

# TE OGH 2003/2/13 150s130/02

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.02.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 13. Februar 2003 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Markel als Vorsitzenden sowie durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag. Strieder und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schmucker, Dr. Zehetner und Dr. Danek als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Hietler als Schriftführer, in der Strafsache gegen Herbert K\*\*\*\*\* und einen weiteren Angeklagten wegen des im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) gebliebenen Verbrechens des schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Deliktsfall und Abs 3 StGB sowie anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten Günther L\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 17. Juni 2002, GZ 4 Hv 87/02g-21, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Fabrizy, des Angeklagten L\*\*\*\*\* und seines Verteidigers Mag. Dr. Schlegl zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, welches u.a. auch einen rechtskräftigen Schuldspruch des Mitangeklagten Herbert K\*\*\*\*\* wegen des als unmittelbarer Täter begangenen Verbrechens des versuchten schweren Betruges (A 1.) enthält, wurde Günther L\*\*\*\*\* des als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB begangenen, im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) gebliebenen Verbrechens des schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Deliktsfall und Abs 3 StGB (B 1.) sowie der Vergehen der Urkundenfälschung nach § 223 Abs 2 StGB (B 2.) und des Gebrauchs fremder Ausweise nach § 231 Abs 1 StGB (B 3.) schuldig erkannt.

Danach hat er ( zu B) am 18. Mai 2001

1. zu der unter Punkt A 1. des Urteilspruchs geschilderten Tat des Herbert K\*\*\*\*\* [welcher am 26. März 2001 mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten des Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, im Verfahren 1 C 16/01v des Bezirksgerichtes Weiz den Richter Dr. Harald Friedrich durch die in der mündlichen Streitverhandlung gemachte Aussage, in der kritischen Zeit der Kindesmutter Sandra Marie-Luise B\*\*\*\*\* nicht beigewohnt zu haben, wobei er zur Untermauerung der Richtigkeit seiner Behauptung sich nicht selbst, sondern Günther L\*\*\*\*\* einem dem vom Sachverständigen Univ. Prof. Dr. L\*\*\*\*\* erstatteten Gutachten zugrunde liegenden Vaterschaftstest unterzog, sohin durch Täuschung über Tatsachen und unter Benützung eines falschen Beweismittels, zur Stattgebung der Klage auf

Rechtsunwirksamkeit des Vaterschaftserkenntnisses vom 26. September 1997, mithin zu einer Handlung zu verleiten versucht, welche die Kindesmutter Sandra B\*\*\*\*\* infolge (beabsichtigter) Nichtbezahlung (oder Rückerstattung) der monatlichen Unterhaltszahlungen in einem nicht näher bekannten, jedoch 40.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigen sollte] dadurch beigetragen, dass er sich anstelle des Herbert K\*\*\*\*\* beim gerichtsmedizinischen Institut der Universität Graz dem - dem im Verfahren 1 C 16/01v des Bezirksgerichtes Weiz zu erstattenden Gutachten des Sachverständigen Univ. Doz. Dr. L\*\*\*\*\* zugrundeliegenden - Vaterschaftstest unterzog;

2. im Zuge des Vaterschaftstests das mit den Daten des Herbert K\*\*\*\*\* versehene Formblatt C mit dem Namenszug "Herbert K\*\*\*\*\*" unterfertigt und Bediensteten des gerichtsmedizinischen Instituts der Universität Graz übergeben, somit eine falsche Urkunde zum Beweis der Tatsache seiner Identität gebraucht;

3. den Reisepass des Herbert K\*\*\*\*\*, somit einen amtlichen Ausweis, durch Vorlage bei Verantwortlichen des gerichtsmedizinischen Institutes in Graz anlässlich des Vaterschaftstests gebraucht, als wäre er für ihn ausgestellt.

Nach den wesentlichen Urteilsfeststellungen entwickelte sich zwischen dem verheirateten Herbert K\*\*\*\*\* und Sandra Marie-Luise B\*\*\*\*\* Anfang des Jahres 1996 eine Liebesbeziehung, die bis Mai 1999 dauerte. Am 26. September 1997 anerkannte er vor dem Magistrat Graz die Vaterschaft zu dem am 12. September 1997 außerehelich geborenen Raphael B\*\*\*\*\* und leistete bis Mai 1999 auch regelmäßig Unterhalt. Am 8. März 2001 brachte er jedoch beim Bezirksgericht Weiz eine Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des seinerzeit abgegebenen Vaterschaftsanerkenntnisses ein. Bei seiner Vernehmung als Partei am 26. März 2001 gab er unter Eid bewusst wahrheitswidrig an, in der kritischen Zeit vom 14. November 1996 bis zum 16. März 1997 mit Sandra Marie-Luise B\*\*\*\*\* nicht geschlechtlich verkehrt zu haben. Daraufhin bestellte das Bezirksgericht Weiz den Vorstand des Institutes für gerichtliche Medizin der Universität Graz zum Sachverständigen und beauftragte ihn mit der Erstattung eines Gutachtens zur Frage des Ausschlusses des Herbert K\*\*\*\*\* als Vater des Raphael B\*\*\*\*\*.

