

# TE OGH 2018/4/19 170s23/17m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.04.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 19. April 2018 durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden, die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Danek und Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Mann in Gegenwart des Richteramtsanwärters Faulhammer, LL.M. BSc, als Schriftführer in der Strafsache gegen Mag. Johann S\*\*\*\*\* und einen anderen Angeklagten wegen des Verbrechens des schweren Betrugs nach §§ 12 dritter Fall, 146, 147 Abs 3 StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Schöffengericht vom 14. September 2016, GZ 8 Hv 61/15t-881, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Mag. Stani, der Angeklagten Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* sowie ihrer Verteidiger Mag. Münzenrieder und Dr. Blaschitz, zu Recht erkannt:

## Spruch

I/ In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerden und aus deren Anlass wird das Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in den Schuldsprüchen I/A/2 (zur Gänze) sowie I/B und III im Mag. Johann S\*\*\*\*\* betreffenden Umfang, demgemäß auch in beiden Strafaussprüchen und im Privatbeteiligenzuspruch betreffend Mag. Johann S\*\*\*\*\*, aufgehoben.

II/ Im Umfang der Aufhebung wird in der Sache selbst erkannt:

A/ Es werden gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen,

1/ Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* vom Vorwurf, sie hätten von Jänner bis Februar 2006 dadurch, dass sie als Geschäftsführer der B\*\*\*\*\* GmbH (kurz: O\*\*\*\*\* GmbH) Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* signalisierten, den Vertrag über die „Provisionszahlungen“ abzuschließen und Mag. Johann S\*\*\*\*\* den genannten Vertrag erstellen ließ, dazu beigetragen, dass Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* am 31. Jänner 2006 als Vorstand der BE\*\*\*\*\*-Aktiengesellschaft (kurz: BE\*\*\*\*\*), sohin als leitender Angestellter eines öffentlichen Unternehmens, im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme einer Rechtshandlung, die er als leitender Angestellter für dieses Unternehmen vornehmen konnte, nämlich für sein Stimmverhalten im Beirat der E\*\*\*\*\* GmbH zu Gunsten der Auftragserteilung für die Biomassekraftwerke O\*\*\*\*\*, E\*\*\*\*\*, R\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* an die Or\*\*\*\*\* GmbH, obwohl der Preis durch vereinbarte „Provisionszahlungen“ überhöht war und kein reguläres Vergabeverfahren durchgeführt wurde, von DI Klaus Or\*\*\*\*\* eine Provisionszahlung von 2.400.000 Euro an die O\*\*\*\*\* GmbH, sohin einen Vorteil für einen Dritten, forderte (Punkt IV/A iVm I/E der Anklage);

2/ Mag. Johann S\*\*\*\*\* von den Vorwürfen, er habe (jeweils gemeinsam mit Franz Sc\*\*\*\*\*),

a/ am 14. August 2006 als Geschäftsführer der En\*\*\*\*\* GmbH (kurz: Ob\*\*\*\*\* GmbH), sohin als Amtsträger, für die pflichtwidrige Vornahme einer Rechtshandlung, die er für dieses Unternehmen vornehmen konnte, nämlich für den

Abschluss eines Generalunternehmervertrags zur Errichtung des Biomassekraftwerks Ob\*\*\*\*\* mit der Or\*\*\*\*\* GmbH zu einem um zumindest 1.200.000 Euro überhöhten Preis, von dieser einen Vorteil in Form von Provisionszahlungen von 1.200.000 Euro für die BEG\*\*\*\*\* GmbH (kurz: K\*\*\*\*\*) angenommen, indem er einen Provisionsvertrag über die genannte Höhe ohne einen Leistungshintergrund abschloss (Punkt IV/B der Anklage),

b/ seine Befugnis, als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* über deren Vermögen zu verfügen und diese zu verpflichten, wissentlich missbraucht, indem er am 24. Jänner 2007 eine unberechtigte Rechnung des Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* über Kilometergeld von 11.373 Euro zur Zahlung freigab (Punkt III/C der Anklage).

B/ Für die ihnen nach den unberührt bleibenden Schuldsprüchen weiterhin zur Last liegenden strafbaren Handlungen, nämlich (bei beiden Angeklagten) das Verbrechen des schweren Betrugs nach §§ 12 dritter Fall, 146, 147 Abs 3 StGB, bei Franz Sc\*\*\*\*\* überdies die Vergehen der Geschenkkannahme durch leitende Angestellte eines öffentlichen Unternehmens nach §§ 305 Abs 1 zweiter Fall (idF BGBl I 1998/153), 12 dritter Fall StGB und der Untreue nach § 153 Abs 1 und 3 erster Fall StGB, werden nach § 147 Abs 3 StGB zu Freiheitsstrafen verurteilt, nämlich

Mag. Johann S\*\*\*\*\* im Ausmaß von

18 Monaten,

Franz Sc\*\*\*\*\* unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB im Ausmaß von

24 Monaten.

Gemäß § 43a Abs 3 StGB wird bei beiden Angeklagten jeweils ein Teil der verhängten Freiheitsstrafe unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen, nämlich 12 Monate bei Mag. Johann S\*\*\*\*\* und 16 Monate bei Franz Sc\*\*\*\*\*.

