

# TE OGH 1980/5/9 90s27/80

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.05.1980

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 9. Mai 1980 unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Obauer und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, Dr. Steininger, Dr. Horak und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Schubert als Schriftführerin in der Strafsache gegen Werner Josef A wegen des Vergehens der Untreue nach § 153 Abs. 1, Abs. 2, erster Fall, StGB über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 8. November 1979, GZ 3 e Vr 4076/79-49, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Reisenleitner, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Hartung und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Nurscher, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben, der gemäß § 366 Abs. 2 StPO erfolgte Zuspruch an die Privatbeteiligte Wiener Städtische Wechselseitige Versicherungsanstalt, soweit er den Betrag von 30.000 S übersteigt, aufgehoben und die Privatbeteiligte Wiener Städtische Wechselseitige Versicherungsanstalt mit ihrem Mehrbegehren in der Höhe von 272 S gemäß § 366 Abs. 1 StPO auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Im übrigen wird der Berufung nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 12. März 1944 geborene Maschinist Werner Josef A des Vergehens der Untreue nach § 153 Abs. 1 und Abs. 2, erster Fall, StGB schuldig erkannt, weil er zwischen dem 25. August 1977 und dem 21. September (im Urteilsspruch unrichtig: 21. August) 1977 in Wien die ihm als Inhaber eines Kontos bei der Österreichischen Postsparkasse mit Scheckkartenvertrag eingeräumte Befugnis, das genannte Institut zur Auszahlung von Scheckbeträgen bis zu einer Höhe von 5.000 S - unabhängig von einer Deckung am Konto - zu verpflichten, wissentlich mißbrauchte und durch Ausstellung von sechs ungedeckten Schecks über jeweils 5.000 S, die er bei verschiedenen Postämtern zur Einlösung vorlegte, der Österreichischen Postsparkasse einen Schaden von insgesamt 30.000 S zufügte.

Im angefochtenen Urteil wurde - neben einem unbekämpft gebliebenen Freispruch - außerdem dem öffentlichen Ankläger gemäß § 263 Abs. 2 StPO die Verfolgung des Angeklagten wegen des Verdachtes des im März und April 1977 zum Nachteil der Zentralsparkasse und Kommerzbank Wien durch Begebung von vier Schecks über insgesamt 14.400

S begangenen schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs. 2 StGB vorbehalten.

Dieses Urteil bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs. 1 Z 5, 9 lit. a, b und c, sowie 10 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

Den erstgenannten Nichtigkeitsgrund ausführend, bezeichnet der Beschwerdeführer den Ausspruch des Gerichtes über entscheidende Tatsachen als unvollständig, weil sich das Urteil nicht damit auseinandersetze, daß der Beschwerdeführer mit der Finanzprokurator als Vertreterin der Österreichischen Postsparkasse am 2. Juli 1979 einen tätige Reue begründenden Vergleich über die ratenweise Erstattung des Schadens (in der Höhe von 9.844,67 S) in Monatsraten a 1.000,- S getroffen habe. Die Nichterfüllung des Ratenvergleiches könne ihm wegen einer Erkrankung nicht als Verschulden zugerechnet werden.

In weiterer Ausführung seiner Mängelrüge behauptet der Beschwerdeführer, das Schöffengericht habe sich nicht mit der Aussage des Zeugen Gerhard B befaßt, der vor dem Untersuchungsrichter und in der Hauptverhandlung den Urteilsfeststellungen widersprechende Angaben über die Verpflichtung der Österreichischen Postsparkasse zur Einlösung der von der Scheckkartenbesitzern ausgestellten Schecks nach Überziehung des Debetkontenrahmens gemacht habe, da er eine Begrenzung desselben mit S 1.000,- angegeben habe; nach dem Überschreiten der dem Beschwerdeführer eingeräumten Überziehungsbefugnis habe eine Verpflichtung der Österreichischen Postsparkasse zur Einlösung von Schecks nicht mehr bestanden, sodaß das Verhalten des Beschwerdeführers insoweit als Betrug und nicht als Untreue zu werten gewesen wäre. Dem Beschwerdeführer seien überdies keine Kontenauszüge zugegangen, sodaß er keinen Überblick über seinen Kontenstand gehabt habe. Einen gegen seinen Dienstgeber zustehenden Anspruch auf Trennungszulage habe er eingeklagt, sodaß ihm ein präsenter Deckungsfonds zur Verfügung gestanden sei. Er habe sich daher in einem entschuldbaren Irrtum über den Kontenstand und seine Befugnis zur Ausstellung von Schecks befunden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die behauptete Mangelhaftigkeit der Urteilsbegründung liegt jedoch nicht vor.

