

# TE OGH 1989/3/21 110s158/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.03.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 21. März 1989 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, Dr. Walenta, Dr. Felzmann und Dr. Rzeszut als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Iby als Schriftführer, in der Strafsache gegen Ing. Ronald S\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des versuchten Betruges nach den §§ 15, 146, 147 Abs 3 StGB und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 23. Juni 1988, GZ 12 b Vr 6.406/86-69, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Kodek, des Angeklagten und des Verteidigers Dr. Hübner zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch zu Punkt 1 des Urteilssatzes (Verbrechen des versuchten schweren Betruges nach den §§ 15, 146, 147 Abs 3 StGB), im Strafausspruch sowie in der Verweisung des Privatanklägers auf den Zivilrechtsweg aufgehoben und die Strafsache zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Der Angeklagte wird mit seiner Berufung auf diese Entscheidung verwiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Baumeister Ing. Ronald S\*\*\*\*\* - neben einer weiteren, von der Nichtigkeitsbeschwerde nicht betroffenen strafbaren Handlung (Verbrechen der falschen Beweisaussage vor Gericht nach dem § 288 Abs 2 StGB) - des Verbrechens des versuchten schweren Betruges nach den §§ 15, 146, 147 Abs 3 StGB schuldig erkannt. Dem Inhalt des Schuldspruchs nach hat er im Jahre 1982 als Geschäftsführer der Firma "B\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* GesmbH", (später "S\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH"), die als Generalunternehmer mit der Renovierung eines Heurigenlokals der Firma Helmut L\*\*\*\*\*, Ing. Ronald S\*\*\*\*\*, Werner W\*\*\*\*\* GesmbH (später "L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\* GesmbH") beauftragt war, dadurch, daß er in der Schlußrechnung wahrheitswidrig behauptete, es seien Arbeiten in einem Gesamtwert von brutto 4,210.096,06 S geleistet worden, Verfügungsberechtigte (der zweitgenannten Firma) durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, nämlich zur Bezahlung eines nicht gerechtfertigten Mehrpreises von mindestens 815.000 S mit dem Vorsatz zu verleiten versucht, sich bzw die Firma S\*\*\*\*\* GesmbH durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern und die Firma "L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\*\*\* GesmbH" an ihrem Vermögen zu schädigen.

Den wesentlichen Urteilsfeststellungen nach regte der Angeklagte, der selbst eine Baufirma in der Rechtsform der GesmbH betrieb, 1981 die Gründung einer GesmbH zum Erwerb und Betrieb eines Heurigenlokals an, das damals im Besitz eines gewissen Herbert R\*\*\*\*\* stand. Die Gesellschaft hatte außer dem Angeklagten noch zwei Gesellschafter

(Helmut L\*\*\*\*\* sowie zunächst Werner W\*\*\*\*\*, nach dessen Ausscheiden Helmut L\*\*\*\*\* und Prof. Norbert P\*\*\*\*\*), die ebenfalls als Geschäftsführer fungierten; vertretungsbefugt waren jeweils zwei Geschäftsführer gemeinsam. Wegen seiner Tätigkeit als Geschäftsführer wurde u.a. der Angeklagte bereits mit dem - gemäß dem § 31 StGB bei der Strafbemessung berücksichtigten - Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 10. Juni 1987, GZ 12 b E Vr 5019/84-96, ua des Vergehens der fahrlässigen Krida nach den §§ 159 Abs 1 Z 1 und 2, 161 StGB schuldig erkannt. Der Angeklagte, der als einziger Gesellschafter bautechnische Kenntnisse hatte und dem die beiden Mitgesellschafter "blind" vertrauten (US 13), erhielt von der Gesellschaft den Auftrag, das Heurigenlokal unter Inkaufnahme einer verspäteten Eröffnung vorerst vollständig zu modernisieren und renovieren, wozu auch das Dachgeschoß auszubauen war. Für die dadurch auflaufenden, die finanziellen Möglichkeiten der Gesellschaft übersteigenden Kosten wurden der S\*\*\*\*\* GesmbH namhafte, dem Urteil aber nicht deutlich zu entnehmende Beträge (siehe S 11, 16 f, 26) überwiesen. Nach Abschluß der Arbeiten im Dezember 1981 legte der Angeklagte eine Schlußrechnung, die das Datum 5. Februar 1982 aufweist (US 19). Darin wurden einschließlich Mehrwertsteuer 4,210.096,06 S in Rechnung gestellt. Die ausgewiesenen Leistungen bezogen sich einerseits auf die von der Firma S\*\*\*\*\* erbrachten Bauarbeiten, die mit 1,310.598 S beziffert wurden, andererseits mit dem Restbetrag auf Leistungen und Lieferungen der Subunternehmer, die der Angeklagte als Generalunternehmer beauftragt hatte. Die Schlußrechnung war nach den auf dem Gutachten des Sachverständigen Ing. S\*\*\*\*\* (ON 33/III) beruhenden Urteilsannahmen unter Berücksichtigung einzelner zusätzlicher, vom Angeklagten nicht aufgenommener Leistungen um insgesamt mindestens 815.000 S überhöht. Diesen Schuldspruch bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Z 5 und 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, der im Ergebnis Berechtigung zukommt:

