

# TE OGH 1984/8/28 90s81/84

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.08.1984

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 28. August 1984 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Steininger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Horak, Dr. Reisenleitner, Dr. Felzmann und Hon. Prof. Dr. Brustbauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Diexer als Schriftführerin in der Strafsache gegen Friedrich A wegen des Verbrechens der Veruntreuung nach § 133 Abs. 1 und 2 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht vom 15. März 1983, GZ 26 Vr 380/82-43, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Hauptmann, des Angeklagten, und des Verteidigers Dr. Bayr zu Recht erkannt:

## Spruch

I. Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, welches im übrigen unberührt bleibt, in den Punkten I 3

und I 4 des Schuldspruches sowie im Strafausspruch aufgehoben. II. In Ansehung des vom Punkt I 3 betroffenen Anklagevorwurfes wird gemäß § 288 Abs. 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Friedrich A wird von der wider ihn erhobenen Anklage, er habe auch dadurch, daß er im Juli 1981 in Tarrenz sich oder den B Autofachdienst A Gesellschaft mbH & CO KG ein ihm anvertrautes Gut, nämlich einen ihm von Peter C zum kommissionsweisen Verkauf übergebenen Personenkraftwagen Marke Toyota Carolla im Wert von 60.000 S durch übereignung zur Sicherstellung mit dem Vorsatz zueignete, sich oder einen Dritten dadurch unrechtmäßig zu bereichern, das Verbrechen der Veruntreuung nach § 133 Abs. 1 und 2 (zweiter Fall) StGB begangen, gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen.

III. Im weiteren Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuerlicher Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

IV. Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten verworfen.

V. Mit ihren Berufungen werden der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf die obige Entscheidung verwiesen.

VI. Gemäß § 390 a Abs. 1 StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der 38-jährige Friedrich A der Verbrechen der Veruntreuung nach § 133 Abs. 1 und 2 (zweiter Fall) StGB (Pkt I des Urteilstenors) und des schweren gewerbsmäßigen (richtig: gewerbsmäßigen schweren) Betruges nach §§ 146, 147 Abs. 3, 148 (zweiter Fall) StGB (Pkt II) sowie der Vergehen der fahrlässigen Krida nach § 159 Abs 1 Z 1 und 2 (§ 161 Abs. 1) StGB (III) und nach § 114 Abs 1 und 2 ASVG (IV) schuldig erkannt.

Laut Punkt I des Urteilsatzes liegt ihm zur Last, in Tarrenz ihm anvertrautes Gut in einem 100.000 S übersteigenden Gesamtwert sich oder der Firma B - D A E mbH & Co Kommanditgesellschaft mit dem Vorsatz zugeeignet zu haben, sich oder das genannte Unternehmen unrechtmäßig zu bereichern, und zwar 1) im Frühjahr 1981 vier ihm von der Firma Manfred F Gesellschaft mbH zum kommissionsweisen Verkauf übergebene Personenkraftwagen durch deren Verkauf und Nichtablieferung des Verkaufserlöses (richtig sohin den jeweils an die Stelle des Kommissionsgutes getretenen Verkaufserlös) in der Gesamthöhe von 616.487,40 S;

2) im Frühjahr 1981 (richtig: im Juni oder Juli 1981; siehe die Urteilsbegründung Bd III S 27 in Verbindung mit Bd II S 78, 89 und 97) einen ihm von der Firma Hans G Gesellschaft mbH zum kommissionweisen Verkauf übergebenen Personenkraftwagen durch Verkauf und Nichtablieferung des Verkaufserlöses (richtig: einen Betrag von 52.430 S aus dem erzielten Verkaufserlös);

3) im Juli 1981 einen ihm von Peter C zum kommissionsweisen Verkauf übergebenen Personenkraftwagen im Werte von mindestens 50.000 S durch dessen übereignung an Josef H als Sicherstellung für eine Kaufpreisanzahlung;

4) im Mai 1981 (richtig: Juli 1981; siehe Urteilsbegründung Bd III S 30 in Verbindung mit Bd I S 539 f, Bd II S 103 und Bd III S 6) einen ihm von Georg I zum kommissionsweisen Verkauf übergebenen Personenkraftwagen durch Verkauf und Nichtablieferung des Verkaufserlöses (richtig wiederum: den Verkaufserlös im Betrage von 98.000 S).

