

# TE OGH 1988/5/19 130s137/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.05.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 19.Mai 1988 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Harbich als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Müller (Berichterstatter), Dr. Felzmann, Dr. Brustbauer und Dr. Kuch als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Takacs als Schriftführerin in der Strafsache gegen Mag.pharm. Dr.med. Friedrich B\*\*\* wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 12, 146 ff. StGB. und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengerichts vom 15.Mai 1987, GZ. 9 Vr 690/87-884, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalts Dr. Stöger, und des Verteidigers Dr. Lukesch, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten, zu Recht erkannt:

## Spruch

I. Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch wegen des Verbrechens der Anstiftung zum schweren gewerbsmäßigen Betrug nach §§ 12, zweiter Fall, 146, 147 Abs 3, 148, erster Fall, StGB. zu IV 45 b sowie im Strafausspruch aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z. 3 StPO. im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

1. Mag.pharm. Dr.med. Friedrich B\*\*\* wird von der Anklage, in Graz mit nicht näher bekannten Angestellten (der O\*\*\*) und den dort unter (IV) 1 bis 43 genannten Personen vom 1.Jänner 1976 bis Ende August 1982 den dort angeführten Krankenversicherungsträgern einen weiteren 100.000 S übersteigenden Schaden im Bereich der kassenzulässigen Heilmittel und der sogenannten "Schwarzpunkt"-Präparate, deren Kosten die Krankenversicherungsträger unter Umständen übernommen hätten, betrügerisch zugefügt zu haben (IV 45 b der Anklageschrift ON. 757), gemäß § 259 Z. 3 StPO. freigesprochen.

2. Mag.pharm. Dr.med. Friedrich B\*\*\* wird für die aufrecht bleibenden Schuldsprüche wegen Verbrechens der Anstiftung zum schweren gewerbsmäßigen Betrug nach §§ 12, zweiter Fall, 146, 147 Abs 3, 148, erster Fall, StGB. (I 1 a bis e, 2, 3, 4; II 1 a bis f, 2; III; IV 2 bis 4, 6 bis 13, 15 bis 20, 22 bis 27, 29 bis 32, 34 bis 37, 40 und 42 bis 44) und wegen Vergehens der Anstiftung zur Täuschung nach §§ 12, zweiter Fall, 108 Abs 1 StGB. (1 bis 14) gemäß §§ 28, 147 Abs 3 StGB. zu einer Freiheitsstrafe von 3 (drei) Jahren verurteilt.

II. Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

III. Mit ihren Berufungen werden die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte hierauf verwiesen.

IV. Gemäß § 390 a StPO. fallen dem Angeklagten die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Der am 20. Juli 1927 geborene Mag. pharm. Dr. med. Friedrich B\*\*\* ist des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 3, 148, erster Fall, StGB. und des Vergehens der Täuschung nach § 108 Abs 1 StGB., in beiden Fällen als Anstifter nach § 12, zweiter Fall, StGB., schuldig erkannt worden.

Nach dem Schuldspruch wegen Betrugs hat er als persönlich haftender Gesellschafter der O\*\*\* KG. in Graz, deren Geschäfte er alleinverantwortlich führte, (gewerbsmäßig und) mit dem Vorsatz, sich und andere Personen durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, (insbesondere) die beiden Angestellten dieser Apotheke, Mag. pharm. Josef P\*\*\* und Johann P\*\*\*, vorsätzlich dazu bestimmt, Verfügungsberechtigte nachgenannter Krankenversicherungsträger, und zwar der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte, der Versicherungsanstalt Öffentlich Bediensteter, der Sozialversicherungsanstalt der Gewerblichen Wirtschaft, der Sozialversicherungsanstalt der Bauern, der Versicherungsanstalt der Österreichischen Eisenbahnen, der Versicherungsanstalt des Österreichischen Bergbaus sowie der Betriebskrankenkassen und der Krankenfürsorgeanstalt für Bedienstete der Landeshauptstadt Graz, durch Täuschung über deren Leistungsverpflichtung zur Übernahme der Kosten für nicht zu bezahlende Arznei- und Heilmittel (sowie Ordinationsbedarf), sohin zu Handlungen zu verleiten, welche die genannten Krankenversicherungsträger an deren Vermögen in einem 100.000 S weit übersteigenden Betrag schädigten, indem er ab 1. Jänner 1976 bis Ende August 1982 Johann P\*\*\* und Mag. pharm. Josef P\*\*\* und auch andere Angestellte der O\*\*\* KG. vorsätzlich dazu veranlaßte, von im einzelnen namentlich angeführten Ärzten und Kassenpatienten zur Verrechnung mit den Sozialversicherungsträgern vorgelegte Rezepte über angeblich verordnete Heilmittel, welche die Kassenpatienten entweder überhaupt nicht erhalten oder nicht (in dem im Rezept jeweils angeführten Umfang) benötigt hatten, oder über in Wahrheit von den Ärzten nicht benötigten Ordinationsbedarf zu übernehmen, die ordnungsgemäße Expedition der auf den Rezepten angeführten Heilmittel oder des Ordinationsbedarfs durch Taxierung dieser Rezepte zu bestätigen und diese Rezepte den Sozialversicherungsträgern zur Bezahlung im Weg der pharmazeutischen Gehaltskasse vorzulegen, wobei der dadurch herbeigeführte Vermögensschaden bei den genannten Sozialversicherungsträgern insgesamt 2.012.589,40 S beträgt. Nach dem (einer neben der Anklage wegen Betrugs eventualiter erhobenen Anklage - Band 55 S. 385 - folgenden) Schuldspruch wegen Täuschung liegen dem Angeklagten ausschließlich jene Fälle zur Last, in denen er Angestellte der O\*\*\*, insbesondere Johann P\*\*\* und Mag. Josef P\*\*\*, vorsätzlich dazu veranlaßte, den im Ersturteil angeführten Sozialversicherungsträgern in deren Rechten a) auf Ablehnung der Einlösung von Rezepten sowie b) auf Gestaltung der Honorierung der abgegebenen Heilmittel auch durch Einzelverträge dadurch absichtlich einen Schaden zuzufügen, daß sie Verfügungsberechtigte dieser Sozialversicherungsträger durch Täuschung über Tatsachen, nämlich dadurch, daß sie auf jenen von den namentlich angeführten, insgesamt 14 Ärzten zur Verrechnung mit den Sozialversicherungsträgern vorgelegten Rezepten über Heilmittel, die schon vorher von den Ärzten den Kassenpatienten in Form von Ärztemustern zur Verfügung gestellt worden waren, wahrheitswidrig die Abgabe dieser Heilmittel in der O\*\*\* (durch Taxierung dieser Rezepte) bestätigten und diese Rezepte den Sozialversicherungsträgern zur Bezahlung dieser Heilmittel vorlegten, zu Handlungen verleiteten, die den Schaden (an den vorerwähnten Rechten der Sozialversicherungsträger) herbeiführten. Gegen die Schuldsprüche richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z. 3, 4, 5, 9 lit. a, b und c sowie 10 StPO. gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Soweit sie sich gegen den Schuldspruch wegen Betrugs zu IV 45 b wendet, kommt ihr Berechtigung zu. Unter § 281 Abs 1 Z. 5 (der Sache nach Z. 9 lit. a) StPO. wird mit Beziehung auf die durch die betrügerischen Rezeptmanipulationen erzielten Gutschriften und deren Verwertung seitens der Ärzte und Versicherten durch Kauf von Heilmitteln in der O\*\*\* gerügt, daß in diesen Fällen zu Unrecht die Differenz zwischen diesen Gutschriften und den Aufwendungen der Sozialversicherungsträger als (weiterer) Betrugsschaden zu Lasten der Krankenversicherungsträger angesehen und dem Angeklagten zu IV 45 b angelastet werde (Rechtsmittelschrift des Angeklagten ON. 894 S. 27 und 28).