C/ Mit ihren gegen Mag. Johann S\*\*\*\*\* gerichteten Ansprüchen wird die Ene\*\*\*\*\* AG auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

IV/ Die Nichtigkeitsbeschwerden im Übrigen werden verworfen.

V/ Mit ihren Berufungen werden die Angeklagten auf diese Entscheidung verwiesen.

VI/ Ihnen fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden – soweit im Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerden von Bedeutung – Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* jeweils des Verbrechens des schweren Betrugs nach §§ 12 dritter Fall, 146, 147 Abs 3 StGB (I/A/1) sowie der Vergehen der Geschenkkannahme durch leitende Angestellte eines öffentlichen Unternehmens nach § 305 Abs 1 zweiter Fall StGB (idF BGBl I 1998/153), 12 dritter Fall StGB (I/A/2 und I/B, hinsichtlich Franz Sc\*\*\*\*\* auch II) und der Untreue nach § 153 Abs 1 und 3 erster Fall StGB (zu III und [hinsichtlich Franz Sc\*\*\*\*\*] auch IV) schuldig erkannt.

Danach haben Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\*

I/A/ von Jänner bis Februar 2006 dadurch, dass sie als Geschäftsführer der O\*\*\*\*\* GmbH Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* signalisierten, einen Vertrag über „Provisionszahlungen“ abzuschließen und Mag. Johann S\*\*\*\*\* den genannten Vertrag herstellen ließ, dazu beigetragen, dass

1/ Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* folgende Personen durch Täuschung über Tatsachen zu Handlungen verleitete, die andere im 300.000 Euro übersteigenden Ausmaß am Vermögen schädigten, nämlich am 2. Februar 2006 die Mitglieder des Beirats der E\*\*\*\*\* GmbH, den Geschäftsführer der Bi\*\*\*\*\* GmbH DI Peter T\*\*\*\*\* und die Teilnehmer der Generalversammlung der Bi\*\*\*\*\* GmbH, indem er das Angebot der Or\*\*\*\*\* GmbH für die Errichtung der Biomassekraftwerke E\*\*\*\*\* , R\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* als bestes vorliegendes Angebot darstellte, ohne darauf hinzuweisen, dass „er sich vorzeitig auf die Or\*\*\*\*\* GmbH als Auftragnehmer festgelegt hat“ und dass im Auftragspreis anstelle möglicher Rabatte eine zuvor vereinbarte „Provisionszahlung“ an die O\*\*\*\*\* GmbH enthalten war, zur Erteilung des Zuschlags an die Or\*\*\*\*\* GmbH und zum Abschluss dreier Generalunternehmerverträge zum Schaden der Bi\*\*\*\*\* GmbH in der Höhe von zumindest 1.350.000 Euro, wobei Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* mit auf unrechtmäßige Bereicherung der O\*\*\*\*\* GmbH gerichtetem Vorsatz handelten;

2/ Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* am 31. Jänner 2006 als Vorstand der BE\*\*\*\*\*, „sohin als leitender Angestellter eines öffentlichen Unternehmens“, im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme einer Rechtshandlung, „die er als leitender Angestellter für dieses Unternehmen vornehmen konnte, nämlich für sein Stimmverhalten im Beirat der E\*\*\*\*\* GmbH“ zu Gunsten der Auftragserteilung für die Biomassekraftwerke O\*\*\*\*\*, E\*\*\*\*\*, R\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* an die Or\*\*\*\*\* GmbH, obwohl der Preis durch eine vereinbarte Provisionszahlung überhöht war und kein reguläres Vergabeverfahren durchgeführt wurde, von DI Klaus Or\*\*\*\*\* eine Provisionszahlung von 2.400.000 Euro an die O\*\*\*\*\* GmbH, sohin einen Vorteil für einen Dritten, forderte;

I/B/ am 14. August 2006 als Geschäftsführer der Ob\*\*\*\*\* GmbH, mithin als leitende Angestellte eines öffentlichen Unternehmens, für die pflichtwidrige Vornahme einer Rechtshandlung, die sie für dieses Unternehmen vornehmen konnten, nämlich für den Abschluss eines Generalunternehmervertrags zur Errichtung des Biomassekraftwerks Ob\*\*\*\*\* mit der Or\*\*\*\*\* GmbH zu einem überhöhten Preis und ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens, von dieser einen Vorteil in Form von „Provisionszahlungen“ von 1.200.000 Euro für die K\*\*\*\*\* gefordert und angenommen, indem sie einen Provisionsvertrag über die genannte Höhe ohne einen entsprechenden Leistungshintergrund abschlossen;

II/ Franz Sc\*\*\*\*\* als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\*, mithin als leitender Angestellter eines öffentlichen Unternehmens, am 27. April 2006 für den Verzicht auf die Geltendmachung von Mängelrügen gegenüber der Or\*\*\*\*\* GmbH im Zusammenhang mit der Errichtung von Biomassekraftwerken, somit für die pflichtwidrige Unterlassung einer Rechtshandlung, die er als leitender Angestellter dieses öffentlichen Unternehmens vornehmen konnte, einen Vorteil von 100.000 Euro durch Ausstellung einer Rechnung über diesen Betrag gefordert und durch Verfügung über die entsprechende Überweisung angenommen;

