststellung, der Angeklagte konnte mit einem Schaden über 2.000 EUR rechnen, sei "gänzlich unbegründet", stützte sich das Erstgericht doch dazu aktenkonform auf die Einlassung des Angeklagten (S 59/II, 671 bis 675/I), etwa 5.000 Locksendungen abgeschickt zu haben, in Verbindung damit, dass die intendierten Antworten pro Seite 3,64 EUR kosteten (US 7). Andere Schlussfolgerungen als der auch das Überschreiten der Wertqualifikation des § 147 Abs 2 StGB umfassende bedingte Vorsatz (US 4) sind daraus nicht ableitbar (12 Os 41/03 ua). Nicht unvollständig in der Bedeutung der Z 5 blieb das Ersturteil durch Unterlassung der Erörterung der Aussagen zweier Zeuginnen (H\*\*\*\*\* S 631/I, S\*\*\*\*\* S 667/I), da die beiden nur wiedergeben konnten, dass ihnen der Angeklagte erzählt habe, sich selbstständig machen zu wollen. Zu Unrecht wird weiters behauptet, die Feststellung, der Angeklagte konnte mit einem Schaden über 2.000 EUR rechnen, sei "gänzlich unbegründet", stützte sich das Erstgericht doch dazu aktenkonform auf die Einlassung des Angeklagten (S 59/II, 671 bis 675/I), etwa 5.000 Locksendungen abgeschickt zu haben, in Verbindung damit, dass die intendierten Antworten pro Seite 3,64 EUR kosteten (US 7). Andere Schlussfolgerungen als der auch das Überschreiten der Wertqualifikation des Paragraph 147, Absatz 2, StGB umfassende bedingte Vorsatz (US 4) sind daraus nicht ableitbar (12 Os 41/03 ua). Nicht unvollständig in der Bedeutung der Ziffer 5, blieb das Ersturteil durch Unterlassung der Erörterung der Aussagen zweier Zeuginnen (H\*\*\*\*\* S 631/I, S\*\*\*\*\* S 667/I), da die beiden nur wiedergeben konnten, dass ihnen der Angeklagte erzählt habe, sich selbstständig machen zu wollen.

Die bloß in der Wiederholung der Verantwortung des Rechtsmittelwerbers im Erkenntnisverfahren bestehende weitere Beschwerdeargumentation zeigt keinen im Nichtigkeitsverfahren zu relevierenden Formalmangel der tatrichterlichen Begründung auf. Soweit der Beschwerdeführer aus Z 9 lit a und Z 10 zur subjektiven Tatseite sowohl des Grundtatbestandes als auch der Qualifikationen den substanzlosen Gebrauch der verba legalia als Feststellungsdefizit moniert, unterlässt er den für die prozessordnungsgemäße Darstellung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes notwendigen Hinweis, welche nach dem Gesetz (§§ 146, 147 Abs 1 Z 1, 148 zweiter Fall; 70 StGB) erforderliche und nach der Aktenlage indizierte Konstatierung vom Schöffengericht über die Urteilsfeststellungen (US 4) hinaus für eine sämtliche Subsumtionsaspekte tragende Sachverhaltsgrundlage noch zu treffen gewesen wäre (11 Os 19/04 uva). Die bloß in der Wiederholung der Verantwortung des Rechtsmittelwerbers im Erkenntnisverfahren bestehende weitere Beschwerdeargumentation zeigt keinen im Nichtigkeitsverfahren zu relevierenden Formalmangel der tatrichterlichen Begründung auf. Soweit der Beschwerdeführer aus Ziffer 9, Litera a und Ziffer 10, zur subjektiven Tatseite sowohl des Grundtatbestandes als auch der Qualifikationen den substanzlosen Gebrauch der verba legalia als Feststellungsdefizit moniert, unterlässt er den für die prozessordnungsgemäße Darstellung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes notwendigen Hinweis, welche nach dem Gesetz (Paragraphen 146,, 147 Absatz eins, Ziffer eins,, 148 zweiter Fall; 70 StGB) erforderliche und nach der Aktenlage indizierte Konstatierung vom Schöffengericht über die Urteilsfeststellungen (US 4) hinaus für eine sämtliche Subsumtionsaspekte tragende Sachverhaltsgrundlage noch zu treffen gewesen wäre (11 Os 19/04 uva).

Das Anzweifeln der Möglichkeit der Feststellungen zu den in Frage gestellten Qualifikationen ist ein bei Ausführung materiellrechtlicher Nichtigkeit unzulässiger, daher unbeachtlicher Angriff auf die Beweiswürdigung.