Nach den hiezu getroffenen Feststellungen (Ersturteil ON 884 im Band 56 S. 144 bis 146 sowie 175 und 176 der speziellen Urteilspaginierung, im folgenden: US.) resultiert dieser als weiterer Betrugsschaden zum Nachteil der Sozialversicherungsträger gewertete Betrag von mindestens 100.000 S aus einer (innerhalb des Tatzeitraums vom 1. Jänner 1976 bis Ende August 1982 entstandenen) "unzulässigen Rabattdifferenz", die beim Bezug von "kassenzulässigen" Heilmitteln durch die (an den betrügerischen Rezeptmanipulationen beteiligten) Ärzte und Versicherten gegen Verrechnung mit den Gutschriften aufgelaufen ist, die ihnen von der O\*\*\* (als Realisat des jeweils

begangenen Rezeptbetrugs) gewährt worden war. Den am (Rezept-)Betrug beteiligten Ärzten und Versicherten wurde nämlich nicht der gesamte, vom Krankenversicherungsträger auf Grund des jeweiligen Rezeptbetrugs der O\*\*\* (im Weg der pharmazeutischen Gehaltskasse) für das jeweils betrügerisch verrechnete Medikament bezahlte Betrag, sondern nur ein Teil davon gutgeschrieben: Der O\*\*\* wurden stets vom Kassenpreis des verrechneten Medikaments 7,1 Prozent als ein mit dieser Apotheke vereinbarter Nachlaß in Abzug gebracht, während der Angeklagte den Ärzten und Versicherten (als Realisat der verübten Rezeptbetrügereien) den um 10 Prozent verminderten Kassenpreis als Gutschrift weitergab. Das ergibt gegenüber den von den Sozialversicherungsträgern dem Angeklagten bzw. der O\*\*\* jeweils erstatteten Beträgen um 2,9 Prozentpunkte der Kassenpreise geringere Gutschriften für die Ärzte und die Versicherten (US. 30, 174).

In jenen Fällen, in denen die am Rezeptbetrug beteiligten Ärzte und Versicherten sodann zu Lasten solcher Gutschriften in der O\*\*\* (kassenzulässige) Heilmittel bezogen, wurde ihnen über Anordnung des Angeklagten nicht der von den Krankenversicherungsträgern für solche Heilmittel gemäß der österreichischen Arzneitaxe zu bezahlende Kassenpreis, sondern vielmehr der mit einer rund 20 Prozent höheren Handelsspanne belastete Privatverkaufspreis und außerdem noch die Mehrwertsteuer von damals 18 Prozent in Rechnung gestellt; dies, es sei nochmals hervorgehoben, obgleich die gegenständlichen Geschäfte zwischen den Ärzten (Versicherten) und der O\*\*\* (Anschaffungen zu Lasten der den Ärzten und Versicherten gewährten Gutschriften) "schwarz" getätigt wurden und folglich die aus Anlaß des Umsatzes von den Medikamentenbezieherern a conto der Gutschriften bezahlte Mehrwertsteuer nicht dem Finanzamt abgeführt wurde (US. 144, 145, 174 und 175). Nach Ansicht des Gerichts haben die Sozialversicherungsträger auf diese Weise, soweit die Ärzte und Versicherten mit den ihnen gewährten Gutschriften kassenzulässige (verschreibbare) Medikamente erworben hatten, einen weiteren Schaden von rund 30 Prozent des aus Anlaß des jeweiligen Medikamentenerwerbs von ihnen an die O\*\*\* bezahlten Betrags erlitten, der vom Gericht mit insgesamt mindestens 100.000 S angenommen wurde (US. 145 und 146).

Bei der Zurechnung dieses weiteren Betrags

(Betrugsfaktum IV 45 b) als ein den Sozialversicherungsträgern erwachsener Betrugsschaden ist dem Erstgericht ein Rechtsirrtum bzw. ein Denkfehler unterlaufen:

Diese Gutschriften stellten, wie bereits dargelegt, nur das Realisat des von den Ärzten bzw. Versicherten an den Krankenversicherungsträgern bereits begangenen Rezeptbetrugs dar; sie waren schon ein Teil eines Betrugserlöses, der andere Teil floß dem Angeklagten bzw. der O\*\*\* KG. zu. Die Disposition über diese von der O\*\*\* den Ärzten und Versicherten gewährten Gutschriften war, auch soweit die angeführten Personen zu Lasten dieser Gutschriften in der O\*\*\* (verschreibbare) Medikamente erwarben, auf Seiten der Ärzte und Versicherten der Sache nach eine Verfügung über einen Teil des schon früher von den Kassen herausgeschlagenen Betrugserlöses. Welche Anschaffungen mit den ihnen (in Form der Gutschriften) aus dem Betrugserlös zugeflossenen Mitteln getätigt wurden, ob also damit Fremdwaren oder Arzneien, mögen diese auch verschreibbar (kassenzulässig) gewesen sein, gekauft wurden, ist rechtlich bedeutungslos, geht es doch hier allein um die Verwertung eines schon existenten Betrugsgewinns, also im Wesen nur um die nicht mehr zum Tatbestand des Betrugs gehörige sogenannte "straflose Verwertungshandlung", eine auch als "vorbestrafte Nachtat" bezeichnete und bei allen Vermögensdelikten aktuelle Disposition über die Substanz der Bereicherung (als Korrelat zu der bei den Sozialversicherungsträgern eingetretenen Vermögensschädigung).

Im Ergebnis wurde daher dem Angeklagten mit dem Schuldspruch zu IV 45 b ein Teil des Betrugserlöses ein zweites Mal als Betrugsschaden angelastet. Allgemein formuliert: Der Betrogene (der Betrugsgeschädigte: hier der Sozialversicherungsträger) kann durch die Verwertung des Betrugsgewinns seitens der Betrüger keinesfalls noch einen zusätzlichen Vermögensschaden erleiden. Dies gilt gegenständlichenfalls auch dann, wenn die Gutschriften (oder ein Teil davon) aus der dem Schuldspruch wegen Täuschung unterzogenen "Ärztemusterverwertung" stammen sollten (die im folgenden beurteilt werden wird).

Somit war in teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde der Schuldspruch wegen Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs zu IV 45 b aufzuheben und der Angeklagte von der diesbezüglichen Anklage (ON. 757, IV 45 b) gemäß § 259 Z. 3 StPO. freizusprechen. In der Formulierung dieses Freispruchs konnte die Anführung von Gesetzesstellen des materiellen Rechts unterbleiben (EvBl 1981/80 S. 247).

Im übrigen erweist sich jedoch die Nichtigkeitsbeschwerde als nicht berechtigt.