III/ ihre Befugnis, über das Vermögen nachgenannter Gesellschaften zu verfügen und diese zu verpflichten, wissentlich missbraucht, indem sie inhaltlich unrichtige Rechnungen des Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* über Kilometergeld zur Zahlung freigaben und damit in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstoßen, die dem Vermögensschutz der wirtschaftlich Berechtigten dienen, nämlich

1/ Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* am 24. Jänner 2007 als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* eine Rechnung über 11.373 Euro,

2/ Franz Sc\*\*\*\*\* am 8. und 14. Oktober 2008 als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* eine Rechnung über 9.997,80 Euro,

3/ Franz Sc\*\*\*\*\* am 15. April 2010 als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* eine Rechnung über 10.002,30 Euro,

4/ Franz Sc\*\*\*\*\* am 24. August 2011 als Geschäftsführer der R\*\*\*\*\* GmbH (kurz: R\*\*\*\*\*) eine Rechnung über 14.788,20 Euro,

wobei Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* jeweils einen 5.000 Euro übersteigenden Schaden, nämlich Ersterer von 11.373 Euro und Letzterer von insgesamt 53.761,30 Euro, herbeiführten;

IV/ Franz Sc\*\*\*\*\* wissentlich dazu beigetragen, dass Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* am 4. Mai 2011 als Vorstand der BE\*\*\*\*\* seine Befugnis, über deren Vermögen zu verfügen oder sie zu verpflichten, dadurch wissentlich missbrauchte und die BE\*\*\*\*\* dadurch mit 7.600 Euro am Vermögen schädigte, dass er einen kurz zuvor um 12.600 Euro für diese Gesellschaft angekauften Pkw um 5.000 Euro an die A\*\*\*\*\* GmbH verkaufte, indem Franz Sc\*\*\*\*\* am 4. Mai 2011 in einem E-Mail an Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* über einen in Wahrheit nicht vorgefallenen Parkschaden dieses Pkw berichtete und bereits davor Peter W\*\*\*\*\* aufforderte, eine unzutreffend niedrige Gebrauchtwagenbewertung für dieses Fahrzeug zu erstellen.

Dagegen richten sich von Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* jeweils aus § 281 Abs 1 Z 5, 9 lit a und b und 11 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerden.

Folgender Sachverhalt liegt den Schuldsprüchen (in objektiver Hinsicht) zu Grunde:

Die BE\*\*\*\*\*, die im Tatzeitraum zu 51 % (mittelbar) im Eigentum von Gemeinden stand, war zu 49 % an der E\*\*\*\*\* GmbH beteiligt. Die anderen 51 % an dieser Gesellschaft wurden von der Bi\*\*\*\*\* GmbH gehalten, die (ausschließlich) im Eigentum von Privaten stand. In der E\*\*\*\*\* GmbH war ein Beirat eingerichtet, der von ihren Gesellschaftern beschickt wurde. Aufgabe dieses Beirats war die Kontrolle und Unterstützung der Geschäftsführung; Investitionen mit Anschaffungskosten über 100.000 Euro bedurften seiner Genehmigung.

Die BE\*\*\*\*\* hielt im Tatzeitraum 100 % der Geschäftsanteile der K\*\*\*\*\*, diese wiederum war zu 100 % an der R\*\*\*\*\* beteiligt. Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* waren bei diesen beiden Gesellschaften jeweils kollektiv vertretungsbefugte Geschäftsführer.

BE\*\*\*\*\* und Bi\*\*\*\*\* GmbH planten, gemeinsam vier Biomassekraftwerke zum Zweck der Ökostromerzeugung zu errichten. Um die Erteilung des Auftrags bemühte sich unter anderem die Or\*\*\*\*\* GmbH, auf die man sich innerhalb der BE\*\*\*\*\* bereits als Auftragnehmer festgelegt hatte, obwohl einer Mitbewerberin noch die Möglichkeit zur Verbesserung ihres Angebots eingeräumt worden war und die Auftragserteilung der E\*\*\*\*\* GmbH zukam. Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* wollte die Projektkosten für die BE\*\*\*\*\* reduzieren und vereinbarte daher mit der Or\*\*\*\*\* GmbH, diese solle im Rahmen einer so genannten „Provisionsvereinbarung“ 1.500.000 Euro an die (unter seinem Einfluss stehende) O\*\*\*\*\* GmbH, die an der Errichtung lediglich eines Kraftwerks beteiligt war, zahlen. Aus Sicht der Or\*\*\*\*\* GmbH handelte es sich bei diesem Betrag (wirtschaftlich betrachtet) um einen Nachlass auf die gesamte Angebotssumme. Auf Auftraggeberseite kam dieser Nachlass jedoch ausschließlich der O\*\*\*\*\* GmbH (und damit indirekt der BE\*\*\*\*\*) zugute, während die Bi\*\*\*\*\* GmbH, die letztlich den Auftrag hinsichtlich aller vier Kraftwerke erteilte, die (um die verdeckt einkalkulierte „Provision“) überhöhten Herstellungskosten zu tragen hatte.

Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\*, selbst Mitglied des Beirats der E\*\*\*\*\* GmbH, verschwieg den übrigen Beiratsmitgliedern sowie dem Geschäftsführer der Bi\*\*\*\*\* GmbH, DI Peter T\*\*\*\*\*, dass im Angebot der Or\*\*\*\*\* GmbH ein Betrag von „anteilig insgesamt 1.125.000 Euro zuzüglich USt inkludiert war“, der allein dem Kraftwerk O\*\*\*\*\* „ohne Gegenleistung zu Gute kommen sollte“. Dieses Verhalten des Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* war kausal dafür, dass DI Peter T\*\*\*\*\* die Verträge mit der Or\*\*\*\*\* GmbH über die Errichtung der Kraftwerke R\*\*\*\*\*, E\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* abschloss und der Bi\*\*\*\*\* GmbH durch Bezahlung der überhöhten Kosten ein Schaden von 1.350.000 Euro entstand.

Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* forderte von der Or\*\*\*\*\* GmbH (ursprünglich) die Zahlung von 2.400.000 Euro an die O\*\*\*\*\* GmbH als „Provision“ für die pflichtwidrige Vornahme einer Rechtshandlung, nämlich dafür, dass er als Vorsitzender des Beirats der E\*\*\*\*\* GmbH die Auftragsvergabe an die Or\*\*\*\*\* GmbH empfehle und genehmige.

Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* trugen dazu bei, indem sie Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* (vorweg) signalisierten, als Geschäftsführer der O\*\*\*\*\* GmbH deren Provisionsvereinbarung mit der Or\*\*\*\*\* GmbH umzusetzen. Mag. Johann S\*\*\*\*\* ließ überdies diese Provisionsvereinbarung durch einen Rechtsanwalt ausarbeiten, Franz Sc\*\*\*\*\* beteiligte sich (gemeinsam mit Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\*) an den Verhandlungen mit der Or\*\*\*\*\* GmbH (Punkte I/A/1 und 2).

Im Zuge des Baus dieser vier Kraftwerke (in O\*\*\*\*\*, R\*\*\*\*\*, E\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\*) durch die Or\*\*\*\*\* GmbH forderte Franz Sc\*\*\*\*\* von dieser 100.000 Euro insbesondere dafür, dass er als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\*, der die technische Bauüberwachung übertragen werden sollte, „auf Mängelrügen und dergleichen weitgehend verzichtet“. Er forderte somit als leitender Angestellter eines öffentlichen Unternehmens für die pflichtwidrige Unterlassung von Rechtshandlungen einen Vorteil für sich und nahm ihn auch an. Erst als sich herausstellte, dass die Vereinbarung nicht durchführbar war (weil DI Peter T\*\*\*\*\* die Kraftwerkerrichtung „eigenständig und unbeeinflussbar“ überwachte) überwies Franz Sc\*\*\*\*\* den Betrag zurück (Punkt II).

Ende Juli 2006 erteilten Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* als Geschäftsführer der Ob\*\*\*\*\* GmbH (die im Tatzeitraum – wirtschaftlich betrachtet – zu 100 % im Eigentum der K\*\*\*\*\* stand) der Or\*\*\*\*\* GmbH – ohne die gebotene Durchführung eines Vergabeverfahrens – den Auftrag zur Errichtung eines weiteren Kraftwerks in Ob\*\*\*\*\*. Dafür (insbesondere auch dafür, dass das ursprünglich vorgesehene Unternehmen über Betreiben des Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* übergegangen wurde) verlangten sie von der Or\*\*\*\*\* GmbH eine – in die Auftragssumme einzurechnende – „Provisionszahlung“ von 1.200.000 Euro an die K\*\*\*\*\* (die hierfür keine Gegenleistung erbrachte). Mag. Johann S\*\*\*\*\* und Franz Sc\*\*\*\*\* forderten somit als leitende Angestellte eines öffentlichen Unternehmens (der Ob\*\*\*\*\* GmbH) für die Vornahme einer (infolge Unterbleibens eines Vergabeverfahrens und Auftragserteilung zu einem überhöhten Preis) pflichtwidrige Vornahme einer Rechtshandlung einen Vorteil für einen Dritten (die K\*\*\*\*\* [Punkt I/B]).

Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* verrechnete von Anfang 2007 bis August 2011 Kilometergeld an die K\*\*\*\*\* und die R\*\*\*\*\*, obwohl er in diesen Gesellschaften „keine Organfunktion bekleidete und obwohl ihm von der BE\*\*\*\*\* stets ein Dienstwagen, allenfalls auch ein Ersatzauto, zur Verfügung stand“. Diese Rechnungen enthielten „nur pauschale

Kilometerbeträge für längere Zeiträume“ ohne nähere Aufzeichnungen, sie waren „vollständig konstruiert und unberechtigt“. Mag. Johann S\*\*\*\*\* (Punkt III/1) und Franz Sc\*\*\*\*\* (Punkte III/1 bis 4) gaben als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* (zu Punkt III/4 der R\*\*\*\*\* ) die Zahlung der beanspruchten Beträge ungeprüft frei.