Erörterungen über eine Vereinbarung einer Schadensgutmachung erübrigten sich schon deshalb, weil sich der vom Beschwerdeführer abgeschlossene Vergleich auch nach seiner Behauptung nicht auf den gesamten Schaden bezog. Dieser betrug nach den Urteilsfeststellungen 30.000 S, woran eine Deckung durch die Versicherung der Postsparkasse (ON 30 d. A) nichts ändert. Überdies wurde der Vergleich erst zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, als die zur Strafverfolgung berufene Behörde bereits Kenntnis von den Verfehlungen des Beschwerdeführers hatte (§ 167 Abs. 2, § 151 Abs. 3 StGB; Leukauf-Steininger<sup>2</sup> RN 18 zu § 151 StGB), denn die Anzeige gegen den Beschwerdeführer langte bereits am 27. April 1979, also lange vor dem behaupteten Vergleichsabschluß am 2. Juli 1979, bei der Staatsanwaltschaft Wien ein (S 5 d. A). Schließlich wurde der Vergleich vom Beschwerdeführer nicht erfüllt, sodaß ihm auch aus diesem Grunde keine strafaufhebende Wirkung zukommen kann. Ob die Nichterfüllung des Vergleiches verschuldet oder unverschuldet erfolgte, spielt hiebei keine Rolle (Leukauf-Steininger<sup>2</sup>, RN 27 zu § 167 StGB).

Von zu Unrecht übergangenen und zu den Urteilsannahmen im Widerspruch stehenden Aussagen des Zeugen Gerhard B vor dem Untersuchungsrichter und in der Hauptverhandlung kann entgegen dem Beschwerdevorbringen ebenfalls keine Rede sein; denn auch nach den Angaben dieses Zeugen war die Postsparkasse zur Einlösung von Schecks bis zur Höhe von 5.000 S verpflichtet, wenn diese Schecks vom Konteninhaber (unter Vorweisung der Scheckkarte) bei Postämtern vorgelegt wurden. Nur dann, wenn ein Scheck auf einen höheren Betrag als 5.000 S gelautet hätte, hätte eine solche Verpflichtung nicht bestanden. Dies - und nicht etwa eine Relevanz eines Debetrahmens von 1.000 S für die Einlösungsverpflichtung der Postsparkasse - bekundete der Zeuge B. Die Behauptung eines angeblichen Widerspruchs von Urteilsfeststellungen zu seiner Aussage trifft somit nicht zu. Es liegt auch keine Unvollständigkeit darin, daß auf das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe einen Anspruch auf Trennungsentgelt gehabt, und ihm sei der genaue Stand seines Kontos nicht bekannt gewesen, nicht eingegangen wurde; denn dies betrifft, wie bei Erörterung der Rechtsrüge ausgeführt werden wird, keine entscheidenden Tatsachen.

In der Rechtsrüge bezieht sich der Beschwerdeführer auf den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs. 1 Z 9 lit. a StPO und behauptet erneut, er habe einen präsenter Deckungsfonds besessen, weil ihm ein Anspruch auf Trennungsgeld zugestanden sei, den er sogar mit Klage geltend gemacht habe.

Bei dieser Einwendung beachtet der Beschwerdeführer nicht, daß das Delikt der Untreue nach § 153 StGB im Mißbrauch einer Befugnis besteht und daher bei ihm das Vorhandensein eines sogenannten präsenten Deckungsfonds ohne rechtliche Bedeutung ist (Leukauf-Steininger 2 RN 12 zu § 153

StGB). Das Schöffengericht ging daher auf die Frage, ob eine derartige Forderung des Beschwerdeführers gegen seinen Arbeitgeber bestand, mit Recht nicht ein, abgesehen davon, daß von einem präsenten, das heißt sofort zur Verfügung stehenden Deckungsfonds nicht gesprochen werden könnte, wenn eine Forderung erst durch Klage und Exekution einbringlich gemacht werden muß (EvBl. 1969/130 und die dort zitierte weitere Judikatur).

Den Nichtigkeitsgrund nach dem § 281 Abs. 1 Z 9 lit. b StPO geltend machend bringt der Beschwerdeführer vor, er habe sich mangels Zusendung von Kontoauszügen in einem entschuldbaren Irrtum über den Stand seines Kontos befunden.

