

# TE OGH 2020/3/9 120s39/18d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.03.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 9. März 2020 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Oshidari als Vorsitzenden, den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Solé und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski, Dr. Brenner und Dr. Setz-Hummel in Gegenwart der Schriftführerin AR Fukerieder in der Strafsache gegen Josef K\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 3 zweiter Fall StGB und einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen der Angeklagten Josef K\*\*\*\*\*, Dr. Tilo B\*\*\*\*\* und Dr. Wolfgang Ku\*\*\*\*\* sowie der Berufung der Privatbeteiligten He\*\*\*\*\* AG gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Schöffengericht vom 17. August 2017, GZ 80 Hv 45/16f-627, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\* wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruchfaktum I./2./ (zur Gänze), in Ansehung des Angeklagten Dr. B\*\*\*\*\* zudem auch im Schuldspruch II./, sowie aus deren Anlass im Mag. P\*\*\*\*\* betreffenden Schuldspruchfaktum IV./1./ iVm I./2./, demzufolge auch in den zu I./ und IV./1./ jeweils gebildeten, durch Teilrechtskraft zerschlagenen Subsumtionseinheiten sowie in den die Angeklagten K\*\*\*\*\*, Dr. B\*\*\*\*\* und Mag. P\*\*\*\*\* betreffenden Strafaussprüchen aufgehoben und die Strafsache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.

Im Übrigen werden die Nichtigkeitsbeschwerden zurückgewiesen.

Die Angeklagten Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\* sowie die He\*\*\*\*\* AG (im Umfang der privatrechtlichen Ansprüche gegen die Angeklagten Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\*) werden mit ihren Berufungen auf die (teil-)kassatorische Entscheidung verwiesen.

Über die Berufungen des Angeklagten Dr. Ku\*\*\*\*\* sowie – im Umfang der gegen diesen geltend gemachten privatrechtlichen Ansprüche – der Privatbeteiligten He\*\*\*\*\* AG wird das Oberlandesgericht Graz zu entscheiden haben.

Den Angeklagten Josef K\*\*\*\*\*, Dr. Tilo B\*\*\*\*\* und Dr. Wolfgang Ku\*\*\*\*\* fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch unbekämpft in Rechtskraft erwachsene Schuldsprüche des Angeklagten Mag. Heinrich P\*\*\*\*\* enthält (IV./1./ und IV./2./), wurden Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\* jeweils des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 3 zweiter Fall StGB (I./) und des Verbrechens des schweren Betrugs nach §§ 146,

147 Abs 3 StGB (II./) sowie Dr. Wolfgang Ku\*\*\*\*\* des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 3 zweiter Fall StGB (als Bestimmungstäter nach § 12 zweiter Fall StGB, „teilweise in Verbindung mit § 15 StGB“ [vgl jedoch RIS-Justiz RS0122006, 11 Os 51/11a], III./) schuldig erkannt.

Danach haben zwischen Mai 2007 und Jänner 2008 in K\*\*\*\*\* und anderen Orten im Zuge des Anteilserwerbs der Ba\*\*\*\*\* [im Folgenden kurz: Ba\*\*\*\*\*] an der H\*\*\*\*\* AG [kurz: H\*\*\*\*\*] bzw im Anschluss daran

I./ Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\* durch Veranlassung der „rechtsgrundlose[n] und pflichtwidrige[n] Bezahlung der Kosten der – von der HS\*\*\*\*\* plc [kurz: HS\*\*\*\*\*] in Zusammenarbeit mit der V\*\*\*\*\* AG [kurz: V\*\*\*\*\*] für die Verkäuferin K\*\*\*\*\* [kurz: KL\*\*\*\*\*] erstellten – Fairness Opinion, die für die H\*\*\*\*\* und deren Konzerntöchter als bloßes Kaufobjekt auch keinerlei Nutzen brachte, in der Höhe von insgesamt 4.319.600 Euro über ein Konstrukt von Scheinrechnungen“ „die ihnen eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen bzw einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht, sohin in unvertretbarer Weise gegen Regeln verstoßen, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen, und dadurch die betroffenen Gesellschaften in einem 300.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen geschädigt, indem sie