Franz Sc\*\*\*\*\* benützte von 2008 bis 2011 einen geleasteten Dienstwagen, den Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* seinem Nachbarn günstig zukommen lassen wollte. Der Pkw wurde im März 2011 um 12.600 Euro von der BE\*\*\*\*\* angekauft und bei einem Autohändler abgestellt. Um einen Weiterverkauf zu einem deutlich niedrigeren Preis zu ermöglichen, forderte Franz Sc\*\*\*\*\* (in Absprache mit Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* ) den Autohändler auf, den Gebrauchtwagen unter Berücksichtigung tatsächlich nicht vorhandener Mängel und Schäden zu bewerten. Überdies berichtete er ihm von einem tatsächlich nicht bestehenden Parkschaden. Der Pkw wurde im Mai 2011 zunächst von der BE\*\*\*\*\* um 5.000 Euro dem Autohändler und von diesem in weiterer Folge um denselben Preis dem Nachbarn von Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* verkauft (Punkt IV).

### **Rechtliche Beurteilung**

Zu den amtswegigen Maßnahmen:

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden überzeugte sich der Oberste Gerichtshof das dem Schuldspruch I/A/2 ein nicht geltend gemachter Rechtsfehler (Z 9 lit a) zum Nachteil der beiden Angeklagten anhaftet, der von Amts wegen wahrzunehmen war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO).

§ 305 Abs 1 StGB (in der [zutreffend angewendeten] zur Tatzeit geltenden Fassung [BGBl I 1998/153]), setzte einen spezifischen Zusammenhang des Vorteils mit der Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung, die der Täter als leitender Angestellter eines öffentlichen Unternehmens vornehmen konnte, voraus. Öffentliches Unternehmen war nach § 309 Abs 1 StGB (in der damaligen Fassung) jedes Unternehmen, das von einer oder mehreren Gebietskörperschaften selbst betrieben wurde oder an dem eine oder mehrere Gebietskörperschaften unmittelbar oder mittelbar mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt waren, jedenfalls aber jedes Unternehmen, dessen Gebarung der Überprüfung durch den Rechnungshof unterlag.

Nach den Feststellungen forderte Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* den Vorteil für sein (Stimm-)Verhalten als Vorsitzender des Beirats der E\*\*\*\*\* GmbH bei der Entscheidung über die Auftragsvergabe an die Or\*\*\*\*\* GmbH (US 22 und 57). Bezugspunkt der inkriminierten Vereinbarung (über die Vorteilsgewährung) war also eine Rechtshandlung für die E\*\*\*\*\* GmbH. An dieser Gesellschaft waren aber nach dem Urteilssachverhalt Gebietskörperschaften nicht mit mindestens 50 % des Stammkapitals (mittelbar) beteiligt; ebenso wenig enthält das Urteil eine Sachverhaltsgrundlage für die Annahme einer sonst gegebenen Überprüfungscompetenz durch den Rechnungshof. Dass Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* auch im Vorstand des öffentlichen Unternehmens BE\*\*\*\*\* tätig war, von dem er in den Beirat der E\*\*\*\*\* GmbH entsandt worden war, spielt keine Rolle, weil eine (pflichtwidrige) Rechtshandlung für die BE\*\*\*\*\* nicht Gegenstand der nach § 305 Abs 1 StGB idF BGBl I 1998/153 inkriminierten Vereinbarung war.

Zudem waren Mitglieder eines Beirats nicht von der Legaldefinition des § 309 Abs 2 StGB idF BGBl I 1998/153 erfasst (ebenso wenig übrigens von § 74 Abs 3 StGB idF), weshalb Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* in dieser Eigenschaft nicht als (unmittelbarer) Täter in Betracht kommt (RIS-Justiz RS0089430; Kirchbacher in WK2 StGB § 161 Rz 7; Rainer, SbgK § 161 Rz 23). Dass er in der E\*\*\*\*\* GmbH Angestellter gewesen und ihm als solcher maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zugekommen sei, ist den Entscheidungsgründen ebenso wenig zu entnehmen.

Der Schuldspruch I/A/2 (wegen des Vergehens der Geschenkkannahme durch leitende Angestellte eines öffentlichen Unternehmens nach § 305 Abs 1 zweiter Fall StGB idF BGBl I 1998/153 [iVm § 12 dritter Fall StGB]) entbehrt daher der notwendigen Sachverhaltsgrundlage und war aufzuheben. Da nach der Aktenlage Feststellungen, die einen derartigen Schuldspruch (auch wegen einer anderen strafbaren Handlung) tragen könnten, in einem weiteren Rechtsgang nicht zu erwarten sind, war in der Sache selbst durch Freispruch zu entscheiden (RIS-Justiz RS0100239; Ratz, WK-StPO § 288 Rz 24).

Die Aufhebung der Strafaussprüche war die Folge, worauf die beiden Angeklagten mit ihren dagegen gerichteten Berufungen zu verweisen waren.