Der Beschwerdeführer vermeint zunächst in Geltendmachung einer Verfahrensrüge nach Z. 3, eine Verwertung seiner Steuer- und Finanzakten im Strafverfahren sei ohne seine Zustimmung unzulässig gewesen. Dr. Kurt R\*\*\*, der diese Akten für sein Gutachten ausgewertet hat, hätte darüber als Beamter mangels Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht bei sonstiger Nichtigkeit nicht zeugenschaftlich vernommen werden dürfen (§ 151 Z. 2 StPO.). Mangels Zulässigkeit seiner Vernehmung als Zeuge sei daher seine Beiziehung als Sachverständiger gleichfalls bei sonstiger Nichtigkeit unzulässig gewesen (§ 120 StPO.).

Gemäß § 48 a Abs 4 lit. b BAO. ist indes die Offenbarung oder Verwertung von Verhältnissen oder Umständen eines Abgaben-, Monopol- und Finanzstrafverfahrens unter anderem befugt, wenn sie im zwingenden öffentlichen Interesse liegt. Die Aufklärung gerichtlich strafbarer Handlungen ist aber stets im zwingenden öffentlichen Interesse gelegen, denn sie ist eine vordringliche Aufgabe des Staatswesens. Für die gerichtlich von Amts wegen strafbaren Handlungen kann das jedenfalls aus dem kategorischen Gebot des § 84 Abs 1 StPO. abgelesen werden (Harbich, Akteneinsicht, Amtshilfe und Auskunftspflicht, AnwBl. 1/1988 S. 21; derselbe in FinStrG. MTA2 S. 259, Anm. 3 zu § 251 FinStrG.). Einer Zustimmung des Angeklagten zur Verwertung der ihn betreffenden Finanz- und Steuerakten bedurfte es daher nicht. Diese Akten wurden durch das Gericht (Verfügung vom 23. März 1987, Band 1 S. 5 h12), nicht durch Dr. R\*\*\*, der als Sachverständiger, nicht als Zeuge (und schon gar nicht als für den Angeklagten zuständiger Finanzbeamter) agierte, vom Finanzamt Graz-Stadt beigeschafft. Auch die Entbindung von einer Amtsverschwiegenheit kam sonach nicht in Betracht. Damit ist diese Rüge erledigt.

Es versagen aber auch die Beschwerdeausführungen zur Z. 4: Der Antrag (Band 55 S. 430) auf Beischaffung der Akten des Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz

Zl. IV-51.420/13-3/76, insbesondere des Schreibens (im Antrag: "Entscheidung") dieses Ministeriums vom 3. November 1976, zielte ins Leere, weil dieses Schreiben dem Gericht ohnedies zur Verfügung stand (Band 55, in der Beilage 15 zum Hauptverhandlungsprotokoll ON. 883; ferner Band 53, in ON. 758).

Aber auch die Abweisung des Antrags auf Beiziehung eines weiteren Buchsachverständigen hat Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht beeinträchtigt. Auf diese Weise sollte eine exakte Feststellung der Schadenshöhe, insbesondere zu I 1 bis 4 des Schuldspruchs wegen Betrugs, ermöglicht und weiters dargetan werden, daß die Mehrwertsteuer nicht in die Schadensberechnung einzubeziehen sei (Band 55 S. 377 Punkt 1). Ferner sollte die Schätzung des Betrugsschadens zu II 2 und IV 45 a und b überprüft werden (Band 55 S. 378 und 379 Punkt 9).

Indes: Ob die Umsatzsteuer in den Betrugsschaden einzubeziehen ist, ist als Rechtsfrage vom Gericht (und nicht von einem Sachverständigen) zu beantworten. Zu IV 45 a erging ein Freispruch (§ 259 Z. 2 StPO.; US 15, 139), der Schuldspruch zu IV 45 b wird kassiert (siehe oben). Die genaue Feststellung der Schadenshöhe zu den Betrugsfakten I 1 bis 4 und II 2 war schon deshalb entbehrlich, weil selbst der Beschwerdeführer nicht behauptet, die Wertgrenze des § 147 Abs 3 StGB. (jetzt zufolge Art. I Z. 15 StRÄG. 1987: mehr als 500.000 S) könnte durch einen insgesamt nicht einmal 100.000 S übersteigenden Betrugsschaden tangiert werden.

Für die Abweisung des Antrags auf Vernehmung der Zeugen Dr. Hans Z\*\*\* und Univ.DoZ.Dr. Romuald B\*\*\* (Band 55 S. 377 Punkt 2) zum Nachweis dafür, daß die Mehrwertsteuer bei der Berechnung des Betrugsschadens nicht zu berücksichtigen sei, gilt, wie bereits gesagt, daß diese Rechtsfrage ausschließlich vom Gericht zu lösen ist und daher weder Gegenstand eines Sachverständigengutachtens noch einer Zeugenbefragung sein kann.

Durch den Zeugen Dr. Hans D\*\*\*, einen leitenden Angestellten der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse, sollte antragsgemäß nachgewiesen werden, daß der Angeklagte nicht bewußt Manipulationen bei der Verrechnung von Rezepten mit der Gebietskrankenkasse angeordnet habe und solche Manipulationen auch nicht vornehmen wollte (Band 55 S. 377 Punkt 3). Nach seinem Vorbringen (siehe die schriftlichen Beweisanträge Band 52 ON. 745 S. 24 bis 28) hätte der Angeklagte nämlich bereits 1979 eine Rezepttaxierung im Weg elektronischer Datenverarbeitung einführen wollen und deshalb mit dem Zeugen Dr. D\*\*\* als Vertreter der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse Kontakt aufgenommen. Bei Verwirklichung dieses - dann allerdings gescheiterten - Projekts wäre, so der Beschwerdeführer, jede Rezeptmanipulation von vornherein unmöglich geworden, was zeige, daß er solche Manipulationen niemals angestrebt haben könne. Diese Argumentation schlägt aber, wie in dem diese Beweisaufnahme ablehnenden Zwischenerkenntnis zutreffend dargelegt (Band 55 S. 437 und 438), vernünftigerweise schon deshalb nicht durch, weil eine EDV-unterstützte Rezepttaxierung, die bloß eine Vereinfachung bei der Ermittlung der mit den Sozialversicherungsträgern zu verrechnenden Rezeptwerte bedeutet hätte, naturgemäß nicht geeignet sein kann, eine

Taxierung und damit eine Verrechnung von fingierten Rezepten (denen keine entsprechende Medikamentenabgabe in der Apotheke zugrundeliegt) zu unterbinden. Die Verantwortung des Angeklagten wurde vom Erstgericht als widerlegt erachtet. Sie ging in der Hauptverhandlung im wesentlichen dahin, er sei der Meinung gewesen, daß, abgesehen vom Schuldspruch II wegen Betrugs (Band 55 S. 31 und 52), allen anderen derartigen Schuldsprüchen die Abgabe von Ärztemustern durch den Arzt, der das Rezept jeweils ausgestellt hatte, zugrundegelegt und sohin stets nur eine von ihm nicht als Betrug empfundene Ärztemusterverwertung gegeben sei (Band 55 S. 24, 30, 51 und 108). Zum Nachweis hiefür hat der Nichtigkeitswerber die Vernehmung der Zeugen Dr. Harald W\*\*\*, Dr. Herbert M\*\*\* sen., Dr. Jörg M\*\*\*, Dr. Leena M\*\*\*, Dr. Peter H\*\*\*, Dr. Ernst O\*\*\*, Dr. Anton R\*\*\* und Dr. Gerald T\*\*\* beantragt. Durch die Zeugen Dr. Peter H\*\*\*, Dr. Ernst O\*\*\*, Dr. Anton R\*\*\* und Dr. Gerald T\*\*\* sollte überdies dargetan werden, daß deren Geschäftsverbindung mit der O\*\*\* nicht durch den Angeklagten selbst hergestellt worden sei (Band 55 S. 377 und 378, Punkte 4, 5 und 7).