1./ als Vorstände der H\*\*\*\*\* die Bezahlung der Scheinrechnung 'Klammer' datiert mit 10. Dezember 2007 in der Höhe von 2,100.000 Euro (1,750.000 Euro zuzüglich 350.000 Euro USt) unmittelbar aus dem Vermögen der H\*\*\*\*\* veranlassten (Schaden der H\*\*\*\*\* 2,100.000 Euro);

2./ als Aufsichtsräte der H\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* GmbH [kurz: HA\*\*\*\*\*] und Geschäftsführer bzw Vorstände der [der HA\*\*\*\*\*; vgl US 10 f] übergeordneten, weisungsbefugten Gesellschaften H\*\*\*\*\* V\*\*\*\*\* GmbH [kurz: HV\*\*\*\*\*] und H\*\*\*\*\* die Bezahlung der Scheinrechnung 'Adam', datiert mit 11. Jänner 2008, in der Höhe von 1,250.000 Euro aus dem Vermögen der H\*\*\*\*\*C\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\* [kurz: HC\*\*\*\*\*] über einen Liquiditätszuschuss seitens der HA\*\*\*\*\* veranlassten (Schaden der HA\*\*\*\*\* 1,250.000 Euro)“;

II./ „Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\* im bewussten und gewollten Zusammenwirken als unmittelbare Täter mit dem Vorsatz, die V\*\*\*\*\* unrechtmäßig zu bereichern, die Geschäftsführer der H\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* GmbH & Co KG [kurz: HL\*\*\*\*\*], Mag. Peter Ka\*\*\*\*\* und Verena D\*\*\*\*\* , durch die wahrheitswidrige Behauptung, es habe im Jahr 2007 im Zuge der Übernahme und Refinanzierung des Kreditnehmers DD\*\*\*\*\* unter dem Projektnamen 'Floating' eine Vereinbarung mit der V\*\*\*\*\* gegeben, wonach diese 2 % von der Kreditvalutasumme von 40,400.000 Euro als Success Fee erhalten habe, sohin durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, nämlich zur Bezahlung der Scheinrechnung 'Floating' datiert mit 31. Dezember 2007 in der Höhe von 969.600 Euro (808.000 Euro zuzüglich 161.600 Euro USt) verleitet, die das genannte Unternehmen in eben diesem, 300.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigte“;

III./ „Dr. Wolfgang Ku\*\*\*\*\* durch mehrfache Aufforderung und Drängen zur Übernahme der Kosten für die Fairness Opinion und Ausbezahlung eines Betrages von 4,319.600 Euro [richtig: 2,100.000 Euro; vgl US 36] an die V\*\*\*\*\* Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\* zu den unter I./1./ beschriebenen strafbaren Handlungen bestimmt und im über 2,100.000 Euro hinausgehenden Betrag [Restbetrag auf 4,319.600 Euro] zu bestimmen versucht, wobei er den vorsätzlichen Fehlgebrauch der Befugnis durch die genannten Organe für gewiss hielt und mit dem Vorsatz handelte, die H\*\*\*\*\* im vorgenannten, 300.000 Euro übersteigenden Betrag zu schädigen“;

IV./ „Mag. Heinrich P\*\*\*\*\* durch die Veranlassung von Erstellung und Übersendung der Scheinrechnungen 'Klammer', 'Adam' und 'Floating' seitens der V\*\*\*\*\* zu den unter I./ und II./ beschriebenen strafbaren Handlungen beigetragen, wobei er

1./ zu I./1./ und 2./ den vorsätzlichen Fehlgebrauch der Befugnis durch die genannten Organe für gewiss hielt und mit dem Vorsatz handelte, die genannten Unternehmen in einem 300.000 Euro übersteigenden Betrag zu schädigen, und

2./ zu II./ mit dem Vorsatz handelte, die Geschäftsführer der HL\*\*\*\*\* zu täuschen und die V\*\*\*\*\* unrechtmäßig zu bereichern sowie das genannte Unternehmen [gemeint: die HL\*\*\*\*\*] in einem 300.000 Euro übersteigenden Betrag zu schädigen“.