Weiters ist hinsichtlich Mag. Johann S\*\*\*\*\* die Nichtannahme von Verjährung (Z 9 lit b) der dem Schuldspruch III/1 zu Grunde liegenden Tat auf Basis des Urteilssachverhalts unschlüssig (RIS-Justiz RS0122332 [T1]; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 602). Diese Tat wurde am 24. Jänner 2007 gesetzt; sie wurde einer mit bis zu dreijähriger Freiheitsstrafe bedrohten

strafbaren Handlung (§ 153 Abs 1 und 3 erster Fall StGB) subsumiert. Die Verjährungsfrist beträgt daher fünf Jahre (§ 57 Abs 3 dritter Fall StGB). Feststellungen zu verjährungshemmenden Ereignissen (insbesondere nach § 58 Abs 3 Z 2 StGB) innerhalb der ab 25. Jänner 2007 laufenden, fünfjährigen Frist hat das Erstgericht nicht getroffen. Sie sind nach der Aktenlage nicht zu erwarten, weshalb auch insoweit mit Aufhebung dieses Schuldspruchs und sofortigem Freispruch vorzugehen war.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Mag. Johann S\*\*\*\*\*:

Im Ergebnis zutreffend reklamiert die Rechtsrüge (nominell Z 9 lit a, der Sache nach Z 9 lit b) Verjährung (auch) der vom Schuldspruch I/B erfassten Tat. Diese wurde § 305 Abs 1 zweiter Fall StGB idF BGBl I 1998/153 (also einer mit bis zu dreijähriger Freiheitsstrafe bedrohten strafbaren Handlung) subsumiert, woraus ebenfalls eine fünfjährige Verjährungsfrist (§ 57 Abs 3 dritter Fall StGB) resultiert. Auch insoweit ist die Nichtannahme von Verjährung der am 14. August 2006 begangenen Tat mangels Feststellungen zu verjährungshemmenden Ereignissen unschlüssig.

Aufhebung dieses Schuldspruchs und sofortiger Freispruch waren die Folge.

Bleibt anzumerken, dass die frühere Begehung einer mit strengerer Strafe bedrohten Tat (vgl Schuldspruch I/A/1), die deshalb später verjährt als die von den Schuldsprüchen I/B und III erfassten Taten, in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung ist (RIS-Justiz RS0128998 [T2]).

Zum verbleibenden Schuldspruch I/A/1 bestreitet die Rechtsrüge (Z 9 lit a) Kausalität der Beitragshandlungen des Beschwerdeführers, argumentiert jedoch lediglich damit, „die Beiziehung eines Rechtsanwalts zur Konzipierung“ der Provisionsvereinbarung könne „wohl keine kausale Beitragstäterschaft begründen“. Sie vernachlässigt damit die Bezugnahme auf die Gesamtheit des Urteilssachverhalts (RIS-Justiz RS0099810) und legt nicht dar, weshalb die – ebenfalls angelastete – im Vorhinein signalisierte Bereitschaft, die Provisionsvereinbarung als Geschäftsführer der O\*\*\*\*\* GmbH umzusetzen, Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* die Realisierung des Tatplans (der auch die – unmittelbar betrugsrelevante – Täuschung der übrigen Beiratsmitglieder der E\*\*\*\*\* GmbH und des Geschäftsführers der Bi\*\*\*\*\* GmbH umfasste) nicht zumindest erleichtert haben soll (vgl RIS-Justiz RS0090508, RS0089832; Fabrizy in WK<sup>2</sup> § 12 Rz 83). Kausalität in diesem Sinn brachten die Tatrichter hinreichend deutlich zum Ausdruck (vgl US 23 und 27, wonach die Angeklagten dadurch Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* „bei dieser Tat“ [nämlich dem Betrug zum Nachteil der Bi\*\*\*\*\* GmbH] „unterstützten“). Welcher weiteren Feststellungen es zur Fundierung des Schuldspruchs bedurft hätte, legt die Rüge nicht dar (vgl RIS-Justiz RS0099620).

Die mit entschuldigendem Notstand (§ 10 StGB) argumentierende weitere Rechtsrüge (Z 9 lit b) unterlässt es, einen Feststellungsmangel hinsichtlich eines durch Ergebnisse der Hauptverhandlung indizierten Sachverhalts, der die rechtliche Annahme dieses Schuldausschließungsgrundes tragen könnte, geltend zu machen (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 600). Ohne Aktenbezug in den Raum gestellte Weisungsgebundenheit des Beschwerdeführers gegenüber Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* und Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes bei weisungswidrigem Verhalten reichen im Übrigen nicht aus (RIS-Justiz RS0089411).

Auf die Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall) ist zufolge Aufhebung des Strafausspruchs nicht einzugehen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Franz Sc\*\*\*\*\*:

Die zum Schuldspruch IV ausgeführte Mängelrüge, die Feststellungen zum Eintritt eines (5.000 Euro übersteigenden) Schadens seien offenbar unzureichend begründet (Z 5 vierter Fall), spricht mit Blick auf den konstatierten Vorsatz auf Herbeiführung eines solchen Schadens (US 43) keine (für die Schuld- oder die Subsumtionsfrage) entscheidende Tatsache an (RIS-Justiz RS0117499, RS0122138). Soweit in diesem Zusammenhang – nach Art einer Aufklärungsrüge (Z 5a) – fehlende Ermittlung des objektiven Verkehrswerts im Tatzeitpunkt moniert wird, unterlässt der Beschwerdeführer die gebotene Darlegung, wodurch er an sachgerechter Antragstellung zu entsprechender Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung gehindert war (RIS-Justiz RS0115823).

Soweit die Rechtsrüge (Z 9 lit a) zum Schuldspruch I/A/1 Kausalität der dem Beschwerdeführer (auch in Form der Teilnahme an den Verhandlungen mit der Or\*\*\*\*\* GmbH über die Höhe der „Provisionszahlung“) angelasteten Beitragshandlungen in Frage stellt, ist auf die Beantwortung des im Wesentlichen inhaltsgleichen Vorbringens des Mitangeklagten zu verweisen.