Am 18. Mai 2001 vereinbarte K\*\*\*\*\* mit dem ihm ähnlich sehenden Günther L\*\*\*\*\*, dieser solle sich beim Institut für gerichtliche Medizin für ihn ausgeben und sich dem Vaterschaftstest unterziehen. Zum Identitätsnachweis übergab ihm K\*\*\*\*\* seinen Reisepass. Günther L\*\*\*\*\* gab sich in der Folge gegenüber Bediensteten des Instituts für gerichtliche Medizin tatsächlich als Herbert K\*\*\*\*\* aus, wies dessen Reisepass vor, unterschrieb auch ein Formblatt mit "Herbert K\*\*\*\*\*" und unterzog sich der Blutabnahme. Durch diese Täuschung veranlasste er vorsätzlich die Erstattung eines unrichtigen Gutachtens, in dem die Vaterschaft des Herbert K\*\*\*\*\* ausgeschlossen wurde.

Beiden Angeklagten kam es darauf an, den erkennenden Richter des Bezirksgerichtes Weiz zur Stattgebung der Klage auf Rechtsunwirksamkeit des Vaterschaftsanerkenntnisses zu verleiten. Ihnen war bewusst, dass sich Herbert K\*\*\*\*\* dadurch künftige Unterhaltsleistungen ersparen würde, wodurch zum Nachteil der Sandra Marie-Luise B\*\*\*\*\* ein jedenfalls 40.000 Euro übersteigender Schaden eintreten sollte. Die Vollendung des Betrugs scheiterte nur, weil einer Beamtin des Bezirksgerichtes Weiz nach Rückfragen der Akten die Divergenz zwischen der von Günther L\*\*\*\*\* auf dem Formblatt gemachten Unterschrift und jener im Reisepass aufgefallen war (US 6 bis 10).

Das Erstgericht stützte seine beweiswürdigen Erwägungen unter anderem darauf, dass Herbert K\*\*\*\*\* in einem weiteren medizinischen Gutachten zu 99,982 % als Vater des Raphael B\*\*\*\*\* festgestellt wurde. Rechtlich vertrat es die Auffassung, dass zwar im Hinblick auf § 166 Abs 1 StGB der Sohn des Herbert K\*\*\*\*\* "als Geschädigter ausscheidet", bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei aber Sandra Marie-Luise B\*\*\*\*\* "als Geschädigte des Handelns der beiden Angeklagten anzusehen, weil durch den Ausfall des Unterhaltsschuldners Herbert K\*\*\*\*\* der Schaden in ihrem Vermögen eintreten sollte" (US 12 f).

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen den Schuldspruch B 1. und 2. des Urteilssatzes vom Angeklagten L\*\*\*\*\* aus Z 9 lit a bzw 9 lit c und 10 des § 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht im Recht.

Entgegen der Rechtsrüge (Z 9 lit c) wird das festgestellte Betrugsverhalten nicht von § 166 StGB erfasst.

Nach dieser Bestimmung sind die dort genannten Vermögensdelikte nur unter der Voraussetzung privilegiert, dass ausschließlich der Ehegatte, Verwandte in gerader Linie oder Geschwister eines Täters nach § 166 Abs 1 StGB oder in Hausgemeinschaft mit diesem lebende weitere Angehörige (§ 72 StGB) geschädigt sind. Dabei ist die Verkürzung jedes Vermögensrechtes beachtlich, weil "Nachteil" nicht nur den tatbestandsmäßigen Erfolg bedeutet, sondern umfassender eine vermögensschädigende Veränderung der Güterverteilung (vgl die Dokumentation zum