Die gegen dieses Urteil gerichteten und vom Angeklagten Josef K\*\*\*\*\* aus Z 3, 4, 5 und 9 lit a sowie vom Angeklagten Dr. Tilo B\*\*\*\*\* aus Z 1, 4, 5, 9 lit a und 11 des § 281 Abs 1 StPO erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden sind teilweise berechtigt; jene des Angeklagten Dr. Wolfgang Ku\*\*\*\*\* , der sich auf § 281 Abs 1 Z 1, 5, 5a, 8 und 9 lit a StPO stützt, ist hingegen nicht im Recht.

## Rechtliche Beurteilung

Zu den berechtigten Teilen der Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten K\*\*\*\*\* und Dr. B\*\*\*\*\* sowie zur amtswegigen Maßnahme (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO):

In Bezug auf das Schuldspruchfaktum I./2./ zeigen die Angeklagten K\*\*\*\*\* und Dr. B\*\*\*\*\* zutreffend einen Rechtsfehler mangels Feststellungen auf (Z 9 lit a).

Den im vorliegenden Zusammenhang wesentlichen Urteilsannahmen zufolge wandte sich die Geschäftsführerin der – Alleinaktionärin der HC\*\*\*\*\* (US 11) – HA\*\*\*\*\* , Mag. Pr\*\*\*\*\* , nach Eingang der (mit 11. Jänner 2008 datierten) Rechnung (der V\*\*\*\*\*; vgl US 31 ff) bei der HC\*\*\*\*\* über 1,25 Millionen Euro (betreffend das Projekt „Adam“; US 33 f) mit einem Schreiben an die Angeklagten K\*\*\*\*\* und Dr. B\*\*\*\*\* „in deren Funktion als Aufsichtsräte der HA\*\*\*\*\*“ (US 35), und ersuchte, einem – für die Bezahlung dieser Rechnung notwendigen – (weiteren) Liquidationszuschuss an die HC\*\*\*\*\* über 1,25 Millionen Euro zuzustimmen (US 34 f). Dieses Schreiben wurde mit einem „OK“ und den Unterschriften der Angeklagten K\*\*\*\*\* und Dr. B\*\*\*\*\* an die HA\*\*\*\*\* retourniert, wobei den beiden Angeklagten klar war, „dass eine Rückzahlung durch die HC\*\*\*\*\* niemals erfolgen [...] und der Betrag somit unwiederbringlich aus der HA\*\*\*\*\* abfließen würde“, was „mit ihrer schriftlichen Zustimmung als Aufsichtsratsorgane der HA\*\*\*\*\* abgesegnet“ wurde (US 35). Das Erstgericht erachtete die Genehmigung des Liquiditätszuschusses an die HC\*\*\*\*\* durch die beiden Angeklagten „als Aufsichtsräte auf Ebene der HA\*\*\*\*\*“ für unvertretbar (US 65).

Untreue nach § 153 StGB begeht, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt. Unmittelbarer Täter (§ 12 erster Fall StGB) der Untreue ist daher nur der Machthaber des durch missbräuchliche Befugnisausübung geschädigten Machtgebers, nicht aber ein Dritter, für den allenfalls eine Haftung aufgrund Bestimmung oder sonstigen Beitrags (§ 12 zweiter oder dritter Fall StGB) in Betracht kommt (11 Os 53/15a; vgl auch Kirchbacher/Presslauer in WK2 StGB § 153 Rz 2, 44).

Die Verwirklichung des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und Abs 3 zweiter Fall StGB setzt demnach voraus, dass der tatbestandsmäßige Vermögensschaden demjenigen erwächst, über dessen Vermögen der Täter verfügen darf, und dass sich auch der Vorsatz darauf bezieht, gerade dem Geschäftsherrn (und nicht einem Dritten) den Vermögensschaden zuzufügen (RIS-Justiz RS0106192; Kirchbacher/Presslauer in WK2 StGB § 153 Rz 36, 42). Überdies muss der Vermögensschaden unmittelbar aus der unter Befugnismissbrauch gesetzten Handlung erwachsen und nicht etwa (erst) durch zusätzliche Handlungen des Vertretenen oder eines Dritten (RIS-Justiz RS0130418).

