

# TE OGH 1985/3/6 90s201/84

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.03.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 6.März 1985 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Lachner, Hon.Prof. Dr. Steininger, Dr. Horak und Dr. Massauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Schwab als Schriftführer in der Strafsache gegen Ernest A wegen des Verbrechens des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB sowie einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 23.Oktober 1984, GZ 9 Vr 4143/83-25, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Erster Generalanwalt Dr. Nurscher, des Angeklagten Ernest A und des Verteidigers Dr.Martin Riedl zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch, der Angeklagte habe durch die ihm laut Punkt 2 des Urteilssatzes angelastete Tathandlung das Vergehen des Betruges unter Ausnützung einer Amtsstellung nach §§ 146, 313 StGB begangen, sowie im Strafausspruch aufgehoben und gemäß § 288 Abs. 2 Z 3 StPO im Umfang der Aufhebung unter Neufassung des (gesamten) Urteilstenors in der Sache selbst erkannt:

Ernest A ist schuldig, er hat am 6.August 1983 in Spielfeld als dem dortigen Gendarmerieposten zur Verkehrsüberwachung zugeteilter Beamter der Stabsabteilung des Landesgendarmeriekommandos für Steiermark mit dem Vorsatz, den Staat an seinem Recht auf Ahndung von Verstößen gegen die Straßenverkehrsordnung und gesetzmäßige Erlassung von Organstrafverfügungen zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, dadurch wissentlich mißbraucht, daß er den türkischen Staatsangehörigen Nicola B, nachdem er ihn bei Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs. 3 lit a StVO in Verbindung mit § 9 Abs. 5 StVO (durch Benützung der auf Grund von Bodenmarkierungen ausschließlich für LKW vorgesehenen Fahrspur mit dem von ihm gelenkten PKW) betreten hatte, nicht den zuständigen Organen zur Amtshandlung übergab, sondern ihn unter der Vorgabe, zur Erlassung von Organstrafverfügungen ermächtigt zu sein, zur Bezahlung einer 'Geldstrafe' von 15 DM verhielt.

Ernest A hat hiedurch das Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB begangen und wird hiefür nach dieser Gesetzesstelle unter Anwendung des § 41 StGB zu 4 (vier) Monaten Freiheitsstrafe sowie gemäß § 389 StPO zum Ersatz der Kosten des Strafverfahrens verurteilt.

Gemäß § 43 Abs. 1 StGB wird die Freiheitsstrafe unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen. Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß § 390 a StPO fallen ihm auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 29. Dezember 1930 geborene Gendarmeriebezirksinspektor Ernest A (im zweiten Rechtsgang abermals) des Verbrechens des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB (Punkt 1 des Urteilsatzes) und des Vergehens des Betruges unter Ausnützung einer Amtsstellung nach §§ 146, 313 StGB (Punkt 2) schuldig erkannt, begangen dadurch, daß er am 6. August 1983 in Spielfeld als dem Gendarmerieposten Spielfeld zur Verkehrsüberwachung zugeteilter Beamter der Stabsabteilung des Landesgendarmeriekommandos für Steiermark (zu 1) mit dem Vorsatz, den Staat an seinem Recht auf Ahndung von Verstößen gegen die Straßenverkehrsordnung zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, dadurch wissentlich mißbrauchte, daß er den Lenker eines PKWs (Nicola B), welcher die für LKW vorgesehene Fahrspur benützte (Verstoß gegen § 9 Abs. 5 StVO) nicht den zuständigen Organen zur Amtshandlung übergab, sondern vorschriftswidrig weiterfahren ließ, und (zu 2) unter Ausnützung der ihm durch seine Amtstätigkeit gebotenen Gelegenheit mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich unrechtmäßig zu bereichern, Nicola B, einen gegen die Bestimmung des § 9 Abs. 5 StVO verstoßenden Lenker eines PKWs, durch die Vorgabe, zur Empfangnahme einer vorläufigen Sicherheit und zur Erlassung von Organstrafverfügungen ermächtigt zu sein, zur Bezahlung von 15 DM bzw 100 öS, sohin durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung verleitete, welche den Genannten an seinem Vermögen schädigte.