### **Rechtliche Beurteilung**

Der die Rechtsrüge (Z 9 lit a) einleitende Einwand, die vom bekämpften Schuldspruch erfaßte Tathandlung erschöpfe sich in einem bloß "überhöhten Zahlungsbegehren" und sei solcherart nicht als betrugsessentielle Täuschung zu beurteilen, trifft zwar nicht den Kern der hier aktuellen Rechtsproblematik, zeigt aber im Kontext indirekt doch auf, daß die erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen eine abschließende materiellrechtliche Beurteilung der in Rede stehenden Tat nicht zulassen. Ausgangspunkt der im konkreten Fall maßgeblichen Subsumtionserwägungen ist zunächst der Umstand, daß der Angeklagte im verfahrensgegenständlichen Zusammenhang als Geschäftsführer sowohl der Firma L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\*\*\* GesmbH, der die bauliche Adaptierung des betriebseigenen Heurigenlokals anstrebenden Auftraggeberin, wie auch als Geschäftsführer der Firma S\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH als entsprechend beauftragter Bauunternehmung eine Doppelfunktion ausübte, die ihn gemäß § 25 GesmbHG gegenüber beiden Gesellschaften verpflichtete, bei der Führung der jeweiligen Unternehmensgeschäfte die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Die bezüglich ambivalente Verantwortlichkeit des Angeklagten zu einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung umfaßte neben der Orientierung an gesicherten und praktisch bewährten betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen unter Beachtung aller maßgebenden Rechtsvorschriften unter anderem auch die Verpflichtung, sich über alle (jeweils unternehmensspezifischen) wirtschaftlichen Umstände und Entwicklungen zu informieren, sich dabei insbesondere auch stets ein genaues Bild von der Konkurrenzfähigkeit anfallender Angebote zu machen und auf eine marktgerechte Ausrichtung betrieblicher Aufwendungen hinzuwirken (vgl ua SZ 53/53). Da dem Anlaßfall also eine Geschäftsbeziehung zwischen zwei jeweils vom Angeklagten als Geschäftsführer (mit-)vertretenen Gesellschaften zugrunde liegt, ist schon aus der Sicht dieser funktionsbedingten Pflichtenkollision vorweg festzuhalten, daß sich die Prüfung der Komponenten strafbaren Betruges - so sie nach Maßgabe nachstehender Erwägungen hier überhaupt rechtsaktuell werden - nicht allein in den von der Beschwerde bezogenen Kriterien erschöpft: Im gegebenen Fall kommt es in rechtlicher Hinsicht primär darauf entscheidend an, ob sich die tatsächliche Abrechnung der von der Firma S\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH erbrachten Adaptierungsleistungen durch den Angeklagten (auch) im Rahmen der Rechtssphäre der Firma L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\*\*\* GesmbH als eigener, (mit-)verantwortlicher Geschäftsführungsakt im Sinn einer entsprechenden Vorprüfung und Zustimmung oder aber bloß dahingehend darstellt, daß die (aus unterschiedlichen Gründen überhöhte) Rechnungslegung im Bereich des zahlungspflichtigen Unternehmens für sich allein noch keine (Mit-)Ausübung der relevanten Geschäftsführungsbefugnis bedeutete, die rechtsverbindliche Entscheidung über die Bezahlung der gelegten Rechnung vielmehr (unter Ausschluß des Angeklagten) allein den Zeugen Helmut L\*\*\*\*\* und Prof. Norbert P\*\*\*\*\* als den beiden anderen Mitgesellschaftern bzw -geschäftsführern zukam. Verantwortet doch ein Kollektivvertretungsberechtigter, der die Zustimmung eines (oder weiterer) Berechtigten, sei es durch Verschweigen wesentlicher Umstände oder auch bloß dadurch erreicht, daß er sich auf mangelnde Kontrolle verläßt, ausschließlich