Zunächst betrifft die Art der Anknüpfung von Geschäftsbeziehungen mit den Ärzten keinen entscheidungswesentlichen Umstand. Unvorgreiflich der rechtlichen Einordnung der Verrechnung von Ärztemustern sei ferner in tatsächlicher Beziehung folgendes vermerkt: Die Einvernahme der Zeugen Dr. Peter H\*\*\*, Dr. Anton R\*\*\* und Dr. Gerald T\*\*\* erübrigte sich, weil das Gericht bei diesen Ärzten ohnedies von der Annahme ausging, daß die von ihnen ausgestellten und den Sozialversicherungsträgern verrechneten Rezepte nur der Verwertung von Ärztemustern dienten (US. 14, 112 und 133 sowie Band 55 S. 434). Das Gericht hat aber auch bei den Ärzten Dr. Harald W\*\*\* (US. 143), Dr. Herbert M\*\*\* sen. (US. 117, 118 und 119) sowie Dr. Jörg und Dr. Leena M\*\*\* (US. 120, 123 und 124) als erwiesen angenommen, daß es sich bei den in Rechnung gestellten Rezepten zumindest teilweise um eine Ärztemusterverwertung (bei Dr. W\*\*\* allerdings nur in unbedeutendem Umfang) handelte. Die Strafverfahren gegen Dr. Harald W\*\*\*, Dr. Herbert M\*\*\* sen., Dr. Jörg M\*\*\* und Dr. Leena M\*\*\* wurden beim Landesgericht für Strafsachen Graz gesondert geführt. Dr. Harald W\*\*\* hat in dem gegen ihn anhängigen Strafverfahren 19 Vr 977/87 (früher 19 Vr 1271/83) des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Beschuldigter zunächst eingestanden, einige Jahre hindurch für (Kassen-) Patienten Rezepte ausgestellt und über die O\*\*\* den Sozialversicherungsträgern verrechnet zu haben, ohne daß die Patienten die rezeptierten Medikamente erhalten hätten (Band I S. 107 und 111 der obzitierten Akten). Er hat allerdings vor dem Untersuchungsrichter (Band I ON 12 ebendort) dieses Eingeständnis vor der Polizei im wesentlichen widerrufen, jedoch ausdrücklich erklärt, keine Ärztemuster entgeltlich abgegeben, also keine Ärztemusterverwertung vorgenommen zu haben (Band I S. 235 ebendort). Dr. W\*\*\* ist zufolge des Gutachtens des gerichtsärztlichen Sachverständigen Dr. Richard Z\*\*\* vom 20. November 1985 sowie nach einem weiteren Gutachten der I. Medizinischen Universitätsklinik in Wien vom 14. Febr. 1987 nicht vernehmungsfähig; eine Besserung seines Gesundheitszustands ist nach diesen Gutachten nicht zu erwarten (Band III ON. 56 und 62 ebendort). Eine weitere Einvernahme als Beschuldigter am 24. März 1987 mußte durch den Untersuchungsrichter wegen des schlechten Gesundheitszustands des Dr. W\*\*\* abgebrochen werden (Band I S. 235 b der vorzitierten Akten).

Dr. Herbert M\*\*\* sen., ein praktischer Arzt in Stainz, hat in dem gegen ihn anhängig gewesenen und mit rechtskräftigem Schuldspruch wegen Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs (§§ 146, 147 Abs 3, 148, erster Fall, StGB.) abgeschlossenen Strafverfahren 5 Vr 1275/83 des Landesgerichts für Strafsachen Graz auch in der Hauptverhandlung vom 13. Dezember 1983 seine schon vor dem Untersuchungsrichter geständige Verantwortung ausdrücklich aufrecht erhalten (Band I S. 317, 318 und 321 sowie Band II S. 343 und 344 dieser Akten). Darnach hat er auf den durch ihn über die O\*\*\* zur Einlösung bei den Sozialversicherungsträgern vorgelegten Rezepten zumindest teilweise - in der Folge von den Sozialversicherungsträgern auch bezahlte - Medikamente angeführt, die den Kassenpatienten nicht (auch nicht in Form eines Ärztemusters) zugekommen sind. Außerdem hat Dr. Herbert M\*\*\* sen. nach seiner geständigen Darstellung für sich und seine Familienangehörigen unter anderem nicht benötigte (und auch nicht bezogene) Medikamente rezeptiert und deren Bezahlung durch die Sozialversicherungsträger erwirkt, indem er diese Rezepte gleichfalls über die O\*\*\* taxieren und zur Verrechnung vorlegen ließ. In der Hauptverhandlung gegen Dr. B\*\*\* war die zeugenschaftliche Einvernahme des Dr. M\*\*\* sen. wegen dessen (durch einen Herzinfarkt bewirkter) Vernehmungsunfähigkeit nicht durchführbar.

Dr. Jörg M\*\*\* und dessen Ehegattin Dr. Leena M\*\*\* haben sich ursprünglich auf eine "Ärztemusterverwertung" berufen (Band 8 ON. 147 und 148). Sodann haben sie in dem gegen sie durchgeführten und mit rechtskräftigem Schuldspruch wegen Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs (§§ 146, 147 Abs 3, 148, erster Fall, StGB.) abgeschlossenen Strafverfahren 5 Vr 190/84 des Landesgerichts für Strafsachen Graz in der Hauptverhandlung am

26.Jänner 1984 zugegeben, unter anderem Rezepte für in Wahrheit gar nicht benötigten Ordinationsbedarf erstellt und die Bezahlung dieses bloß vorgetäuschten Ordinationsbedarfs durch die Sozialversicherungsträger durch Einreichung und Taxierung dieser pro ordinatione-Rezepte im Weg der O\*\*\* erwirkt zu haben (Band XIII S. 56 und 57 der obzitierten Akten). Dr. Jörg M\*\*\* und Dr. Leena M\*\*\* haben nach ihrer Verurteilung im Jahr 1984 Österreich verlassen; sie sollen sich in Finnland aufhalten, ihr Aufenthaltsort konnte nicht eruiert werden (Band XIII S 93, 93 a und 99 ebendort).