## **Rechtliche Beurteilung**

Den Schuldspruch bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Z 5, 8, 9 lit a und 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, der teilweise Berechtigung zukommt. Unbegründet ist zunächst die Mängelrüge (Z 5).

Der behauptete 'erhebliche Widerspruch' des festgestellten Sachverhalts, den der Beschwerdeführer darin erblickt, daß in den Urteilsgründen zunächst festgestellt werde, er habe nach der Rückgabe der Kraftfahrzeugpapiere an B nichts dagegen unternommen, daß dieser auf dem 'verbotenen Fahrstreifen' weitergefahren sei, während im Rahmen der rechtlichen Beurteilung hievon abweichend konstatiert werde, daß er B die Weiterfahrt auf diesem Fahrstreifen ausdrücklich gestattet habe, betrifft keine entscheidende Tatsache; denn es kommt, wie in der Folge noch auszuführen sein wird, auf diese (unterschiedlichen) Varianten des Tatgeschehens gar nicht an. Maßgeblich ist vielmehr, daß der Angeklagte den B nicht den zuständigen Organen zwecks Abstrafung übergab, sondern dessen Bestrafung unter Vortäuschung einer tatsächlich nicht bestehenden Strafbefugnis selbst vornahm. Im übrigen aber lassen der Urteilspruch (vgl S 199) und die damit eine Einheit bildenden Gründe in ihrer Gesamtheit (vgl insbesondere auch S 204) keinen Zweifel daran, daß der Angeklagte dem B nach der (gesetzwidrigen) Entgegennahme des (Straf-) Betruges von 15 DM die Weiterfahrt auf dem für LKW bestimmten Fahrstreifen gestattete und demzufolge ein positives Tun gesetzt hat. Diese Feststellung konnte das Schöffengericht, entgegen dem Beschwerdevorbringen, im Wege der ihm zukommenden Beweiswürdigung (§ 258 Abs. 2 StPO) auf die für glaubwürdig erachteten Aussagen der als Zeugen vernommenen Gendarmeriebeamten Johann C (S 42, 189) und Karl Heinz D (vgl S 121) gründen, wonach B ihnen gegenüber erklärte, der Angeklagte habe ihm nach Bezahlung von 15 DM die Weiterfahrt auf dem in Rede stehenden Fahrstreifen gestattet.

Insoweit der Beschwerdeführer dieser 'von C bezeugten Behauptung' des Nicola B die 'innere Wahrscheinlichkeit' abzusprechen und eine derartige Verhaltensweise des Angeklagten aus dessen Sicht nach den Erfahrungen des täglichen Lebens als 'unwahrscheinlich' hinstellen versucht, unternimmt er ebenso wie mit der Behauptung, die beiden 'jungen Kollegen' seien 'von Anfang an gegen ihn voreingenommen' gewesen, nur einen unzulässigen Angriff gegen die Beweiswürdigung des Schöffengerichts, welches mit eingehender Begründung seiner Verantwortung insgesamt und insbesondere auch soweit er behauptete, er habe B aufgefordert, das Eintreffen der 'Funkpatrouille' abzuwarten, den Glauben versagte (S 204 ff). Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang die Vernehmung des Nicola B als Zeugen vermißt, rügt er der Sache nach in Wahrheit einen Verfahrensmangel (Z 4), für dessen Geltendmachung es jedoch schon an den formalen Voraussetzungen, nämlich eines in der Hauptverhandlung (konform) gestellten Antrags mangelt.