Laut Punkt II des Urteilstenors hat Friedrich A weiters in Tarrenz mit dem Vorsatz, sich durch das Verhalten der Getäuschten unrechtmäßig zu bereichern, nachstehend bezeichnete Personen durch Täuschung über Tatsachen zu Handlungen verleitet, welche diese oder Dritte am Vermögen schädigten, wobei der Schaden insgesamt 100.000 S überstiegen und der Angeklagte den schweren Betrug in der Absicht begangen hat, sich durch dessen wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen:

1) im April 1981 Arthur J durch Vortäuschung der Bereitschaft, einen Personenkraftwagen zu liefern, zur Überlassung eines Gebrauchtwagens (Schaden 96.000 S), 2) im Juli 1981 Andreas und Antonia K durch Vortäuschung des Willens, einen ihm zur Auslösung ihres Personenkraftwagens übergebenen Blankowechsel widmungsgemäß zu verwenden, zur Unterfertigung eines solchen Wechsels (Schaden 80.000 S), 3) und 4) am 25. Juni 1981 Bankangestellte durch Vorlage ihm von Werner L und Peter M zur Sicherung von Forderungen übergebener, von ihm jedoch vereinbarungswidrig, nämlich nach Begleichung der Forderungen, ausgefüllter Blankowechsel zur Auszahlung der Wechselbeträge (Schaden 31.185 S und 15.620 S), 5) am 29. Juni 1981 Reinhard N durch die Vorspiegelung, ihm einen Personenkraftwagen zu liefern und ihn in der Warteliste der Kaufinteressenten vorzuzureihen, zur Leistung einer Anzahlung von 30.000 S, wodurch dem Genannten ein Schaden in dieser Höhe entstand.

Die vom Angeklagten auf die Gründe der Z 4, 9 lit a und (inhaltlich) auch der Z 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich ausschließlich gegen die Schuldsprüche zu Pkt I 2, 3 und 4 sowie zu Punkt II des Urteilstenors, gegen letzterwähnten Schuldspruch jedoch nur wegen der Annahme der Gewerbsmäßigkeit nach § 148 StGB.

Zum Urteilsfaktum I 2:

### **Rechtliche Beurteilung**

Als teils unbegründet, teils nicht prozeßordnungsgemäß ausgeführt erweist sich die Verfahrensrüge (Z 4) in Ansehung des Schuldspruches wegen Veruntreuung eines Teiles des der Firma Hans G Gesellschaft mbH aus dem kommissionsweisen Verkauf eines Personenkraftwagens zustehenden Verkaufserlöses:

Die Ablehnung der zeugenschaftlichen Einvernahme des Käufers Helmut O, welche vom Angeklagten zum Beweis dafür beantragt worden war, daß er den Genannten auf einen nach wie vor am Fahrzeug bestehenden Eigentumsvorbehalt zugunsten der Firma G aufmerksam gemacht habe, vermochte keinen dem Angeklagten nachteiligen Einfluß auf die Entscheidung zu üben. Dem Beschwerdeführer liegt nämlich gar nicht die Veräußerung des ihm ja gerade zum Verkauf überlassenen Fahrzeugs, sondern die Zueignung eines Teiles des an die Stelle der verkauften Kommissionsware getretenen Erlöses als Veruntreuung zur Last (vgl insb Leukauf - Steininger, Kommentar 2 RN 5 zu § 133). An der Tatbildlichkeit dieses Verhaltens würde aber die behauptete Mitteilung gegenüber dem Käufer nichts ändern, weil sie dem Geschäftsherrn keineswegs die unverzügliche Abdeckung des Fehlbetrages gewährleistet (und solcherart einen präsenten Deckungsfonds geschaffen) hätte. Voraussetzung hierfür wäre die Bereitschaft des Autokäufers zur Rückstellung des von ihm bereits ausbezahlten Wagens gewesen; eine für den Käufer derart nachteilige Absprache mit

Helmut O hat aber der Angeklagte gar nicht erst unter Beweis zu stellen versucht. Im übrigen hat der Beschwerdeführer selbst seine ursprünglich leugnende Verantwortung (Bd II S 159), welche durch den beantragten Zeugenbeweis teilweise hätte bestätigt werden sollen, letztlich nicht mehr aufrechterhalten, sondern sich der Veruntreuung des 100.000 S übersteigenden Teiles des Verkaufserlöses schuldig bekannt (Bd III S 9).