Strafgesetzbuch S 177). Werden neben solchen Angehörigen auch andere Personen geschädigt - etwa die nicht in Hausgemeinschaft mit dem Täter lebende Mutter seines unehelichen Kindes - kommt § 166 StGB nicht zur Anwendung. Ist es beim Versuch geblieben, hängt die Privilegierung (was auch die Rüge zugesteht) davon ab, zu wessen Nachteil die Tat - objektiv betrachtet - bei plangemäßer Vollendung begangen worden wäre (Kirchbacher/Presslauer in WK2 § 166 Rz 8, 13, 17, 19). Nach dieser Bestimmung sind die dort genannten Vermögensdelikte nur unter der Voraussetzung privilegiert, dass ausschließlich der Ehegatte, Verwandte in gerader Linie oder Geschwister eines Täters nach § 166 Abs 1 StGB oder in Hausgemeinschaft mit diesem lebende weitere Angehörige (§ 72 StGB) geschädigt sind. Dabei ist die Verkürzung jedes Vermögensrechtes beachtlich, weil "Nachteil" nicht nur den tatbestandsmäßigen Erfolg bedeutet, sondern umfassender eine vermögensschädigende Veränderung der Güterverteilung vergleiche die Dokumentation zum Strafgesetzbuch S 177). Werden neben solchen Angehörigen auch andere Personen geschädigt - etwa die nicht in Hausgemeinschaft mit dem Täter lebende Mutter seines unehelichen Kindes - kommt § 166 StGB nicht zur Anwendung. Ist es beim Versuch geblieben, hängt die Privilegierung (was auch die Rüge zugesteht) davon ab, zu wessen Nachteil die Tat - objektiv betrachtet - bei plangemäßer Vollendung begangen worden wäre (Kirchbacher/Presslauer in WK2 § 166 Rz 8, 13, 17, 19).

Das Beschwerdebringen, bei Tatvollendung wäre für die Kindesmutter keine Mehrbelastung eingetreten, beruht auf Erwägungen, die an Stelle des konstatierten Vorhabens erfolgreicher Vaterschaftsbestreitung - mit der aus §§ 140, 166 zweiter Satz ABGB resultierenden Konsequenz der Unterhaltstragung durch die Mutter (US 9, 12) - Fälle der Uneinbringlichkeit des Kindesunterhaltes vom feststehenden Vater betreffen. Bei prozessordnungsgemäßer Geltendmachung eines materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes ist jedoch vom Urteilssachverhalt auszugehen. Dieses Gebot missachtet die Beschwerde.

Der Einwand hinwieder, die Eltern eines unehelichen Kindes stünden zueinander auch ohne Lebensgemeinschaft im "nahen" Angehörigenverhältnis (sodass es zur Privilegierung nach § 166 StGB auf die Hausgemeinschaft nicht ankäme), lässt die gebotene Ableitung aus dem Gesetz vermissen. Der Hinweis auf Argumente für die Einstufung der Eltern eines ehelichen Kindes nach Beendigung der Ehe als sogenannte weitere Angehörige, bei denen § 166 StGB zur Privilegierung Hausgemeinschaft voraussetzt (Kirchbacher/Presslauer aaO Rz 11), verlässt abermals den Boden der konstatierten Tatsachen.