(sämtliche Unrechtskomponenten erfassende) Untreue, ohne daß es diesfalls auf betrugsspezifische Täuschungsakte ankäme (vgl ua SSt 41/64; 12 Os 26/87). Gerade in dieser Hinsicht enthält aber das angefochtene Urteil Feststellungen, deren Aussagewert sich infolge ihres undeutlichen, teils auch in sich widersprüchlichen Sinngehaltes insgesamt auf ein für die Lösung der in Rede stehenden Rechtsproblematik unzureichendes Maß reduziert. Das angefochtene Urteil geht nämlich einerseits davon aus, daß der für die Firma L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\*\*\* GesmbH nach dem Gesellschaftsvertrag zusammen mit einem weiteren Geschäftsführer (oder Gesamtprokuristen) kollektivvertretungsbefugte (S 200, 201/IV) Angeklagte für einzelne (allerdings nicht vom Schuldspruch erfaßte) Teile der verfahrensgegenständlichen Leistungsverrechnung "selbst auf Grund von ihm verfaßter Fakturen die Gelder von der einen an die andere Gesellschaft überwies" (S 205, 206/IV), "er sich auf das Vermögen der Heurigengesellschaft stürzte ... (richtig ersichtlich:) und dieses dann als a conto-Zahlungen zum geplanten Bauvorhaben an die S\*\*\*\*\* GesmbH weiterleitete" (S 203, 204/IV) bzw "an sich überwies" (S 214/IV), Ing. S\*\*\*\*\* mithin im hier aktuellen Zusammenhang persönlich Erfüllungshandlungen veranlaßte, die für die Firma L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\*\*\* GesmbH offenkundig rechtsverbindlich waren. Nach einer anderen Urteils Passage hinwieder wollte der Angeklagte "die beiden Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer Helmut L\*\*\*\*\* und Prof. Norbert P\*\*\*\*\* ... zu die gegenständliche GesmbH schädigenden Vermögenshandlungen verleiten" (S 201/IV). Daß das Erstgericht der Frage, ob der Angeklagte seitens der Firma L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\*\*\* GesmbH zur Entscheidung über die Bezahlung der (von ihm namens der Firma S\*\*\*\*\* GesmbH selbst gelegten) Rechnungen (mit-)befugt war, nicht die ihr zukommende wesentliche Bedeutung beimaß, ergibt sich auch daraus, daß seine Rechtsausführungen ohne konsequente Differenzierung auf den Vorsatz des Angeklagten abstellen, "die Mitgesellschafter ... zur Bezahlung des überhöhten Betrages ... bzw zur Zustimmung dazu" zu veranlassen (S 222/IV). So gesehen haften dem angefochtenen Urteil aber wesentliche Feststellungsmängel zu den tatsächlichen Abgrenzungskriterien zwischen Untreue und Betrug bzw gegebenenfalls zu den besonderen subjektiven Voraussetzungen strafbarer Untreue an, die ersichtlich auf einer Verkennung der im Sinn des § 153 StGB deliktsspezifischen Eignung mißbräuchlicher Befugnisausübung durch einen Kollektivvertretungsberechtigten beruhen (vgl diesbezüglich auch S 208/IV) und im Umfang der Urteilsanfechtung eine Verfahrenserneuerung unvermeidbar machen. In deren Rahmen wird zunächst gezielt darauf einzugehen sein, ob die Kollektivvertretungsbefugnis des Angeklagten