Soweit er jedoch nunmehr überdies behauptet, durch die Ablehnung dieses Antrags auch am Nachweis einer ihm gegen den Zeugen O zusätzlich zustehenden Forderung gehindert worden zu sein, führt er die Verfahrensrüge nicht prozeßordnungsgemäß aus, weil diese weitere Forderung nicht Thema des Beweisantrages gewesen ist. In den weiteren - auf den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs. 1 Z 9 lit a StPO ge stützten - Beschwerdeausführungen zur fraglichen Veruntreuung geht der Angeklagte zwar von den erstgerichtlichen Feststellungen aus, wonach er beim kommissionsweisen Verkauf des gegenständlichen Fahrzeugs an Helmut O als Gegenleistung nebst einem Wechsel über 100.000 S auch einen Gebrauchtwagen im Zeitwert von etwa 90.000 S erhalten und seinem Kreditinstitut den Wechsel übergeben und den (allerdings unbefolgt gebliebenen) Auftrag zur Überweisung eines Betrages in Höhe der Wechselsumme an den Kommittenten erteilt, die Überweisung des Restbetrages von 52.430 S jedoch unterlassen hat, obwohl er aus dem Weiterverkauf des erwähnten Gebrauchtwagens einen Wechsel weitaus höheren Wertes eingenommen hatte (Bd III S 27, 28). Die Ansicht des Beschwerdeführers, angesichts der Deckung der Forderung des Kommittenten in der Gesamthöhe von 152.430 S durch die von Helmut O auf den Angeklagten übertragenen Vermögenswerte habe es gar nicht mehr der Überweisung des Kaufpreisrestes von 52.430 S (zusätzlich zur wenigstens versuchten Überweisung von 100.000 S) bedurft, ist indes nicht stichhaltig; denn die Begleichung der Kaufpreisforderung seitens des Käufers an den Verkaufskommissionär kann einer Weiterleitung dieses Erlöses (durch letzteren) an den Kommittenten nicht gleichgehalten werden. Bis zu seiner Ausfolgung an den Geschäftsherrn ist vielmehr der Erlös, welcher an die Stelle der dem Kommissionär zum Verkauf anvertrauten Ware tritt, gleichfalls als diesem anvertrautes Gut zu beurteilen und kann daher auch selbst Objekt der Veruntreuung werden (Leukauf - Steininger, Kommentar 2 aaO). Diese Rechtslage wird vom Beschwerdeführer verkannt, wenn er geltend macht, die erwähnten Urteilsfeststellungen, welche die subjektive Tatseite betreffen, seien widersprüchlich. Sollte er damit darzutun suchen, daß die erstgerichtlichen Konstatierungen nicht einmal die Annahme eines Zueignungsvorsatzes zuließen, genügt als Entgegnung der Hinweis auf jene Urteilsfeststellungen, denen zufolge der Angeklagte den für den Weiterverkauf des Gebrauchtwagens des Helmut O eingenommenen Wechsel zwar ebenso wie den von O selbst erhaltenen Wechsel seinem Kreditinstitut übergeben, wenigstens in ersterem Fall aber keinen Überweisungsauftrag zugunsten der Firma G erteilt, sondern sich damit abgefunden hat, diesen Lieferanten einen Teil des eingenommenen Kaufpreises schuldig zu bleiben (Bd III S 28)

Zum Urteilsfaktum I 3:

Der Rechtsrüge (Z 9 lit a) gegen den Schuldspruch wegen Veruntreuung des Personenkraftwagens des Peter C kommt im Ergebnis Berechtigung zu. Zwar bleibt die vom Beschwerdeführer aufgeworfene (und zu Recht - vgl SSt 26/43;

EvBl 1967/357 - verneinte) Frage, ob die nur mit der Übergabe des Typenscheines verbundene Erklärung, ein Kraftfahrzeug zur Sicherung zu übereignen oder zu verpfänden, ein Anvertrauen im Sinne des § 133 StGB darstellt, ohne Belang, weil dem Angeklagten das Fahrzeug von Peter C auf Grund eines völlig anders gearteten Rechtsgeschäftes, nämlich einer Verkaufskommission, überlassen worden und damit zweifellos anvertraut gewesen ist (Leukauf - Steininger aaO); Mayerhofer - Rieder StGB 2 Nr 24, 29 zu § 133). Entscheidend ist hier jedoch, ob die Überlassung des Typenscheines dieses Wagens durch den Angeklagten an Josef H zur Sicherung einer Forderung des letzteren ohne körperliche Übergabe des zunächst weiterhin auf dem Betriebsgelände des Angeklagten verbleibenden Fahrzeuges, welches allerdings nach der übereinstimmenden Auffassung beider Teile das eigentliche Sicherungsmittel darstellen sollte (Bd III S 29), als Zueignung zu beurteilen ist:

Unter Zueignung im Sinne des § 133 StGB ist die Überführung anvertrauten Gutes bzw des in diesem verkörperten Wertes in das eigene freie Vermögen (oder das eines Dritten) zu verstehen (EvBl 1977/12 = ÖJZ-LSK 1976/233); hiezu reicht nicht jede vertragswidrige 'eigentümerartige' Verfügung über anvertrautes Gut hin, sondern nur eine solche, welche die Sicherheit des Berechtigten, je wieder zur Sache zu gelangen, in Frage stellt, ihn der Möglichkeit eines endgültigen Verlustes preisgibt und überdies den Zueignungswillen in objektiv erkennbarer Weise manifestiert (vgl auch Leukauf - Steininger, Kommentar 2 RN 14 bis 16 zu § 133). Diese Manifestation muß nicht notwendig durch ein Rechtsgeschäft (Verkaufen, Vertauschen, Verpfänden) erfolgen, sondern kann - wie etwa der sogenannte 'verbrauchende Gebrauch' - auch tatsächlicher Natur sein; daher schließt ihre rechtliche Unwirksamkeit allein die

Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des § 133

StGB noch nicht aus (Kienapfel BT II RN 70 - 72 zu § 133). Am hier in Rede stehenden Personenkraftwagen konnte mangels körperlicher Übergabe (§ 451 ABGB) ungeachtet der Willensübereinstimmung betreffend dessen Widmung als Sicherungsmittel und ungeachtet der Ausfolgung des Typenscheines durch den Angeklagten an Josef H weder Sicherungseigentum noch ein Pfandrecht wirksam begründet werden (vgl Kapfer, ABGB, MGA 31 , EGr 16 zu § 452). Die Handlungsweise des Angeklagten gegenüber Josef H kann auch nicht als zwar rechtlich unwirksam, aber faktisch den Berechtigten Peter C der Gefahr des endgültigen Verlustes seines Fahrzeuges aussetzende Eigentumsanmaßung beurteilt werden, hinderte sie doch den Berechtigten an sich noch nicht an der Sicherstellung seines weiterhin beim Angeklagten verbliebenen Gutes. Dessen Wiedererlangung wurde vielmehr erst dadurch in Frage gestellt, daß Josef H den Kraftwagen vom Betriebsgelände des Angeklagten durch den P zu sich überstellen ließ.

Eine Mitwirkung des Angeklagten an dieser Überstellung wurde vom Erstgericht nicht konstatiert, allerdings auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen (Bd III S 29). Eine positive Feststellung des Inhalts, daß der Angeklagte seinem Gläubiger H die Sachherrschaft über das Fahrzeug vorsätzlich überlassen habe, hätte aber nach der Aktenlage gar nicht getroffen werden können, zumal die Verantwortung des Angeklagten, das Fahrzeug sei ohne sein Wissen vom Betriebsgelände abgeholt worden (Bd II S 161 in Verbindung mit Bd III S 3), mit der Aussage des Zeugen H, zur Zeit der Abholung sei der Betrieb geschlossen, das Gelände aber frei zugänglich gewesen (Bd III S 6), in Einklang steht und nie in Zweifel gezogen worden ist, daß der Angeklagte die Fahrzeugschlüssel nicht an H ausgefolgt, sondern für sich behalten hat (vgl Bd I S 603; Bd II S 60, 161; Bd III S 5, 6).

Da zudem keine Anhaltspunkte für einen Vorsatz des Angeklagten hervorgekommen sind, durch die Weitergabe des Typenscheines dessen Gebrauch durch Peter C - der ihm diese Urkunde mit dem Auftrag zum Verkauf seines Kraftfahrzeuges überlassen hatte - zu verhindern, erübrigt es sich auch, dem Erstgericht eine Verfahrensergänzung zwecks Prüfung einer allfälligen Erfüllung des Tatbestandes der Urkundenunterdrückung (§ 229 Abs. 1 StGB) aufzutragen. Eine Beurteilung des Tatgeschehens als Betrug an Josef H wäre nur dann in Betracht zu ziehen, wenn letzterer erst durch das Angebot des gegenständlichen Gebrauchtkraftwagens als Sicherstellung zur Leistung einer Anzahlung für einen Neuwagen verleitet worden wäre; dies ist aber nach den Urteilsannahmen (Bd III S 29) nicht der Fall gewesen. Da es mithin einer Verfahrenserneuerung in diesem Zusammenhang nicht bedarf, war nach Kassierung des gemäß § 281 Abs. 1 Z 9 lit a StPO nichtigen Punktes I 3 des Schuldspruches sogleich in diesem Umfang auf Freispruch gemäß § 259 Z 3 StPO zu erkennen.