Unmittelbare Täterschaft eines Aufsichtsratsmitglieds wegen Untreue kann somit nur in jenen Fällen bejaht werden, in denen der Aufsichtsrat eine selbständige Kompetenz zur außenwirksamen Vertretung der Gesellschaft aufweist. Das Aufsichtsratsmitglied kann auch nicht unmittelbarer Täter der Untreue sein, wenn es (bloß) seine Überwachungsbefugnis (§ 30j Abs 1 und Abs 2 GmbHG) ausübt, weil hiermit noch nicht die Befugnis verbunden ist, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Auch im Fall von Geschäften, die nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen (§ 30j Abs 5 GmbHG), kommt keine unmittelbare Täterschaft in Betracht. Denn die besagten Regeln zu zustimmungspflichtigen Geschäften zeitigen nur für das Innenverhältnis Auswirkungen, konstituieren aber keine nach außen hin wirksame rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht. Gleichwohl kommt in diesen Konstellationen – ebenso wie in Fällen, in denen den Aufsichtsrat zwar keine Zustimmungspflichten kraft Gesetzes treffen, die Geschäftsleitung aber Geschäfte durch die Zustimmung des Aufsichtsrats zusätzlich absichern lässt – gemäß §§ 12, 14 StGB eine Beteiligungsstrafbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder an Untreuehandlungen der Geschäftsleitung in Frage (zu alldem: Kert/Komenda in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup>, Rz 46/12, 46/57, 46/58; vgl auch Stryjak in Hinterhofer [Hrsg], Praxishandbuch Untreue, 85).

Soweit beim unrechtsbezogenen Sonderdelikt der Untreue (§ 14 Abs 1 zweiter Satz zweiter Fall StGB) Beitragstäterschaft in Betracht kommt, muss der extrane Beitragstäter, um strafrechtlich zu haften, es nicht nur für gewiss halten, dass der unmittelbare Täter objektiv die durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis missbraucht, sondern gleichermaßen auch, dass der Intraneus dies (zumindest bedingt) vorsätzlich tut (RIS-Justiz RS0103984).

Die im Anlassfall getroffenen Feststellungen lassen eine rechtliche Beurteilung der Handlungen der Angeklagten K\*\*\*\*\* und Dr. B\*\*\*\*\* als Untreue in unmittelbarer Täterschaft zum Nachteil der HA\*\*\*\*\* mangels einer ihnen aufgrund ihrer Funktion als Aufsichtsratsmitglieder (zu hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen vgl § 30i GmbHG; siehe

auch Rauter in Straube, WK GmbHG § 30I Rz 25 ff) gesetzlich eingeräumten Befugnis, die HA\*\*\*\*\* zu verpflichten, nicht zu. Dass den Genannten eine solche Befugnis allenfalls durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss übertragen worden wäre (§ 30I Abs 4 GmbHG; vgl aber zu den Grenzen einer solchen Einräumung Rauter in Straube, WK GmbHG § 30I Rz 28 ff), hat das Erstgericht nicht festgestellt.

Für die Annahme einer Beitragstäterschaft fehlt es wiederum an Feststellungen zu einem (zumindest bedingt vorsätzlichen) Befugnismissbrauch des vertretungsbefugten Organs der HA\*\*\*\*\* (Kirchbacher/Presslauer in WK2 StGB § 153 Rz 44a; RIS-Justiz RS0132289, RS0116032) und zum darauf bezogenen Wissen der beiden Angeklagten.

Ebenso wenig vermögen die getroffenen Feststellungen die Annahme unmittelbarer Täterschaft der Angeklagten K\*\*\*\*\* und Dr. B\*\*\*\*\* wegen Untreue zum Nachteil der HV\*\*\*\*\* oder der H\*\*\*\*\* als deren Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder (US 11) zu stützen (vgl bereits US 34 f: „... in deren Funktion als Aufsichtsräte der HA\*\*\*\*\*“). Insbesondere fehlen Feststellungen zu einem durch ihre Zustimmung erfolgten (unmittelbaren) Schadenseintritt bei der HV\*\*\*\*\* oder der H\*\*\*\*\* (etwa durch Verminderung der Beteiligungswerte) und einen darauf bezogenen Vorsatz, wobei der Annahme einer durch die (pflichtwidrige) Zustimmung (im Sinne einer Weisung als Vertreter der Mutter-/Großmuttergesellschaft) verwirklichten Untreue prima facie zudem der Umstand entgegen steht, dass dem Täter zumindest die (ihm allenfalls mit anderen gemeinsam zustehende) Rechtsmacht zukommen muss, die Zahlstelle des die schädigende Zahlung leistenden Unternehmens (also der HA\*\*\*\*\*) zur Überweisung von Geldern zu verpflichten (vgl 11 Os 126/16p; RIS-Justiz RS0094595 [T4, T6]).