Er habe überdies irrig angenommen, auf dem Konto werde ihm die Trennungsentschädigung gutgeschrieben, wodurch eine Deckung des Kontos bewirkt worden wäre. Daß er wirklich dieser Meinung gewesen sei, zeige auch die vom Beschwerdeführer vor dem Arbeitsgericht erhobene Klage. Dieser, wenn auch irrig angenommene, präsenten Deckungsfonds müsse zur Straflosigkeit des Beschwerdeführers führen. Die Rechtsrüge ist insoweit nicht gesetzmäßig ausgeführt. Denn mit der Frage eines Irrtums des Beschwerdeführers über den Stand seines Gehaltskontos setzte sich das Schöffengericht eingehend auseinander und nahm als erwiesen an, es sei ihm klar gewesen, daß er keine Eingänge auf dieses erwarten konnte (S 193, 194 d. A). Mit seinem eine Kenntnis seiner Einkommenslosigkeit leugnenden Vorbringen weicht daher der Beschwerdeführer von den Feststellungen des Schöffengerichtes ab und unterzieht nicht den im Urteil als erwiesen angenommenen, sondern einen anderen Sachverhalt der rechtlichen Wertung. Die gesetzmäßige Darstellung des behaupteten materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes erfordert jedoch den Vergleich des urteilsmäßig festgestellten Sachverhaltes mit dem darauf angewendeten Gesetz und die hieraus erfolgende Ableitung eines Rechtsirrtums.

Der weiteren Einrede der irr tümlichen Annahme eines sogenannten präsenten Deckungsfonds ist erneut zu erwidern, daß sie schon deshalb versagen muß, da beim Delikt der Untreue das Vorhandensein eines sogenannten präsenten Deckungsfonds nicht zur Straflosigkeit führen kann.

Das Schöffengericht unterließ auch nicht etwa in einem den Nichtigkeitsgrund der Z 9 lit. b des § 281 Abs. 1 StPO verwirklichenden Rechtsirrtum, nach den Verfahrensergebnissen indizierte Feststellungen zu treffen, die als Grundlage der Zurechnung einer die Strafbarkeit des inkriminierten Verhaltens aufhebende tätige Reue nach § 167 StGB heranzuziehen gewesen wären. Denn der abgeschlossene Vergleich bezog sich, wie bereits ausgeführt wurde, nicht auf den gesamten urteilsmäßig festgestellten Schaden, wurde erst nach Anzeigeerstattung, somit verspätet, abgeschlossen und wurde vom Beschwerdeführer gar nicht eingehalten. Den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs. 1 Z 9 lit. c StPO erblickt der Beschwerdeführer darin, daß der Staatsanwaltschaft nach Ausdehnung der Anklage in der Hauptverhandlung über ihren Antrag im Urteil die selbständige Verfolgung des Beschwerdeführers wegen betrügerischer Ausgabe von insgesamt vier ungedeckten Schecks über einen Betrag von zusammen 14.400 S zum Nachteil der Zentralsparkasse und Kommerzbank Wien vorbehalten wurde (S 181, 182 und 190 d. A). Der Beschwerdeführer meint, die Anklageausdehnung und damit der Verfolgungsvorbehalt seien deshalb unzulässig, weil die von der Anklageausdehnung erfaßten Fakten bereits bei Erhebung der Anklage aktenkundig gewesen seien, womit sich die Anklagebehörde ihres Klagerechtes verschwiegen habe.

Auch dieser Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor; denn der Vorbehalt kann im Hinblick auf seine rechtliche Natur nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil sein. Er ist keine der Rechtskraft fähige Entscheidung, sondern nur prozessuale Voraussetzung für weitere Verfolgungshandlungen des Anklägers. Er hindert den Angeklagten nicht, die Erlöschung des Verfolgungsrechtes vor dem Untersuchungsrichter oder der Ratskammer (§ 113 StPO), im Einspruch gegen die Anklageschrift (§ 213 Z 3 StPO) oder in der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das im vorbehaltenen Prozeß gefällte Urteil (§ 281 Abs. 1 Z 9 lit. b StPO) geltend zu machen (Gebert-Pallin-Pfeiffer Nr. 127, 127 a, 129 zu § 263 StPO).