Dem als Zeugen beantragten Dr. Ernst O\*\*\* liegen ausschließlich Manipulationen mit pro ordinatione-Rezepten zur Last. Für zum Teil gar nicht benötigten Ordinationsbedarf hat er Rezepte ausgestellt und sich diesen "Bedarf" im Weg der Einreichung über die O\*\*\* von den Sozialversicherungsträgern bezahlen lassen. Eine Ärztemusterverwertung (durch Rezeptierung von an Kassenpatienten abgegebenen Ärztemustern) hat Dr. O\*\*\* nach seiner Darstellung niemals vorgenommen; dies wurde ihm auch in dem gegen ihn abgesondert geführten Strafverfahren 6 E Vr 2917/83 des Landesgerichts für Strafsachen Graz, das mit einem rechtskräftigen Schuldspruch wegen Vergehens des schweren Betrugs (§§ 146, 147 Abs 2 StGB.) abgeschlossen wurde, nicht angelastet (insbesondere S. 29, 31, 33, 65 und 67 der letztangeführten Akten). In der Hauptverhandlung ist der wesentliche Inhalt der vorerwähnten, Dr. Harald W\*\*\*, Dr. Herbert M\*\*\* sen., Dr. Jörg M\*\*\*, Dr. Leena M\*\*\* und Dr. Ernst O\*\*\* betreffenden Akten zur Sprache gekommen (Band 55 S. 400 und 401). Die seinerzeitigen Aussagen dieser Personen wurden außerdem gemäß § 252 Abs 1 Z. 1 StPO. verlesen (Band 55 S. 402). Der vom Beschwerdeführer behauptete Umstand, daß mit diesen Ärzten Rezepte ausschließlich unter Ärztemusterverwertung manipuliert worden seien, findet nach dem Vorgesagten in den bisherigen Angaben dieser Ärzte keine Deckung. Der Verteidiger des Angeklagten hat bei der Antragstellung in der Hauptverhandlung auch gar nicht behauptet, daß diese Personen als Zeugen anders, von ihrer bisherigen Darstellung abweichend und somit für den Angeklagten günstiger aussagen würden. Der Angeklagte hat auch niemals vorgebracht, sich durch Rückfrage bei den vorerwähnten Ärzten vergewissert zu haben, daß die zur Verrechnung vorgelegten Rezepte der Verwertung von (an Kassenpatienten abgegebenen) Ärztemustern dienten; er konnte somit diese von ihm behauptete Annahme selbst nach seiner eigenen Verantwortung nicht auf Mitteilungen dieser Zeugen stützen. Es war somit auch durch die Einvernahme der Zeugen Dr. Harald W\*\*\*, Dr. Herbert M\*\*\* sen., Dr. Jörg M\*\*\*, Dr. Leena M\*\*\* und Dr. Ernst O\*\*\* von vornherein keine Änderung der Beweislage zugunsten des Angeklagten zu erwarten, ganz abgesehen davon, daß die Einvernahme der Zeugen Dr. Harald W\*\*\* und Dr. Herbert M\*\*\* sen. (infolge krankheitsbedingter Vernehmungsunfähigkeit) sowie der Zeugen Dr. Jörg und Dr. Leena M\*\*\* (infolge unbekannten Aufenthalts) nicht durchführbar war. Der vom Beschwerdeführer durch die Zeugen Christine T\*\*\* und Josefa K\*\*\* angestrebte (Band 55 S. 377, 378 Punkt 6) Nachweis, daß er von Johann P\*\*\* und Mag. Josef P\*\*\* über Rezeptbetrügereien nicht informiert worden sei und keine Anordnungen zur Durchführung dieser Betrügereien getroffen habe, kann durch diese Zeugen keinesfalls erbracht werden: Vor allem könnten sie eine entsprechende (vom Erstgericht als erwiesen angenommene) Information des Angeklagten durch andere Personen nicht ausschließen und im übrigen, soweit es die hier in Betracht kommenden Anordnungen betrifft, nur bekunden, daß sie (K\*\*\* und T\*\*\*) von solchen nichts wissen, was aber nach den Denkgesetzen nicht ausschliesse, daß der Angeklagte solche Anordnungen gegenüber P\*\*\* und P\*\*\* doch getroffen hat. Nur am Rand sei noch bemerkt, daß Christine T\*\*\* im Vorverfahren ohnedies als Zeugin gerichtlich vernommen wurde und zu den vorerwähnten Beweisthemen keine sachdienlichen Angaben machen konnte (Band 53 ON. 766 S. 254 und 255). Zu einer (neuerlichen) "Patienten-Befragung" mittels Rückleitung der Akten an den Untersuchungsrichter (Band 55 S. 379) bestand kein Anlaß. Wurden doch die in Betracht kommenden Kassenpatienten in großer Zahl vom Untersuchungsrichter zur Medikamentenabgabe vernommen. Die Protokolle über die gerichtlichen Aussagen dieser Zeugen wurden in der Hauptverhandlung gemäß § 252 Abs 1 Z. 4 StPO. (also mit dem Einverständnis des Angeklagten) vorgelesen (Band 55 S. 402 bis 415).

Soweit schließlich der Nichtigkeitswerber auf die von seinem Verteidiger noch vor der Hauptverhandlung eingebrachten schriftlichen Beweisanträge Band 52 ON. 745 und Band 53 ON. 774 und auf die in der Hauptverhandlung durch seinen Verteidiger abgegebene Erklärung verweist, diese Beweisanträge aufrecht zu erhalten (Band 55 S. 382 unten), entbehrt die Verfahrensrüge einer prozeßordnungsgemäßen Ausführung. Es kann nämlich dem in der Hauptverhandlung nicht spezifizierten Hinweis auf diese schriftlichen Anträge nicht entnommen werden, inwieweit durch deren Nichtberücksichtigung Verteidigungsrechte beeinträchtigt worden sein sollen, zumal einigen dieser Anträge ohnedies entsprochen wurde und einige davon Gegenstand einer besonderen Antragstellung des Verteidigers in der Hauptverhandlung waren. Soweit das in den Schriftsätzen enthaltene Anbringen in der

Hauptverhandlung explizit wiederholt, dann aber vom Gericht abgewiesen wurde, ist es in Erledigung der Verfahrensrüge bereits behandelt worden (siehe oben). Ob und aus welchen Gründen sich der Beschwerdeführer darüber hinaus durch die Nichterledigung von weiteren, schriftlich gestellten Anträgen in seinen Verteidigungsrechten beeinträchtigt erachtet, geht aus seiner Verfahrensrüge nicht hervor. Insoweit ist dieselbe einer sachlichen Erörterung nicht zugänglich.

Dem angefochtenen Urteil haftet aber auch kein Begründungsmangel (Z. 5) an.

Der Schuldspruch wegen Anstiftung zum schweren gewerbsmäßigen Betrug erstreckt sich nur auf jene Fälle von Rezeptmanipulationen, in welchen a) die auf den bei der O\*\*\* eingereichten Rezepten verschriebenen Medikamente den Kassenpatienten entweder überhaupt nicht oder b) nicht in der verrechneten Menge (oder Qualität bzw. Preislage) zugekommen sind oder c) sich ein Arzt durch ein pro ordinatione-Rezept vom Krankenversicherungsträger einen in Wahrheit gar nicht benötigten (und auch nicht bezogenen) Ordinationsbedarf bezahlen ließ (insbesondere US. 147 und 198). Soweit hingegen Ärzte für Heilmittel, die den Kassenpatienten in Form von Ärztemustern tatsächlich zugekommen sind, Rezepte über die O\*\*\* verrechnen ließen, hat das Gericht bloß eine Anstiftung zur Täuschung angenommen. Daß im Urteil auch in den Fällen einer "Ärztemusterverwertung" von "fingierten" Rezepten die Rede ist, kann, der Beschwerde zuwider, keinen Begründungsmangel bewirken; wurden doch auch diesfalls in der Apotheke in Wahrheit keine Medikamente abgegeben, sodaß, richtig gesehen, auch diese Rezepte (Heilmittelverschreibungen) "fingiert" waren. Von einem inneren Widerspruch des Urteils kann somit im Zusammenhang mit dem Ausdruck "fingiertes Rezept" nicht im entferntesten die Rede sein. Die entscheidende Urteilsfeststellung, derzufolge der Angeklagte wußte, daß den von den Ärzten bei der O\*\*\* zur Verrechnung mit den Sozialversicherungsträgern eingereichten Rezepten keineswegs stets nur eine "Ärztemusterverwertung" zugrundelag, stützte das Schöffengericht mängelfrei vor allem auf die Aussagen der Zeugen Johann P\*\*\*, Mag. Josef P\*\*\* und Sieglinde H\*\*\* (US. 155 bis 165).