Da aber die Organe der Muttergesellschaft (in rechtlich abgesicherter Weise) nur im Wege der Ausübung von Gesellschafterrechten auf die Tochtergesellschaften Einfluss nehmen können (Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht2 Rz 3/1113), kommt ihnen grundsätzlich nicht selbst die Rechtsmacht zu, über das Vermögen der Tochtergesellschaften zu verfügen und Zahlungen aus deren Vermögen zu leisten (11 Os 126/16p; vgl auch RIS-Justiz RS0130418 [T2]).

Von einer bloß rein manipulativen Handlung – die eine Qualifikation als bloße „Zahlstelle“ zuließe (vgl abermals 11 Os 126/16p sowie RIS-Justiz RS0094595 [T4, T6]) – eines anderen Machthabers (hier: der Organe der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft HA\*\*\*\*\*, die für die Anweisung zur Überweisung des Gesellschafterzuschusses zuständig waren) ist nach den Feststellungen – auch entgegen der vom Erstgericht vertretenen Rechtsauffassung bezogen auf die HC\*\*\*\*\* (US 65) – indes nicht auszugehen.

Um das hier zur Last gelegte Handeln der Angeklagten K\*\*\*\*\* und Dr. B\*\*\*\*\* strafrechtlich erfassen zu können, käme demnach nur Beitrag zur Untreue oder – allenfalls – (Beitrag zum) Betrug in Betracht.

Zufolge erforderlicher Aufhebung des Urteilstakums I./2./ einschließlich der Strafaussprüche ist auf das aus § 281 Abs 1 Z 5 StPO dazu erstattete Vorbringen des Angeklagten K\*\*\*\*\* sowie auf die Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall) des Angeklagten Dr. B\*\*\*\*\* nicht mehr einzugehen.

Die aufgezeigte Nichtigkeit wirkt sich auch zum Nachteil des Angeklagten Mag. Heinrich P\*\*\*\*\* aus, der das Urteil selbst unbekämpft ließ, weswegen der Schuldspruch IV./1./ im Umfang der Beitragstäterschaft zu I./2./ ebenfalls zu kassieren war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO).

Gleichfalls im Recht ist der Beschwerdeführer Dr. B\*\*\*\*\* mit seiner gegen Schuldspruch II./ gerichteten Mängelrüge.

Das Erstgericht stellte dazu – soweit hier wesentlich – fest, dass Josef K\*\*\*\*\* und Dr. Tilo B\*\*\*\*\* gegenüber den Geschäftsführern der HL\*\*\*\*\*, Mag. Ka\*\*\*\*\* und Verena D\*\*\*\*\*, auf deren Nachfrage „beim Vorstand der H\*\*\*\*\*“ die Richtigkeit der Rechnung der V\*\*\*\*\* bestätigt (US 35) und dabei bewusst und gewollt den Anschein erweckt haben, dass der Scheinrechnung „Floating“ eine tatsächliche Vereinbarung mit der V\*\*\*\*\* aus dem Jahr 2007 zugrunde liegt (US 36).

Entgegen dem vom Nichtigkeitswerber in diesem Zusammenhang erhobenen Vorwurf der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) blieben die Aussagen des Zeugen Mag. Ka\*\*\*\*\* (US 46, 59) und des Angeklagten K\*\*\*\*\* (US 38 f, 46) vom Erstgericht zwar nicht unberücksichtigt, doch macht der Beschwerdeführer mit dem Vorbringen, die Urteilsfeststellungen zur Nachfrage der Geschäftsführer der HL\*\*\*\*\* beim „Vorstand der H\*\*\*\*\*“ gründeten ausschließlich auf der Zeugenaussage des Mag. Ka\*\*\*\*\*, aus welcher sich eine Nachfrage auch bei Dr. B\*\*\*\*\* aber gerade nicht ergebe, inhaltlich zu Recht einen Begründungsmangel (Z 5 vierter Fall) geltend. Die Rüge zeigt zutreffend