Der Subsumtionsrüge (Z 10) ist zwar zuzugeben, dass die Beurteilung des Tatverhaltens in Bezug auf das vom Angeklagten mit falschem Namen unterschriebene Formblatt (B.2.) als Vergehen der Urkundenfälschung nach § 223 Abs 2 StGB im Hinblick auf den festgestellten Gebrauch des Falsifikats (nur) zur Täuschung im Rahmen des Betrugsvorhabens rechtlich verfehlt ist. Die daran geknüpfte Beschwerdeauffassung jedoch, das Urkundendelikt werde durch "§ 147 Abs 1 Z 1" StGB konsumiert, vermengt Urkunden- und Beweismittelbetrug (§ 147 Abs 1 Z 1 erster und zweiter [idF BGBl I 2002/134 dritter] Fall StGB) und verkennt die Möglichkeit echter Konkurrenz dieser Qualifikationen (Kirchbacher/Presslauer aaO § 146 Rz 10). Dem Angeklagten wäre daher rechtskonform an Stelle des Vergehens nach § 223 Abs 2 StGB zusätzlich auch noch die Qualifikation nach § 147 Abs 1 Z 1 erster Fall StGB anzulasten gewesen (Kienapfel in WK2 § 223 Rz 259). Dieser Subsumtionsfehler gereichte dem Angeklagten indes angesichts der unterschiedlichen Strafdrohungen (nach § 147 Abs 1 StGB bis zu drei Jahren, nach § 223 Abs 1 StGB bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe) zum Vorteil (vgl Ratz in WK-StPO § 281 Rz 654 f). Der Subsumtionsrüge (Z 10) ist zwar zuzugeben, dass die Beurteilung des Tatverhaltens in Bezug auf das vom Angeklagten mit falschem Namen unterschriebene Formblatt (B.2.) als Vergehen der Urkundenfälschung nach § 223 Abs 2 StGB im Hinblick auf den festgestellten Gebrauch des Falsifikats (nur) zur Täuschung im Rahmen des Betrugsvorhabens rechtlich verfehlt ist. Die daran geknüpfte Beschwerdeauffassung jedoch, das Urkundendelikt werde durch "§ 147 Abs 1 Z 1" StGB konsumiert, vermengt Urkunden- und Beweismittelbetrug (§ 147 Abs 1 Z 1 erster und zweiter [idF BGBl I 2002/134 dritter] Fall StGB) und verkennt die Möglichkeit echter Konkurrenz dieser Qualifikationen (Kirchbacher/Presslauer aaO § 146 Rz 10). Dem Angeklagten wäre daher rechtskonform an Stelle des Vergehens nach § 223 Abs 2 StGB zusätzlich auch noch die Qualifikation nach § 147 Abs 1 Ziffer eins, erster Fall StGB anzulasten gewesen (Kienapfel in WK2 § 223 Rz 259). Dieser Subsumtionsfehler gereichte dem Angeklagten indes angesichts der unterschiedlichen Strafdrohungen (nach § 147 Abs 1 StGB bis zu drei Jahren, nach § 223 Abs 1 StGB bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe) zum Vorteil vergleiche Ratz in WK-StPO § 281 Rz 654 f).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher - in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur, jedoch entgegen einer dazu gemäß § 35 StPO erstatteten Äußerung - zu verwerfen.

Das Erstgericht verhängte über Günther L\*\*\*\*\* nach §§ 28 Abs 1, 147 Abs 3 StGB eine Freiheitsstrafe von einem Jahr, welche es gemäß § 43 Abs 1 StGB unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachsah.

Bei der Strafbemessung wertete es als erschwerend das Zusammentreffen eines Verbrechens mit zwei Vergehen, als mildernd hingegen die Unbescholtenheit, den bisher ordentlichen Lebenswandel, das Geständnis, die Tatsache, dass sich der Angeklagte selbst gestellt hat, obwohl es wahrscheinlich war, dass er unentdeckt bleiben werde, und dass er an der (Betrugs-)Tat in untergeordneter Weise beteiligt war.

Mit der dagegen erhobenen Berufung strebt der Angeklagte eine - unter Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung nach § 41 Abs 1 Z 4 StGB - schuldangemessene Herabsetzung der Freiheitsstrafe an. Mit der dagegen erhobenen Berufung strebt der Angeklagte eine - unter Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung nach § 41 Abs 1 Ziffer 4, StGB - schuldangemessene Herabsetzung der Freiheitsstrafe an.

Die Berufung ist (im Ergebnis) unbegründet.

Zwar hat das Tatgericht - im Sinne der Berufungsausführungen - bei den besonderen Milderungsgründen die Tatsache, dass das Verbrechen des schweren Betruges im Versuchsstadium geblieben ist, nicht erwähnt. Demgegenüber hat es aber dem Angeklagten zu Unrecht einerseits die Beteiligung "nur in untergeordneter Weise" zugebilligt, ihm andererseits die Unbescholtenheit zusätzlich zum bisher ordentlichen Lebenswandel als mildernd zugute gehalten.

Der Berufung zuwider stellt weder die "Tatbegehung aus achtenswertem Beweggrund" (weil der Angeklagte die Absicht hatte, über Andrängen des Mitangeklagten dadurch dessen brüchige Ehe zu retten, ohne sich irgend einen Vermögensvorteil zu erwarten) noch die Tatsache, dass gegen ihn "keine wie immer gearteten Erhebungen im Gange waren", einen tauglichen Milderungsgrund dar. Das sonstige Berufungsvorbringen wurde bereits durch die "Selbststellung" abgedeckt.

Bei Abwägung der Zahl und des Gewichtes der solcherart korrigierten Strafzumessungstatsachen entspricht die verhängte einjährige Freiheitsstrafe auch nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes sowohl der personalen Täterschuld des Angeklagten als auch dem Unrechtsgehalt und dem sozialen Störwert der Urteilstaten.

Somit konnte auch der Berufung kein Erfolg beschieden sein.

**Textnummer**

E68472

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:01500S00130.02.0213.000

**Im RIS seit**

15.03.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

19.10.2010

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

© 2025 JUSLINE

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

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