für die Firma L\*\*\*\*\*, Ing. S\*\*\*\*\*, Prof. P\*\*\*\*\* GesmbH die Disposition über die in Rede stehende Rechnung der Firma S\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH mitumfaßte, was bejahendenfalls im Sinn der dargelegten rechtlichen Erwägungen eine Prüfung der objektiven und subjektiven Voraussetzungen strafbarer Untreue aktualisieren würde. Nur im entgegengesetzten (nach der bisherigen Aktenlage im Hinblick auf die vertraglich festgelegte gemeinsame Vertretungsbefugnis jeweils zweier Geschäftsführer in Verbindung mit der bloß formellen Funktionsausübung durch Prof. P\*\*\*\*\* nicht indizierten - S 17/II, 91/IV) Fall (des Ausschlusses jedweder die Bezahlung der Rechnung betreffenden Teilbefugnis des Angeklagten) käme - soweit sich das inkriminierte Tatgeschehen auf die überhöhte Verrechnung der von der Firma S\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH tatsächlich erbrachten Adaptierungsleistungen beschränkt - die (ausschließlich) betrugsspezifische Problematik deliktstauglicher Täuschungshandlungen zum Tragen. Dazu ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, daß es hier unter Umständen nicht um - zulässiges - bloßes Fordern (nach der jeweiligen Marktsituation) überhöhter Warenpreise oder Leistungsentgelte geht, sondern um eine Konstellation, die von besonderen Rechtspflichten oder Vertrauenselementen gekennzeichnet ist (vgl dazu Kienapfel BT II2 RN 53 ff zu § 146) und dann betrugstypische Täuschungshandlungen erkennen ließe, wenn der Zahlungspflichtige auf Grund einer spezifischen (eine entsprechende Treuepflicht einschließenden) Rechtsbeziehung seinerseits von der Gegenseite fordern und auch darauf vertrauen kann, daß seine wirtschaftlichen Interessen bei der Geschäftsabwicklung angemessen berücksichtigt werden. Daß die verfahrensgegenständliche Fallgestaltung mit Rücksicht auf die erörterten ambivalenten Geschäftsführungssagenden des Angeklagten im angesprochenen Sinn komplexe Tatsachen- und Rechtselemente aufweist (zumindest bei der Betrauung der Firma S\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH mit den Adaptierungsarbeiten liegt ein - spezifischen Rechtspflichten unterliegendes - sogenanntes Insichgeschäft in Form einer Doppelvertretung vor - vgl dazu EvBl 1986/86), steht außer Zweifel. Gegebenenfalls in Richtung Betrug anzustellende Subsumtionsüberlegungen werden daher diesen Rechtsaspekt miteinzubeziehen und zu berücksichtigen haben, daß, so gesehen, auch eine durch "blindes Vertrauen" dispositionsbefugter Mitgesellschafter begünstigte dolose Überhöhung einer Preisforderung unter dem Gesichtspunkt der Verkehrsineadäquanz (vgl Kienapfel aaO) als betrugstaugliche Täuschungshandlung in Betracht kommen kann. Hinzugefügt sei, daß die (aus den angestellten Erwägungen an sich nicht näher erörterungsbedürftige) Mängelrüge (Z 5) insoweit auch für den zweiten Rechtsgang erhebliche Gesichtspunkte berührt, als sie zur Frage der