Zum Schuldspruch III kritisiert der Beschwerdeführer nominell im Rahmen der Mängelrüge (der Sache nach Z 9 lit a) das Fehlen von Feststellungen dazu, „welchen Vorgaben“ des Dienstvertrags von Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* mit der BE\*\*\*\*\*

dessen Kilometergeldabrechnungen „nicht entsprochen hätten“. Abgesehen davon, dass nicht klar wird, weshalb dies für gegenüber der K\*\*\*\*\* und der R\*\*\*\*\* beanspruchtes Kilometergeld von Bedeutung sei, übergeht die Rüge die unmissverständlichen Urteilsannahmen, es habe sich um „fingerte“ Kilometerzahlen gehandelt, der Anspruch sei „vollständig konstruiert und unberechtigt“ gewesen (US 38 und 69).

Indem die (weitere) zu diesem Punkt ausgeführte Rechtsrüge allgemein Weisungsgebundenheit von Geschäftsführern einer GmbH, hier konkret gegenüber dem Vorstand der (100%-igen) Muttergesellschaft BE\*\*\*\*\*, thematisiert, behauptet sie das (tatsächliche) Vorliegen einer Weisung zur Auszahlung des von Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* (zu Unrecht) beanspruchten Kilometergeldes nicht deutlich und bestimmt. Im Übrigen ergibt sich aus dem Vorgesagten, dass die Auszahlung des Kilometergeldes nicht im Interesse der (wirtschaftlich berechtigten) BE\*\*\*\*\* lag, eine dahingehende Weisung deren Vorstands gegenüber den Geschäftsführern der Tochter-GmbH daher ohnehin keine tatbestandsausschließende Wirkung gehabt hätte (ausführlich 17 Os 15/17k). Davon abgesehen war Mag. Rudolf Si\*\*\*\*\* nach dem Urteilssachverhalt (US 12) als Vorstand der BE\*\*\*\*\* nur kollektiv vertretungsbefugt und hätte allein keine wirksame Weisung erteilen können (vgl RIS-Justiz RS0130392 [T2]).

Der Einwand, mangels Feststellungen zu den Befugnissen des Beschwerdeführers als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* und der R\*\*\*\*\* könne nicht beurteilt werden, ob er diese „allenfalls missbraucht hat“, trifft nicht zu. Er war im Tatzeitraum (jeweils zu zweit) kollektiv vertretungsbefugter Geschäftsführer und als solcher befugt, über das Vermögen der genannten Gesellschaften zu verfügen (US 12 f und 39). Die von ihm (wissentlich) verletzten Regeln zum Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten (vgl § 153 Abs 2 StGB) ergeben sich insbesondere aus der in § 25 Abs 1 GmbH normierten Verpflichtung, bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Den Entscheidungsgründen ist deutlich genug zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer die Zahlungen jeweils im Bewusstsein gänzlich fehlender Überprüfung (durch ihn oder einen sonstigen Mitarbeiter dieser Gesellschaften) freigegeben habe, obwohl die Abrechnungen der Höhe und (mangels Aufschlüsselung der Dienstreisen) ihrem äußeren Anschein nach „verdächtig“ gewesen seien. Überdies habe der Beschwerdeführer bereits Kenntnis von früheren „Belegmanipulationen und Unregelmäßigkeiten“ bei Mag. Rudolf S\*\*\*\*\* gehabt (US 39 iVm US 69 ff). Weshalb diese Sachverhaltsgrundlage die rechtliche Annahme einer (wissentlichen) Verletzung des genannten Sorgfaltsmaßstabs nicht tragen sollte, erklärt die Rüge nicht.

Der weitere Einwand (nominell Z 9 lit b, der Sache nach Z 10), dem Beschwerdeführer sei zu Punkt III allenfalls „Beitragstäterschaft zum Betrug“ (gemeint offenbar: zum Nachteil der K\*\*\*\*\* und der R\*\*\*\*\*) anzulasten, entfernt sich vom Urteilssachverhalt (RIS-Justiz RS0099810) und ist im Übrigen unverständlich, weil damit strafbare Mitwirkung des Beschwerdeführers an der eigenen Täuschung behauptet wird.

Auch die zum Schuldspruch IV ausgeführte Rechtsrüge verfehlt, indem sie Kausalität der dem Beschwerdeführer angelasteten Beitragshandlungen bestreitet, die Bezugnahme auf die, gerade dies unmissverständlich zum Ausdruck bringenden, Feststellungen (US 42 f iVm US 75 f).