Die Mängelrüge vermag aber auch zu den zur subjektiven Tatseite (Handeln des Angeklagten mit Schädigungs- und Bereicherungsvorsatz;

siehe hiezu US 147 ff, insbesondere US 155, 169, 171 und 172;

hinsichtlich der Täuschung mit Schädigungsabsicht: siehe US. 190) getroffenen Konstatierungen keinen Begründungsfehler aufzuzeigen. Das gleiche gilt für die kritisierte "falsche Schadensberechnung". Ein Eingehen auf diesen Beschwerdepunkt, soweit er nicht nur den verfehlten Schuldspruch wegen Betrugs zu IV 45 b betrifft, erübrigt sich, weil damit die Wertqualifikation nach § 147 Abs 3 StGB. (auch in der Neufassung des Art. I Z. 15 StRÄG. 1987) gar nicht in Frage gestellt wird.

Der Hinweis auf die Größe der rezeptierten Packungen, aus der, so das Schöffengericht, für den Angeklagten gleichfalls zu erkennen war, daß keine Ärztemusterverwertung vorlag (US. 172), betrifft nur eines der zahlreichen Argumente für die Schlechtgläubigkeit des Beschwerdeführers. Eine mit den Denkgesetzen unvereinbare Argumentation wird damit nicht aufgezeigt.

Dies gilt auch für das Beschwerdevorbringen gegen die Anstiftung zum Betrug und zur Täuschung; denn daß der Angeklagte die - von seinem Vorsatz erfaßte - Täuschung und Vermögensschädigung der Sozialversicherungsträger unter anderem durch entsprechende Anordnungen und Aufforderungen an seine Angestellten (US. 52, 166, 167, 170, 172 und 173) veranlaßt hat, konnte das Gericht mängelfrei auf die Verfahrensergebnisse in der Hauptverhandlung, insbesondere auf die den Rechtsmittelwerber auch in diesem Punkt belastenden Aussagen der Zeugen P\*\*\* und Mag. P\*\*\*, stützen.

Zur gegen den Schuldspruch wegen Täuschung gerichteten Rechtsrüge (Z. 9 lit. a) ist vorweg festzuhalten, daß auch in diesen Fällen der Patient gemäß §§ 131 und 131 a ASVG. (im Urteil S. 170 zu weit: "§§ 130-132 ASVG.") gegenüber dem Krankenversicherungsträger keinen Anspruch auf eine Geldleistung gehabt hätte, welche also der "Krankenversicherungsträger bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes zu verweigern berechtigt gewesen wäre" (US. 82, 83). Die "Abgabe einer frei verwertbaren Gutschrift" an den Arzt oder Versicherten wurde, den ausdrücklichen Urteilskonstatierungen zufolge, durch Täuschung bewirkt (US 75, 76). Fehlte nicht die Feststellung des Bereicherungsvorsatzes, wäre dem Angeklagten auch in den Fällen einer Ärztemusterverwertung "der Tatbestand des schweren gewerbsmäßigen Betruges" anzulasten gewesen (US. 76 wörtlich: "Die Verurteilung wegen Täuschung erfolgte in jenen Fällen, wo dem Angeklagten aus subjektiven Gründen", d.h. wegen Fehlens des Bereicherungsvorsatzes, "der Tatbestand des schweren gewerbsmäßigen Betruges nicht anzulasten war"; auch US.

190).

Von den beiden im Urteil angeführten, durch Täuschung geschädigten Rechten stellt sich das Recht auf Ablehnung der Einlösung von Rezepten (siehe oben unter a) im Kern als das Recht auf Ablehnung einer vermögenswerten Leistung und damit als Vermögensrecht, die Ablehnung als solche als Verfügung über ein Vermögensrecht dar. Daß zu den durch § 108 Abs 1 StGB. geschützten konkreten Rechten lege non distinguente auch Vermögensrechte gehören, steht indes fest (JBl. 1976, 601 u.a.; Leukauf-Steininger<sup>2</sup> RN. 4; Bertel im WK. Rz. 36 f; Foregger-Serini<sup>2</sup> Anm. III 1; Mayerhofer-Rieder<sup>2</sup> Anm. 7, alle zu § 108 StGB.; EvBl 1987/197 = RZ. 1988/11 mit zustimmender Besprechung von Kienapfel). Für die Frage einer hier möglichen vermögensrechtlichen Schädigung der Sozialversicherungsträger ist entscheidend, daß sich die Antwort auch im Fall der Täuschung ausschließlich daran zu orientieren hat, ob die Kassen bei Kenntnis der wahren Sachlage berechtigt gewesen wären, die vermögenswerten Leistungen abzulehnen, die sie nur infolge der Vortäuschung eines Geschehens, das eine Leistungsverpflichtung der Versicherungsträger konstituiert hätte, erbrachten.

Die praktizierte "Ärztetusterverwertung" läuft darauf hinaus, daß dem Anspruchsberechtigten das Medikament, auf das er Anspruch hatte, durch den Arzt in der Form eines Ärztetusters ausgefolgt wurde. Die nachfolgende Taxierung und Einreichung eines entsprechenden Rezepts durch die Apotheke, der nicht die Ausfolgung des rezeptierten Medikaments seitens der Apotheke selbst zugrundelag, zielte auf die Erstattung des materiellen Werts des den Ärzten kostenlos überlassenen und von ihnen weitergegebenen Tusters ab, war sohin rechtlich auf eine Erstattung gerichtet, die dann als Gutschrift in Erscheinung trat.

Die "Erstattung von Kosten der Krankenbehandlung", die auch Heilmittel einschließt, ist im § 131 ASVG. geregelt. Darnach ist eine solche Erstattung nur für den Fall vorgesehen, daß der Anspruchsberechtigte nicht die Vertragspartner des Versicherungsträgers oder dessen eigene Einrichtungen in Anspruch nimmt. Wird hingegen zur Erbringung der Sachleistung der Krankenbehandlung, wie hier, ein Vertragspartner (Vertragsarzt) des Versicherungsträgers herangezogen, dann ist zufolge Umkehrschlusses aus § 131 Abs 1 ASVG. die Erstattung von Kosten der Krankenbehandlung, also auch der Heilmittel (siehe oben), ausgeschlossen. Ob bei einem anderen Geschehensablauf eine Verwertung von Ärztetustern für Rechnung der Sozialversicherungsträger damals noch (!) möglich gewesen wäre (etwa bei identer Rezeptierung und Abgabe der vom Apotheker angekauften Ärztetuster in der Apotheke), kann dahingestellt bleiben, weil von dem tatsächlichen, nicht von einem hypothetischen Geschehensablauf auszugehen ist (abermals EvBl 1987/197 = RZ. 1988/11).