Der von der Beschwerde behauptete Widerspruch in der Aussage des Zeugen C betreffend die (zudem gar nicht entscheidungswesentliche) Frage, ob der Angeklagte zum Tatzeitpunkt mit einem Funkgerät ausgerüstet war, liegt gleichfalls nicht vor. Denn der Zeuge hat, nachdem er in der Hauptverhandlung am 7. Februar 1984 erklärt hatte (S

138), er habe beim Angeklagten ein Funkgerät gesehen, in der im zweiten Rechtsgang am 23. Oktober 1984 (demnach mehr als 8 Monate später) durchgeführten Hauptverhandlung hiezu lediglich erklärt (S 190), er sei bisher der Meinung gewesen, daß der Angeklagte damals ein Funkgerät hatte, könne dies aber jetzt nicht mehr mit Sicherheit sagen.

Die Frage aber, ob der Zeuge C den Angeklagten zur Tatzeit zur Erstattung einer Anzeige für berechtigt hielt oder nicht, ist eine rechtliche Schlußfolgerung des Zeugen, zu deren Erörterung im Urteil sohin kein Anlaß bestand.

Bei dem Einwand hinwieder, das Erstgericht habe unerörtert gelassen, daß der Zeuge D in der Hauptverhandlung vom 10. Jänner 1984 die Möglichkeit eingeräumt habe, den Angeklagten danach gefragt zu haben, ob er 'eine Frau oder ein Ehepaar' bestraft habe, während er am 23. Oktober 1984 die bezügliche Frage mit 'Haben sie vorfahrende Lenker bestraft?' wiedergegeben habe (S 186), läßt die Beschwerde vollkommen unberücksichtigt, daß der Zeuge D auch schon am 10. Jänner 1984 - also im ersten Rechtsgang, in dem noch 'drei Fälle', darunter auch jener einer PKW-Lenkerin, unter Anklage standen (S 46) - ausdrücklich erklärte (vgl S 120), den Angeklagten gefragt zu haben, 'ob er PKW-Lenker bestraft hat' und (erst) auf Befragen durch den Verteidiger, ob er insbesondere nach der Bestrafung einer Frau oder eines Ehepaares gefragt habe, diese Möglichkeit einräumte. Mit dieser Aussage des Zeugen D aber hat sich das Erstgericht ohnedies auseinandergesetzt (S 205) und mit mangel freier Begründung zum Ausdruck gebracht, daß angesichts der Tatsache, daß die Gendarmeriebeamten D und C den Nicola B im Streifenfahrzeug mitführten, um die Behauptung des B, er habe bereits 15 DM bezahlt, zu überprüfen, keine Veranlassung bestand, sich primär danach zu erkundigen, ob der Angeklagte (auch) eine Frau abgestraft habe. Zudem läßt die Beschwerde im gegebenen Zusammenhang außer Betracht, daß der Angeklagte, der den von B eingehobenen Betrag von 15 DM nach der Gegenüberstellung mit diesem erst aus seiner Hosentasche herausgenommen und an den Gendarmeriebeamten Anton E übergeben hat (S 203), selbst nicht aufklären konnte (vgl S 183, 206), worin die von ihm behauptete Hilfe (für die zur Erlassung von Organstrafverfügungen ermächtigten Kollegen) bestehen konnte, wenn das Strafgeld dem zur Entgegennahme berechtigten Beamten statt aus der Hand des beanstandeten Lenkers aus seiner Hand gegeben wurde. Mit dem im Rahmen der Mängelrüge (Z 5) erhobenen Einwand schließlich, das Urteil leide insoweit an Feststellungsmängeln (sachlich Z 9 lit a) zur subjektiven Tatseite, als ihm nicht entnommen werden könne, daß er die 'Absicht' hatte, den Staat in seinem konkreten Recht auf Ahndung von Verkehrsvorschriften zu schädigen bzw sich den Betrag von 15 DM zuzueignen, setzt sich der Beschwerdeführer über die maßgebenden Konstatierungen des Erstgerichts (S 198 f, 206 f) hinweg, welches insbesondere auch darauf hinwies (vgl S 201, 207), daß der Angeklagte als langjähriger Gendarmeriebeamter und zudem auf Grund der vor dem konkreten Dienstantritt erfolgten Belehrung durch den damaligen Postenkommandanten des Gendarmeriepostens Spielfeld Johann F von seinen Aufgaben und Befugnissen 'genaue Kenntnis' hatte; davon abgesehen muß der wissentliche Befugnis mißbrauch bloß vom (bedingten) Vorsatz des Täters getragen sein, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen.