Zum übrigen führte der Umstand, daß sich die Anklagebehörde die Verfolgung weiterer schon bekannter Delikte bei Anklageerhebung vorbehalten hatte (S 3 e verso d. A) nicht zum Verlust des Klagerechtes durch Verschweigung.

Die Ausdehnung der Anklage in der Hauptverhandlung auf diese Fakten und der vom Erstgericht ausgesprochene

Verfolgungsvorbehalt entspricht vielmehr dem Gesetz (Gebert-Pallin-Pfeiffer III/2, § 263 StPO, Nr. 29 bis 35, 37 und 38). Schließlich meint der Beschwerdeführer, den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs. 1 Z 10 StPO anrufend, die über einen Debetkontenrahmen in der Höhe von 1.000 S hinausgehenden Scheckeinreichungen wären als Vergehen des Betruges zu beurteilen gewesen, da insoweit keine durch Rechtsgeschäft eingeräumte Verfügungsmacht des Beschwerdeführers hinsichtlich des Vermögens der Postsparkasse gegeben gewesen sei. Auch mit dieser Einwendung ist der Beschwerdeführer nicht im Recht. Insoweit erweist sich die Beschwerde gar nicht zu seinem Vorteil ausgeführt, denn bei einem Schaden von 30.000 S ist das Vergehen der Untreue nach § 153 Abs. 2, 1. Fall, StGB ebenso wie das Vergehen des Betruges nach § 147 Abs. 2 StGB mit demselben Strafsatz (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) bedroht. So besehen, würde sich aus der vom Beschwerdeführer angestrebten Änderung der rechtlichen Qualifikation kein Vorteil für ihn ergeben. Die angestrebte rechtliche Unterstellung könnte hingegen sogar zu seinem Nachteil ausschlagen, weil dem Beschwerdeführer die Begehung mehrerer strafbarer Handlungen verschiedener Art als Erschwerungsgrund zugerechnet werden müßte und Vorstrafen wegen Betruges bei Beurteilung zukünftiger Taten als gewerbsmäßig begangenen Bedeutung erlangen könnten; denn die Gewerbsmäßigkeit der Tat stellt wohl beim Betrug, nicht aber bei der Untreue einen strafsatzändernden Umstand dar. Würde man das Verhalten des Beschwerdeführers als Vergehen des Betruges beurteilen, so liefe er Gefahr, bei künftigen Betrugsverurteilungen als gewerbsmäßiger Betrüger dem höheren Strafsatz des § 148 StGB unterstellt zu werden. Eine derartige Möglichkeit besteht beim Delikt der Untreue jedoch nicht (EvBl. 1977/120).

Zum übrigen ist der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen aber auch nicht im Recht. Denn der Höhe eines Debetrahmens kommt bei Mißbrauch der Verfügungsmacht über ein Scheckkonto Bedeutung gar nicht zu, sondern dem Umfang der Verpflichtung der Österreichischen Postsparkasse als kontoführendes Institut auf Honorierung der unter Vorlage der Scheckkarte ausgestellten Schecks, die unabhängig vom Debetrahmen ist (vgl. Schinnerer-Avancini, Bankverträge<sup>3</sup>, I. Teil, S 130 ff., inbes. S 132).

Nach den Feststellungen des Schöffengerichtes präsentierte der Beschwerdeführer seine auf das von ihm bei der Österreichischen Postsparkasse errichtete Gehaltskonto gezogenen, jeweils 5.000 S nicht übersteigenden Schecks unter Vorlage seiner Scheckkarte bei verschiedenen Postämtern.

Da diese Postämter, die bloß Einzahlungs- und Auszahlungsstellen des Österreichischen Postsparkassenamtes, nicht aber das kontoführende Institut sind (vgl. §§ 1 und 2 des Postsparkassengesetzes BGBl. 1969/458), auf Grund einer Vereinbarung mit der Österreichischen Postsparkasse Schecks, die unter Vorlage der Scheckkarte vom Kontoinhaber präsentiert werden und auf jeweils höchstens 5.000 S lauten, zu Lasten der kontoführenden Stelle, also der Postsparkasse, einzulösen haben, schädigte der Beschwerdeführer, wie das Schöffengericht zutreffend feststellte, die Österreichische Postsparkasse um insgesamt 30.000 S, indem er die ihm durch Vertrag eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen durch Ausstellen von Schecks zu verfügen, wissentlich mißbrauchte (S 191, 194 d. A). Damit stellt sich seine Tat als das Vergehen der Untreue nach § 153 StGB und nicht als Vergehen des Betruges nach §§ 146, 147 Abs. 2 StGB dar. Dem Urteil haftet somit kein Subsumtionsirrtum an. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Werner Josef A war daher zu verwerfen.