Zusammenfassend mit anderen Worten: Ob vom Arzt dem Patienten ein Ärztetuster gegeben wurde, ob in der Apotheke andere als die verschriebenen Medikamente ausgegeben worden sind oder ob der Patient gar kein Heilmittel bekommen hat, ist nicht entscheidend. Alle diese Fälle stehen infolge der kategorischen Norm des § 131 Abs 1 ASVG einander gleich: In keinem von ihnen hatte der Versicherungsträger etwas zu leisten, weil sich die Zahlungen an den Apotheker Dr. B\*\*\* in den ersten beiden Fällen in Wahrheit als ein Kostenersatz trotz Inanspruchnahme eines Vertragsarztes, im letzten Fall in Wahrheit als ein Nichtersatz darstellen. Bei der Ausgabe von Ärztetustern und bei der Abgabe von anderen als den rezeptierten Heilmitteln war es ein Kostenersatz für Leistungen, die von der Kasse - bei Konsultierung eines Vertragsarztes - nicht zu ersetzen sind; wenn der Patient gar kein Heilmittel erhalten hat, war es ein "Ersatz" für eine Nichtleistung. Gleiches gilt für den von den betrügerischen Ärzten nicht benötigten und nicht bezogenen Ordinationsbedarf. - Wird jemandem seine Verpflichtung zu einer Leistung vorgetäuscht und erbringt der Getäuschte die Leistung, so ist er geschädigt und, als Kehrseite hievon, jemand anderer bereichert. Ohne Bedenken und Beschließen dieses Ergebnisses hinwiederum erscheint aber ein derartiges Täuschungsmanöver geradezu sinnlos.

Die Rechtsrüge, die vom Urteilssachverhalt abweicht, ist nicht prozeßordnungsgemäß ausgeführt.

Die Subsumtionsrüge (Z. 10) schlägt aber auch, soweit sie die Beurteilung des Tatverhaltens zu Betrug und Täuschung als Anstiftung bekämpft, nicht durch.

Unter Bestimmung eines anderen zur Ausführung einer strafbaren Handlung im Sinn des § 12, zweiter Fall, StGB ist die vorsätzliche Veranlassung dieses anderen zur Tatbegehung zu verstehen, wobei als Bestimmen alle Verhaltensweisen in Betracht kommen, die einen Anstoß zur Ausführung der Straftat geben, also damit in einem ursächlichen Zusammenhang stehen (LSK. 1976/73, 1979/85 zu § 12 StGB.). Da zwischen dem Bestimmenden und demjenigen, der die Tat ausführen soll, keine unmittelbare Verbindung bestehen muß, somit Anstiftung auch dann vorliegt, wenn sich der Bestimmungstäter einer Mittelsperson zwecks Einwirkung auf den Willensentschluß des Ausführenden bedient



(LSK. 1976/225), ist dem Gericht kein Rechtsirrtum unterlaufen, wenn es Anstiftung auch in Fällen annahm, in welchen der Angeklagte auf Ärzte oder Versicherte zwecks Beteiligung an deliktischen Rezeptmanipulationen einwirkte; denn Anstiftung (§ 12, zweiter Fall, StGB.) kann auch in einer "Kettenbestimmung" verwirklicht sein (Leukauf-Steininger2, RN. 21 zu § 12 StGB.).

Für den Angeklagten wäre aber auch für den - nach den Urteilsfeststellungen gar nicht aktuellen - Fall nichts zu gewinnen, daß der Anzustiftende (hier: die Ärzte, die Versicherten oder die Angestellten der O\*\*\*, insbesondere Johann P\*\*\* und Mag. Josef P\*\*\*) bereits von sich aus zur Tatbegehung entschlossen gewesen sein sollten. Es läge dann beim Angeklagten zwar keine (gelungene) Bestimmungstäterschaft nach § 12, zweiter Fall, StGB. (LSK. 1976/262), wohl aber Beitragstäterschaft, nämlich sowohl psychische als auch physische Beihilfe nach § 12, dritter Fall, StGB. vor. Angesichts der rechtlichen Gleichwertigkeit der im § 12 StGB. umschriebenen Täterschaftsformen (14 Os 71/87, 13 Os 168/86, 9 Os 78/83, JBl. 1983 S. 214, JBl. 1986 S. 59 u.v.a.) hätte dem Angeklagten selbst bei einer unrichtigen Annahme einer Bestimmungs- statt einer Beitragstäterschaft kein Nachteil erwachsen können, weil auch für diesen Fall keine materielle Urteilsnichtigkeit (Z. 10) vorläge (Leukauf-Steininger2, RN. 57 und 59 zu § 12 StGB. und die dort zitierte Judikatur). Da sich das laut Ersturteil dem Angeklagten angelastete Verhalten keineswegs in einer Tatbestandsverwirklichung durch bloßes Unterlassen erschöpft, vielmehr (auch) in einem Tun besteht, erübrigt sich eine weitere Prüfung der Voraussetzungen einer Tatbestandserfüllung durch Unterlassen im Sinn des § 2 StGB. Daran scheitert auch eine dem Nichtigkeitswerber vorschwebende Tatbeurteilung als Vergehen nach § 286 Abs 1 StGB. Als nichtig nach Z. 9 lit. b rügt die Beschwerde, daß Steuerbeträge zu Unrecht in die Schadenssumme einbezogen worden seien. Da hinsichtlich dieser Beträge eine Vereinbarung mit der Republik Österreich getroffen und auch eingehalten worden sei, wäre diesbezüglich § 167 StGB. anzuwenden gewesen. Ungeachtet dessen, daß dieses Vorbringen rechtlich unhaltbar ist (SS. 39/32, EvBl 1976/88 = LSK. 1975/174 u.v.a.), kann es, weil eine Schadensreduzierung darnach eine strafrechtliche Wertgrenze nicht tangierte, auf sich beruhen.

Die Schuldsprüche wegen Täuschung hält der Angeklagte weiters deshalb nach Z. 9 lit. c (richtig Z. 9 lit. b: LSK. 1976/134 u.a.) für nichtig, weil die nach § 108 Abs 2 StGB. zur Verfolgung erforderliche Ermächtigung der in ihren Rechten Verletzten fehle, die diese erst verspätet (am Ende der Hauptverhandlung) erteilt hätten. Der Privatbeteiligtenanschluß aber, der zwar als Verfolgungsermächtigung gelte (§ 2 Abs 5 StPO.), sei wegen voller Schadensgutmachung unzulässig gewesen. Damit aber fehle für die Schuldsprüche wegen Täuschung die nach dem Gesetz erforderliche Anklage (gemeint: die Verfolgungsvoraussetzung der Ermächtigung). Auch dieses Vorbringen versagt. Genug daran, daß, wie die Beschwerde selbst einräumt, die in ihren Rechten Verletzten dem Gericht gegenüber erklärten, sich dem Strafverfahren als Privatbeteiligte anzuschließen, welche Erklärung allein (unabhängig von einer Zulassung als Privatbeteiligter) kraft Gesetzes als Verfolgungsermächtigung gilt.