Eine Überschreitung der Anklage (Z 8) erblickt der Beschwerdeführer darin, daß ihm nach dem Inhalt der Anklageschrift (ON 3) das Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt begangen durch Unterlassung der Anzeigeerstattung an die zuständige Bezirkshauptmannschaft angelastet werde, während das Schöffengericht dieses Verbrechen dadurch als verwirklicht ansah, daß er Nicola B vorschriftswidrig weiterfahren ließ und nicht den zuständigen Organen zur Amtshandlung übergeben habe.

Auch diese Rüge versagt: Gegenstand einer Anklage ist immer nur die Beteiligung eines Menschen an einem bestimmten - in den Anklagegründen geschilderten - Vorfall, an einem Ereignis, das nach Ansicht des Anklägers einen strafbaren Erfolg herbeigeführt hat. Die Anklage umfaßt demnach einen Komplex von Tatsachen, wobei es Aufgabe des Gerichtes ist, deren strafrechtliche Erheblichkeit im einzelnen zu prüfen, und wobei die Identität der Tat durch den Hinzutritt oder den Wegfall von Momenten, die ihren Kern nicht berühren, nicht verloren geht. Besteht - wie im vorliegenden Fall - an der Identität des angeklagten Ereignisses mit dem abgeurteilten kein Zweifel, dann bedeutet es insbesondere auch keine Anklageüberschreitung, wenn das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, daß das strafbare Verhalten des Beschwerdeführers nicht in der Unterlassung einer Anzeigeerstattung an die Bezirkshauptmannschaft, sondern in der pflichtwidrigen Gestattung der Weiterfahrt gelegen war (vgl Mayerhofer-Rieder StPO 2 ENr 15 ff, 40 ff zu § 262).

Zwar an sich zutreffend ist jene in der Rechtsrüge (Z 9 lit a) aufgestellte Behauptung, der Staat habe kein absolutes Recht auf Bestrafung oder Anzeige eines sich verkehrswidrig verhaltenden Lenkers; die Ahndung eines solchen Verhaltens könne daher auch durch bloße Abmahnung (gemäß § 21 VStG) erfolgen. Die Beschwerde übersieht indes vorliegend die im Urteil - insoweit in Übereinstimmung mit der Verantwortung des Angeklagten, der sich selbst nie

dahin verantwortete, er habe Nicola B bloß abmahnen wollen (vgl S 182) - ausdrücklich getroffene Feststellung (S 204), daß der Angeklagte von B die 15 DM als Strafbetrag entgegengenommen hat und demzufolge für ein Vorgehen nach § 21 Abs. 2 VStG kein Raum mehr war. Da das angewendete Gesetz solcherart nicht mit sämtlichen maßgebenden Sachverhaltskonstatierungen verglichen wird, gelangt die Rechtsrüge insoweit nicht zu prozeßordnungsgemäßer Darstellung. Mit Recht ficht der Beschwerdeführer dagegen gestützt auf § 281 Abs. 1 Z 10 StPO die Unterstellung seines vom Schöffengericht festgestellten Verhaltens (auch) unter den Tatbestand des § 146 StGB an.