Das Erstgericht verurteilte den Angeklagten nach dem ersten Strafsatz des § 153 Abs. 2 StGB gemäß §§ 31, 40

StGB unter Bedachtnahme auf das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 8. März 1978, GZ 5 c Vr 5842/77-51 (mit welchem der Angeklagte wegen des Vergehens der Körperverletzung nach § 83 Abs. 1 StGB und des Verbrechens des Diebstahls nach §§ 127 Abs. 1, Abs. Z 1, 129 Z 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von zehn Monaten verurteilt worden war), zu einer zusätzlichen Freiheitsstrafe in der Dauer von acht Monaten. Gemäß § 366 Abs. 2 StPO wurde er schuldig erkannt, der Wiener Städtischen Wechselseitigen Versicherungsanstalt 30.272 S zu bezahlen. Mit der Berufung strebt der Angeklagte eine Herabsetzung des Strafausmaßes und die Aufhebung des Adhäsionsausspruches an. Der Berufung wegen des Strafmaßes kommt keine Berechtigung zu. Richtig ist wohl, daß bei der Österreichischen Postsparkasse am 26. August 1977 ein Betrag von 1.380 S, einging (S 11 und Beilage 3 zu ON 30), doch kommt dieser teilweisen Schadensgutmachung keine erhebliche Bedeutung zu, weil sie relativ gering ist und weil der Angeklagte vor allem auch nach diesem Zeitpunkt weitere Tathandlungen beging. Von einem an einen Entschuldigungsumstand grenzenden Irrtum des Angeklagten über den Kontenstand und einer irrigen Annahme, es werde ihm Trennungsgeld überwiesen werden, kann - entgegen dem Vorbringen der Berufung - nach den Urteilsfeststellungen keine Rede sein (S 193 d. A). Das vom Erstgericht gefundene Maß der Zusatzstrafe entspricht der Tatschuld und ist tätergerecht.

Der gegen die Verurteilung zum Schadenersatz vorgebrachte Einwand, es bestehe (nach der Aussage des Zeugen B) bereits ein Exekutionstitel über den Schadensbetrag entspringt ersichtlich einem Mißverständnis. Die Wiener Städtische Wechselseitige Versicherungsanstalt als Versicherer der abgeschlossenen Scheckkartenversicherung leistete der Österreichischen Postsparkasse aus diesem Versicherungsvertrag eine Vergütung in der Höhe von 30.272 S (S 120, S 9 und S 11 d. A). Für diesen gemäß § 67 Versicherungsvertragsgesetz auf den Versicherer übergegangenen Anspruch, den dieser im Adhäsionsverfahren geltend zu machen berechtigt ist (EvBl. 1971/228), besteht kein Exekutionstitel. Die Österreichische Postsparkasse hingegen erwirkte zum AZ 6 M 44/78 des Bezirksgerichtes Hernals einen Exekutionstitel, der aber, wie aus dem Gesamtkontenauszug (S 11 d. A) hervorgeht, den weiteren, vom vorliegenden Strafverfahren nicht erfaßten Überziehungsbetrag erfaßt. Die Berufung ist, soweit sie sich gegen einen Zuspruch von 30.000 S an die Privatbeteiligte wendet, unbegründet. Wohl aber kommt der Berufung insoweit Berechtigung zu, als der Zuspruch des über den Schadensbetrag hinausgehenden Betrages von weiteren 272 S bekämpft wird. Den Akten läßt sich nämlich nur entnehmen, daß von der Wiener Städtischen Wechselseitigen Versicherungsanstalt ein Gesamtbetrag von 30.272 S an die Österreichische Postsparkasse geleistet wurde, nicht aber woraus der Betrag von 272 S resultiert, der den deliktischen Schadensbetrag von 30.000 S übersteigt.

Mangels hinreichender Klärung war insoweit mit einer Aufhebung des im erstgerichtlichen Urteil enthaltenen Zuspruchs an die Privatbeteiligte und in diesem Umfang mit einer Verweisung auf den Zivilrechtsweg vorzugehen.

Die Kostenentscheidung fußt auf der im Spruch genannten Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E02638

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

ECLI:AT:OGH0002:1980:0090OS00027.8.0509.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19800509\_OGH0002\_0090OS00027\_8000000\_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)