Die Spekulation (Z 10) mangelnder Erfüllung der Qualifikationsmerkmale nach § 148 zweiter Fall StGB (weil die Einzeltaten nicht wertqualifiziert im Sinne von § 147 Abs 2 StGB waren) lässt außer Acht, dass sich das Erstgericht diesbezüglich auf das Vorliegen von Umständen stützte, die sämtliche Angriffe nach § 147 Abs 1 Z 1 StGB qualifizieren (US 4, 9). Die Spekulation (Ziffer 10,) mangelnder Erfüllung der Qualifikationsmerkmale nach Paragraph 148, zweiter Fall StGB (weil die Einzeltaten nicht wertqualifiziert im Sinne von Paragraph 147, Absatz 2, StGB waren) lässt außer Acht,

dass sich das Erstgericht diesbezüglich auf das Vorliegen von Umständen stützte, die sämtliche Angriffe nach Paragraph 147, Absatz eins, Ziffer eins, StGB qualifizieren (US 4, 9).

Ebensowenig prozessordnungskonform wird schließlich die Subsumtion unter die letztgenannte Gesetzesstelle releviert: Denn die Behauptung, es liege keine Urkunde iSd § 74 Abs 1 Z 7 StGB vor, "weil Feststellungen darüber fehlen, welches Recht oder Rechtsverhältnis begründet, abgeändert oder aufgehoben wird", lässt die methodengerechte Ableitung aus den Gesetz vermissen, indem ein - und zwar der hier gerade entscheidende - Teil der Norm (nämlich das Beweisen einer Tatsache von rechtlicher Bedeutung als gleichermaßen den Urkundencharakter begründend) übergangen wird. Ebensowenig prozessordnungskonform wird schließlich die Subsumtion unter die letztgenannte Gesetzesstelle releviert: Denn die Behauptung, es liege keine Urkunde iSd Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 7, StGB vor, "weil Feststellungen darüber fehlen, welches Recht oder Rechtsverhältnis begründet, abgeändert oder aufgehoben wird", lässt die methodengerechte Ableitung aus den Gesetz vermissen, indem ein - und zwar der hier gerade entscheidende - Teil der Norm (nämlich das Beweisen einer Tatsache von rechtlicher Bedeutung als gleichermaßen den Urkundencharakter begründend) übergangen wird.

Nur der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch erwähnt, dass zufolge der rechtlichen Gleichwertigkeit der Qualifikationsfälle des § 147 Abs 1 Z 1 StGB die erstgerichtliche Einordnung der vor Abschicken mit falschen Namen unterfertigten Faxsendungen unzutreffend als falsches Beweismittel (vor BGBI I 2004/15 der dritte, nunmehr der vierte Fall in § 147 Abs 1 Z 1 StGB) anstatt richtig als falsche Urkunde (erster Fall leg cit) auf sich beruhen kann (Leukauf/Steininger Komm<sup>3</sup> § 147 RN 10; Kienapfel BT II<sup>3</sup> § 147 Rz 10; Kienapfel/Schmoller BT III § 223 Rz 49; Kirchbacher/Presslauer in WK<sup>2</sup> § 147 Rz 1, 15 - jeweils mwN). Teils mangels Beachtung des gesetzlichen Anfechtungsrahmens, teils als offenbar unbegründet war die Nichtigkeitsbeschwerde bereits nach nichtöffentlicher Beratung zurückzuweisen (§§ 285a Z 2, 285d Abs 1 StPO), woraus die Zuständigkeit des Gerichtshofes zweiter Instanz zur Erledigung der unter einem erhobenen Berufung folgt (§ 285i StPO). Die Kostenentscheidung ist in § 390a Abs 1 StPO begründet. Nur der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch erwähnt, dass zufolge der rechtlichen Gleichwertigkeit der Qualifikationsfälle des Paragraph 147, Absatz eins, Ziffer eins, StGB die erstgerichtliche Einordnung der vor Abschicken mit falschen Namen unterfertigten Faxsendungen unzutreffend als falsches Beweismittel (vor BGBI römisch eins 2004/15 der dritte, nunmehr der vierte Fall in Paragraph 147, Absatz eins, Ziffer eins, StGB) anstatt richtig als falsche Urkunde (erster Fall leg cit) auf sich beruhen kann (Leukauf/Steininger Komm<sup>3</sup> Paragraph 147, RN 10; Kienapfel BT II<sup>3</sup> Paragraph 147, Rz 10; Kienapfel/Schmoller BT römisch III Paragraph 223, Rz 49; Kirchbacher/Presslauer in WK<sup>2</sup> Paragraph 147, Rz 1, 15 - jeweils mwN). Teils mangels Beachtung des gesetzlichen Anfechtungsrahmens, teils als offenbar unbegründet war die Nichtigkeitsbeschwerde bereits nach nichtöffentlicher Beratung zurückzuweisen (Paragraphen 285 a, Ziffer 2, 285d Absatz eins, StPO), woraus die Zuständigkeit des Gerichtshofes zweiter Instanz zur Erledigung der unter einem erhobenen Berufung folgt (Paragraph 285 i, StPO). Die Kostenentscheidung ist in Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO begründet.

#### **Anmerkung**

E75847 11Os121.04

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

ECLI:AT:OGH0002:2004:0110OS00121.04.1207.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20041207\_OGH0002\_0110OS00121\_0400000\_000

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