Wird nämlich ein Mißbrauch der Amtsgewalt (§ 302 Abs. 1 StGB) durch ein Verhalten begangen, das außerdem den Tatbestand einer allgemein strafbaren Handlung erfüllt, und ist dieses allgemein strafbare Delikt nicht (in seiner Gesamtauswirkung - vgl § 61 StGB) mit strengerer Strafe bedroht (§ 28 StGB) als das zuvor genannte, dann wird sein Unwertgehalt schon durch die Anwendung des § 302 StGB voll erfaßt (vgl RZ 1978/63 = verst Senat RZ 1977/44 ua). Das dem Angeklagten als Betrug angelastete Verhalten wird folglich durch jenen Mißbrauch der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB konsumiert, dessen Tatbestandsmerkmale er nach den Urteilsfeststellungen durch sein Tatverhalten gemäß Punkt 1 des Urteilsatzes (gleichfalls) verwirklicht hat. Die Bezahlung des mit der vermeintlichen Organstrafverfügung verhängten Betrages von 15 DM durch B stellt sich nach Lage des Falles als Teilakt im Gesamtplan des Angeklagten dar, den Staat in seinem Recht auf Ahndung von Verkehrsverstößen und auf gesetzmäßige Erlassung von Strafverfügungen dadurch zu schädigen, daß er als Gendarmeriebeamter einen sich verkehrswidrig verhaltenden Kraftfahrzeuglenker nicht der Bestrafung durch die hierfür zuständigen Organe zuführte, sondern ihn unter Mißbrauch seiner Befugnisse selbst 'abstrafte'.

Diese vom Obersten Gerichtshof bereits in der kassatorischen Entscheidung vom 12.Juni 1984, GZ9 Os 82/84-5, dargelegte Rechtsansicht kommt zwar ohnedies in den Urteilsgründen (vgl S 207) zum Ausdruck; dies ändert aber nichts daran, daß der Schuldspruch laut Urteilstenor dennoch nicht nur wegen des Verbrechens des Mißbrauchs der Amtsgewalt, sondern auch wegen des Vergehens des Betrages erfolgte.

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde war daher das Urteil in der rechtlichen Beurteilung des zu Punkt 2 des Urteilsatzes festgestellten Verhaltens als Vergehen des Betrages unter Ausnützung einer Amtsstellung nach §§ 146, 313 StGB sowie demzufolge auch im Strafausspruch aufzuheben, das gesamte Tatverhalten (unter Neufassung des Urteilstenors) dem Tatbestand des § 302 Abs. 1 StGB zu unterstellen und die über den Angeklagten zu verhängende Strafe neu zu bemessen.

Bei dieser Strafneubemessung wurden (im wesentlichen wie schon in erster Instanz) kein Umstand als erschwerend, der bisherige ordentliche Lebenswandel sowie der Umstand, daß der Angeklagte die Tat schon vor längerer Zeit begangen und sich seither wohlverhalten hat, hingegen als mildernd gewertet.

Ausgehend von diesen besonderen Strafzumessungsgründen und unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze für die Strafbemessung erachtete der Oberste Gerichtshof eine Freiheitsstrafe in der - gegenüber der vom Erstgericht (schon unter Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung) mit fünf Monaten ausgemessenen etwas reduzierten - Dauer von vier Monaten als angemessen. Die verhängte Freiheitsstrafe war - wie dies bereits das Erstgericht getan hat - unter Bestimmung einer dreijährigen Probezeit gemäß § 43 Abs. 1 StGB bedingt nachzusehen.

Im Hinblick auf das durch § 302 StGB geschützte Rechtsgut, nämlich die Ordnungsgemäßheit und Sauberkeit der gesamten staatlichen Verwaltung sowie das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Beamten bei ihrer Amtsführung, stehen neben spezialpräventiven Belangen namentlich die (hier prävalierenden) Erfordernisse der Generalprävention einer Umwandlung der Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe entgegen (§ 37 Abs. 1 StGB).

Es war daher spruchgemäß zu erkennen.

#### **Anmerkung**

E05346

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0090OS00201.84.0306.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850306\_OGH0002\_0090OS00201\_8400000\_000

**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)