Entgegen der Rechtsrüge (Z 9 lit b) ist die Strafbarkeit der von den Schuldsprüchen I/B und II erfassten Taten nicht verjährt, weil der Beschwerdeführer innerhalb der fünfjährigen Verjährungsfrist (zu III und IV) weitere mit Strafe bedrohte Handlungen, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, beging (§ 58 Abs 2 StGB). Gleiche schädliche Neigung (§ 71 StGB) ist – insbesondere bei Verschiedenheit der von den in Rede stehenden Tatbeständen geschützten Rechtsgüter – anhand einer kriminologischen Beurteilung des im Einzelfall gezeigten Verhaltens und darin zum Ausdruck kommender (verwerflicher) Beweggründe oder Charaktermängel zu prüfen (vgl RIS-Justiz RS0092151). Vorliegend kommt hier in den (für die Verjährungsfrage maßgeblichen) Straftaten (die zu I/B und II § 305 Abs 1 zweiter Fall StGB [idF BGBl I 1998/153] sowie zu III und IV § 153 Abs 1 und 3 erster Fall StGB subsumiert wurden) nach der konkreten Begehungsweise das Streben des Beschwerdeführers, sich oder Dritten – jeweils durch eigenes pflichtwidriges Handeln – rechtswidrig Vermögensvorteile zu verschaffen, zum Ausdruck (vgl RIS-Justiz RS0092065, RS0092070; zum Ganzen Jerabek/Ropper in WK2 StGB § 71 Rz 2 und 8). Daran ändert auch die von der Rüge (im Zusammenhang mit dem Schuldspruch II) ins Treffen geführte Rückzahlung des zuvor angenommenen Vorteils durch den Beschwerdeführer nichts.

Der Einwand zum Schuldspruch II (Z 9 lit b), der Beschwerdeführer falle als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* nicht „unter den Amtsträgerbegriff der Bestimmung des § 74 Abs 1 lit 4a StGB in der Fassung gemäß BGBl I 2004/15“, weshalb das Erstgericht „zu diesem Faktum lediglich eine Beurteilung nach § 153a StGB ins Kalkül ziehen“ hätte dürfen, ist nicht

methodengerecht aus dem Gesetz abgeleitet (RIS-Justiz RS0116565), denn § 305 Abs 1 StGB idF BGBl I 1998/153 stellte nicht auf einen „Amtsträger“ als Subjekt sondern auf einen leitenden Angestellten eines öffentlichen Unternehmens ab. Um ein solches handelte es sich nach den Feststellungen (US 11 f) jedoch bei der K\*\*\*\*\*. Erwägungen zu einer Aufhebung der Strafbarkeit nach § 153a StGB infolge tätiger Reue können daher dahinstehen.

Hinsichtlich des weiteren Beschwerdevorbringens, das Vorliegen entschuldigenden Notstands (Z 9 lit b) reklamiert, wird auf die Beantwortung der inhaltsgleichen Argumentation des Mitangeklagten verwiesen.

Die Sanktionsrüge bedurfte zufolge Aufhebung des Strafausspruchs keiner Erwiderung.

Zu den weiteren Aussprüchen:

Bei der erforderlichen Strafneubemessung wertete der Oberste Gerichtshof bei Franz Sc\*\*\*\*\* die Begehung mehrerer strafbarer Handlungen verschiedener Art über einen längeren Zeitraum (§ 33 Abs 1 Z 1 StGB) erschwerend, mildernd hingegen bei beiden Angeklagten den bisher ordentlichen Lebenswandel (§ 34 Abs 1 Z 2 StGB) und die Begehung der Taten vor längerer Zeit verbunden mit Wohlverhalten seither (§ 34 Abs 1 Z 18 StGB).

Im Rahmen allgemeiner Strafbemessungs-erwägungen (§ 32 Abs 3 StGB) war zugunsten der Angeklagten die (hinsichtlich Franz Sc\*\*\*\*\* teilweise) – nicht explizit für die beiden Angeklagten vorgenommene – Schadensgutmachung durch Dritte (vgl Ebner in WK2 StGB § 34 Rz 33) sowie die (bei Entwicklung des jeweiligen Tatplans und Ausführung der Straftaten) dominante Stellung des Vorstands der Muttergesellschaft, Mag. Rudolf Sj\*\*\*\*\*, zu ihrem Nachteil – übrigens entgegen dem in den Sanktionsrügen inhaltsgleich erstatteten Vorbringen – die Höhe des durch den Betrug (Punkt I/A/1) herbeigeführten, die Qualifikationsgrenze des § 147 Abs 3 StGB um mehr als das Vierfache übersteigenden, Schadens (RIS-Justiz RS0091126).

Auf Grund dieser Erwägungen erscheinen dem erkennenden Senat die im Spruch ersichtlichen Strafen schuldangemessen.

Teilbedingte Strafnachsicht war schon zufolge des Verschlechterungsverbots (§§ 16, 290 Abs 2 StPO) zu gewähren. Gänzlich bedingte Nachsicht der Strafen kam auf Grund der Tatschwere aus spezial- und generalpräventiven Gründen nicht in Betracht.

Die Verweisung der Privatbeteiligten Ene\*\*\*\*\* AG mit ihren gegen Mag. Johann S\*\*\*\*\* gerichteten Ansprüchen auf den Zivilrechtsweg ist Folge des Freispruchs laut Punkt II/A/2/b des Urteilstenors (§ 366 Abs 1 StPO).

Der Kostenausspruch beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Die Kostenersatzpflicht erstreckt sich nicht auf das amtswegige Vorgehen (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12).

#### **Textnummer**

E121531

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

ECLI:AT:OGH0002:2018:01700S00023.17M.0419.000

#### **Im RIS seit**

04.06.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

26.11.2020

**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)