Zum Urteilsfaktum I 4:

Hier hatte der Angeklagte sich im wesentlichen damit verantwortet, er habe auf Grund einer Zusage seiner 'Hausbank' darauf vertraut, daß diese den auf 98.000 S lautenden Scheck einlösen würde, den er dem Georg I schon vor dem Fahrzeugverkauf übergeben hatte. Bei Verwendung des nachträglich eingenommenen Verkaufserlöses für das Fahrzeug des I habe er demnach davon ausgehen können, daß dem Genannten ein entsprechender Wert zugekommen sei.

Durch die Ablehnung seines in der Hauptverhandlung gestellten Antrages, den Direktor der Q R und Umgebung, Hermann S, zum Beweis der Richtigkeit der obigen Verantwortung zu vernehmen, wurden Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers in der Tat geschmälert und erweist sich die diesbezügliche Verfahrensrüge (Z 4) als begründet. Denn selbst wenn man sich - wie das Erstgericht - auf den Standpunkt stellte, der Angeklagte hätte einer allenfalls vom Zeugen S gegebenen Einlösungszusage wegen seines Wissens um deren fehlerhafte Grundlage nicht vertrauen dürfen (Band III S 30 f) oder können (Band III S 37 f), und es hätte ihm überdies bewußt sein müssen, daß die Einräumung weiteren Kredits nicht alleinige Sache des Zeugen S gewesen wäre (Band III S 38), schlosse dies einen - beachtlichen - Irrtum des Beschwerdeführers über die Bonität seines Schecks nicht unbedingt aus, weil ihm auch im Fall eines Irrtums der Vorsatz gefehlt haben würde, sich einen wirtschaftlich zum Vermögen des Georg I gehörigen Verkaufserlös, sohin ein fremdes, ihm selbst nur anvertrautes Gut zuzueignen (vgl insbesondere Leukauf-Steininger, Kommentar 2, RN 21 zu § 133).

Da mithin der ohne Zulassung des beantragten Gegenbeweises getroffenen Urteilsannahme, dem Angeklagten sei die Einlösung des gegenständlichen Schecks seitens seiner Hausbank keineswegs ausdrücklich zugesagt worden (Band III S 30), Relevanz nicht von vornherein abgesprochen werden kann und daher ein dem Beschwerdeführer nachteiliger

Einfluß des aufgezeigten Verfahrensmangels auf die Entscheidung nicht auszuschließen ist, war der fragliche Schuldspruch zu kassieren und dem Erstgericht Verfahrensergänzung durch Aufnahme des vom Angeklagten beantragten Zeugenbeweises aufzutragen.

Zu den Urteilsfakten II:

In bezug auf den Schuldspruch wegen Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren Betrug bekämpft der Angeklagte nur die Annahme gewerbsmäßiger Begehung und sohin die erfolgte Unterstellung der betreffenden Taten unter die Qualifikationsbestimmung des § 148 StGB. Seinem Vorbringen zuwider sind jedoch die Urteilsfeststellungen, wonach er sein Unternehmen durch Verwendung der Einkünfte aus den Betrugstaten zur Begleichung älterer Verbindlichkeiten (Bd III S 32 unten, 35 erster Absatz) vor dem Zusammenbruch zu bewahren suchte (Bd III S 41), mit der Annahme gewerbsmäßiger Tatbegehung durchaus vereinbar.

Gewerbsmäßige Tendenz setzt nämlich keine Widmung der fortlaufenden Einnahmen, welche der Täter aus der wiederkehrenden Tatverübung zu erzielen beabsichtigt, für bestimmte Zwecke - etwa für den eigenen Unterhalt - voraus (vgl Mayerhofer - Rieder StGB 2 Nr 20 bis 22, 32 und 33 zu § 70).

Ungeachtet der erwähnten erstgerichtlichen Konstatierungen über die Verwendung der Einkünfte des Angeklagten aus den Betrugstaten stellt daher die Untersannahme, daß er bei diesen Delikten mit der Absicht gehandelt hat, sich durch die wiederkehrende Begehung der jeweils einen Schaden über 5.000 S verursachenden Betrugshandlungen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (Bd III S 35), eine für deren Beurteilung nach dem zweiten Fall des § 148

StGB hinreichende Grundlage dar.

In diesem Punkte mußte sonach die unbegründete

Nichtigkeitsbeschwerde verworfen werden.

Mit ihren Berufungen waren die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte auf die Kassierung des Strafausspruches zu verweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf der bezogenen Gesetzesstelle (vgl hiezu auch Mayerhofer/Rieder, StPO Nr 11 zu § 390 a).

#### **Anmerkung**

E04961

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

ECLI:AT:OGH0002:1984:0090OS00081.84.0828.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19840828\_OGH0002\_0090OS00081\_8400000\_000

**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)