In den vom Erstgericht als Täuschung nach § 108 Abs 1 StGB. beurteilten Fällen ist, wie dargetan, eine Schädigung der Sozialversicherungsträger an Vermögensrechten eingetreten, weil diese durch Irreführung und Täuschung zu Erstattungsleistungen verleitet wurden, die sie bei Kenntnis der wahren Sachlage mangels einer gesetzlichen Grundlage für solche Leistungen (siehe nochmals: Umkehrschluß aus § 131 Abs 1 ASVG.) nicht zu erbringen gehabt hätten. Ob der vom Tatgericht rücksichtlich der als geschädigt angenommenen beiden Rechte (1. auf Ablehnung der Einlösung von Rezepten, 2. auf Gestaltung der Honorierung der abgegebenen Heilmittel auch durch Einzelverträge) als nicht erwiesen angesehene Bereicherungsvorsatz im Hinblick auf das in Wahrheit geschädigte Vermögensrecht doch zu bejahen wäre (womit auch hier Betrug vorläge), muß mangels einer Anfechtung dieses Schuldspruchs zum Nachteil des Angeklagten auf sich beruhen (vgl. erneut EvBl 1987/197 = RZ. 1988/11 und die dortige Anmerkung Kienapfels betreffend das Unterlaufen des Betrugstatbestands mit Hilfe des § 108 StGB.).

Die infolge des Teilfreispruchs nach Kassierung des Strafausspruchs erforderliche Neubemessung der Strafe nach §§ 28, 147 Abs 3 StGB. kann sich an den erstrichterlichen Strafzumessungserwägungen orientieren. Darnach waren erschwerend das Zusammentreffen eines Verbrechens mit einem Vergehen, die zweifache Qualifikation zum Betrug, trotz der Gewerbsmäßigkeit die häufige, ja tagtägliche Verübung des schweren gewerbsmäßigen Betrugs durch einen sehr langen Zeitraum, der 500.000 S (siehe Art. I Z. 15, Art. XX Abs 1 StRÄG. 1987) mehrfach übersteigende Schaden und der Mißbrauch einer sozialen Einrichtung, die allen Bürgern dient. Mildernd waren demgegenüber die Unbescholtenheit des Angeklagten und sein bisher ordentlicher Lebenswandel.

Dazu ist (teilweise unter Bezugnahme auf die Argumentation in den sachlich nicht zu erledigenden Berufungen beider Prozeßparteien) zu sagen, daß eine gewerbsmäßige Tatbegehung nur in der Regel die Wiederholung der Angriffe als

zusätzlich erschwerend ausschließt. Wo aber, wie hier, so gut wie tagtäglich über viele Jahre hinweg begangene Betrügereien zu einem auch in der heutigen Zeit als enorm zu bezeichnenden Schaden geführt haben, können diese Aspekte neben der Gewerbsmäßigkeit durchaus noch eigenständig ins Gewicht fallen (LSK. 1983/120). Angesichts der umfassenden Bedeutung der gesetzlichen Sozialversicherung in der aktuellen Gesellschaftsordnung war es auch keineswegs verfehlt, bei den Durchstechereien zum Nachteil ihrer Träger von einem Mißbrauch einer "sozialen Einrichtung, die allen Bürgern dient", zu sprechen. Schon infolge der periodischen Gebahrungszuschüsse der öffentlichen Hand, also der Gesamtheit der Steuerzahler, sind jedenfalls von solchen verbrecherischen Mißbräuchen mehr Bürger betroffen als bloß die "Sozialversicherten".

Eine volle Schadensgutmachung kann nicht angenommen werden (siehe die Privatbeteiligtenanschlüsse im Betrag von rund 2 1/2 Millionen Schilling im Band 55 S. 417). Ein längeres Zurückliegen der Taten scheidet angesichts des Umfangs der Delikte und des durch die immense Aufklärungsarbeit bedingten außergewöhnlichen Zeitaufwands als mildernd aus, zumal auch die temporäre Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten eine Verfahrensverzögerung bewirkt hat. Daß sich der Angeklagte leicht durch Flucht der Verfolgung hätte entziehen können, muß wohl angesichts seines beeinträchtigten Gesundheitszustands mehr als bezweifelt werden; außerdem befand sich der Rechtsbrecher, wenn auch nur kurze Zeit, in Untersuchungshaft. Da er kein Unterlassungsdelikt zu verantworten hat (siehe die Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde), ist auch unter diesem Gesichtspunkt für ihn nichts zu gewinnen. Eine Unbesonnenheit ist mit dem gegenständlich und zeitlich exorbitanten Umfang der Verfehlungen schlechthin unvereinbar.

Was in diesem Straffall geradezu abstoßend hervortritt, ist der organisatorisch nahezu perfektionierte, viele Jahre hindurch skrupellos praktizierte Mißbrauch zu Lasten der Sozialversicherungsträger, die, wie dieser Fall zeigt, letztlich auf die korrekte Gebahrung der Apotheker und der Ärzte angewiesen sind. Es war - und das kennzeichnet die fallbezogene Tatschuld in besonderem Maß - ein Mißbrauch seitens des in einem abgesicherten materiellen Wohlstand lebenden Angeklagten, der durch seine berufliche und wirtschaftliche Stellung geradezu zur Zentrafigur des kriminellen Geschehens wurde, in das viele andere verwickelt waren, die ohne den korrumpierenden Einfluß dieses Rechtsbrechers niemals in die Lage gekommen wären, Betrügereien der ihnen angelasteten Art in größerem Umfang zu begehen. Die bedenkenlose, jahrelange Ausnützung von weitgehend dem Gemeinwohl dienenden Einrichtungen durch verbrecherische Praktiken, deren in die Augen springender Unrechtsgehalt geradezu die allgemeine Empörung herausfordert (Luxusgüter auf Kosten der Krankenkasse !), indiziert ein überdurchschnittliches Maß an Verwerflichkeit, das gebieterisch eine entsprechende strafrechtliche Sanktion verlangt. Die Freiheitsstrafe war daher - was infolge der auf eine Erhöhung derselben abzielenden Berufung der Staatsanwaltschaft zulässig ist - auf drei Jahre anzuheben.

Bei diesem Ausmaß der Strafe wäre nur deren teilbedingte Nachsicht gemäß § 43 a Abs 4 StGB. möglich. Die Rückverweisung dieser Gesetzesstelle auf die "Voraussetzungen des § 43" StGB. erfordert aber auch im Bereich des § 43 a StGB. die Bedachtnahme darauf, ob es der Vollstreckung der Strafe bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken (§ 43 Abs 1 StGB.). An diesem Bedürfnis kann nach dem zuvor über das Verhältnis der Sozialversicherungsträger zu ihren Kontrahenten Gesagten und im nochmaligen Hinblick auf Umfang und Dauer der großteils verbrecherischen, zum geringeren Teil auf Vergehensebene abgeurteilten Malversationen nicht vorbeigegangen werden. Mit ihren Berufungen waren die beiden Prozeßparteien auf die Neubemessung der Strafe zu verweisen.

#### **Anmerkung**

E14081

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0130OS00137.87.0519.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880519\_OGH0002\_0130OS00137\_8700000\_000

**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)