objektiven und subjektiven Grundlagen strafbarer Vermögensschädigung formelle Begründungsmängel der tatrichterlichen Feststellungen geltend macht. Wenn das Urteil im Zusammenhang mit im Baugewerbe üblichen Kalkulationsunterschieden bis zu 50 % ausführt, daß es darauf nicht ankomme, weil der Sachverständige den "höchsten, noch angemessenen Preis" errechnet habe, so findet sich dafür in dessen Äußerungen keine hinlängliche Grundlage. Der Sachverständige war seiner Darstellung nach in der Annahme, die Leistungen seien im behaupteten Umfang erbracht worden, (bloß) insofern "großzügig", als er einen Zuschlag von "25 % Sicherheit" (S 184/IV) gewährte. In Ansehung der dem Angeklagten angelasteten dolosen Falschbezeichnung von Forderungen einzelner Subunternehmer (Überhöhung der Rechnungsbeträge für Glaserarbeiten, für den Speiseaufzug, für Büroeinrichtung und Fußbodenverlagsarbeiten bzw Fingierung von Subunternehmerleistungen bei der Gartengestaltung) trifft es hinwieder zu, daß der Ausschluß entsprechender Irrtümer der Anführung über die bloße diesbezügliche Verneinung hinausgehender Erwägungen bedurft hätte. Auch zur teilweisen Doppelverrechnung von Fußbodenverlagsarbeiten verweist der Angeklagte zutreffend darauf, daß die erstgerichtliche Annahme, er habe als Subunternehmer Vorbereitungsarbeiten für den von ihm beauftragten Fliesenleger sowohl gemeinsam mit dessen Werklohn als auch im ersten Teil der Schlußrechnung unter dem nur seine Firma betreffenden Titel "Baumeisterarbeiten", somit zweimal verrechnet, insofern mit einem Begründungsmangel behaftet ist, als der fragliche Betrag von 42.500 S unter dem letztgenannten Titel ziffernmäßig an sich nicht aufscheint und Ing. S\*\*\*\*\* sich im übrigen dahingehend verantwortete (S 91/III), daß die Fußbodenarbeiten (ua) im Zuge der Legung von Versorgungsleitungen wiederholt werden mußten und der Sachverständige auch nicht alle derartigen Arbeiten berücksichtigte, ohne daß sich das Schöffengericht mit diesen gegen seine Annahme sprechenden Umständen näher auseinandergesetzt hätte. Sinngemäßes gilt auch dafür, daß der Preis für die Professionistenarbeiten vom Sachverständigen (ohne Mehrwertsteuer) mit 2,054.149 S zuzüglich 93.622 S (US 28 GA/S 419/III; US 22, GA/S 435/III) für vom Angeklagten nicht verrechnete Leistungen bewertet wurde, in der Schlußrechnung des Ing. S\*\*\*\*\* (unjournalisierte Beilage zum Sachverständigengutachten ON 33) aber nur 2,008.358 S aufscheinen, daß ferner der Generalunternehmerzuschlag vom Angeklagten zwar nach der auf dem Sachverständigengutachten beruhenden Meinung des Gerichtes zu Unrecht auch für die eigenen Arbeiten berechnet wurde, dafür aber "Planung, Bauleitung und (!) Generalunternehmerzuschlag" (vgl S 7 der Schlußrechnung) nur mit 7,5 % (248.921 S), wogegen ihm nach Meinung des Sachverständigen für Professionistenarbeiten ein solcher von 12 % (das sind laut S 419/III 246.497,98 S zuzüglich laut S 435/III 11.234,64 S) zustand (obwohl an sich sogar 16 bis 18 % der Rechnungssumme üblich sind; vgl S 417/III), und schließlich auch dafür, daß der Angeklagte die Hereinbringung des nach Meinung des Erstgerichtes überhöhten Teiles seiner Forderungen nicht weiterverfolgte (vgl dazu auch 12 b E Vr 5.019/84 des Landesgerichtes für Strafsachen Wien, insbesondere S 131 /II). Der Nichtigkeitsbeschwerde war daher Folge zu geben und das angefochtene Urteil, das im übrigen (Schuldpruch wegen des Verbrechens der falschen Beweisaussage vor Gericht nach dem § 288 Abs 2 StGB - Punkt 2) unberührt zu bleiben hatte, im Schuldpruch wegen Betruges und demgemäß auch im Strafausspruch sowie in der Verweisung des Privatbeteiligten Prof. Norbert P\*\*\* auf den Zivilrechtsweg aufzuheben und die Sache an das Landesgericht für Strafsachen Wien zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung zurückzuverweisen.

Mit seiner durch die Aufhebung des Strafausspruches gegenstandslos gewordenen Berufung war der Angeklagte auf diese Entscheidung zu verweisen.

**Textnummer**

E17502

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:01100S00158.880.0321.000

**Im RIS seit**

08.01.1995

**Zuletzt aktualisiert am**

16.12.2014

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

© 2024 JUSLINE

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

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