auf, dass die Annahme einer Täuschungshandlung durch Dr. B\*\*\*\*\* letztlich ohne zureichende Begründung geblieben ist, weil sich weder aus den – im Urteil jeweils bloß pauschal wiedergegebenen – Aussagen des Zeugen Mag. Ka\*\*\*\*\* (ON 533 S 17 ff) und des Angeklagten K\*\*\*\*\* (ON 484 S 17 ff) noch aus den weiteren von den Tatrichtern in die Beweiswürdigung einbezogenen Beweismitteln (US 37 ff) ableiten lässt, der Beschwerdeführer selbst hätte die Richtigkeit der in Rede stehenden Rechnung bestätigt.

Die aufgezeigte Nichtigkeit führt zwangsläufig zur Kassation des Schuldspruchs II./ betreffend den Angeklagten Dr. B\*\*\*\*\*, weshalb auf dessen weiteres dazu erstattetes Vorbringen im Rahmen der Mängelrüge nicht mehr einzugehen ist.

Bleibt (mit Blick auf § 290 Abs 1 zweiter Satz zweiter Fall StPO) anzumerken, dass dem Schuldspruch II./ in Ansehung des Angeklagten K\*\*\*\*\* aufgrund dessen – vom Erstgericht berücksichtigter (US 46) – Verantwortungsübernahme (vgl ON 484 S 31) kein derartiger Begründungsmangel anhaftet.

Darüber hinaus verfehlen die Nichtigkeitsbeschwerden ihr Ziel.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Josef K\*\*\*\*\*:

Entgegen der Verfahrensrüge (Z 3) hat das Erstgericht in Ansehung des Zeugen Dr. Christian R\*\*\*\*\*, dem im getrennt geführten (ON 490 S 34 f) Verfahren gegen den Verband V\*\*\*\*\* als dessen Entscheidungsträger (§ 2 Abs 1 Z 1 VbVG) gemäß § 17 Abs 1 VbVG Beschuldigtenstellung zukommt, zutreffend keine Befreiung von der Aussagepflicht gemäß § 156 Abs 1 Z 1 StPO (sondern lediglich ein Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO [ON 524 S 5]) angenommen, weshalb Nichtigkeit nach § 159 Abs 3 StPO ausscheidet. Das Argument, zwischen Entscheidungsträger und Verband bestehe ein „vergleichbar enges Band“ wie zwischen Angehörigen (§ 72 StGB), weshalb analoge Anwendung des „§ 157 Abs 1 Z 1 iVm § 159 Abs 3 erster Satz und § 156 StPO“ geboten gewesen wäre, geht schon deshalb ins Leere, weil § 156 Abs 1 Z 1 StPO nur im Verfahren gegen einen Angehörigen in Betracht kommt (vgl Kirchbacher, WK-StPO § 156 Rz 14, zum Schutzzweck der Norm vgl im Übrigen Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 7.552).

Ein – hier im Übrigen nicht ersichtlicher – Verstoß gegen § 166 Abs 1 Z 2 StPO bei der Abhörung des Zeugen Dr. R\*\*\*\*\* in der Hauptverhandlung kann aus § 281 Abs 1 Z 3 StPO nicht geltend gemacht werden, weil § 166 StPO im taxativen Katalog des genannten Nichtigkeitsgrundes nicht enthalten ist (Michel-Kwapinski, WK-StPO § 166 Rz 35, 38). Bleibt im Übrigen anzumerken, dass Selbstbelastungsgefahr ausscheidet, soweit sich der Zeuge zuvor (hier: als Beschuldigter gemäß § 17 Abs 1 VbVG in dem gegen den Verband geführten Verfahren) geständig verantwortet hat (§ 157 Abs 1 Z 1 StPO: „... über ihre bisherige Aussage hinaus ...“; vgl Kirchbacher, WK-StPO § 157 Rz 6 f).

Der aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO erhobene Verfahrensrüge zuwider wurden durch die Abweisung (ON 539 S 34) des am 10. November 2016 in der Hauptverhandlung vom Verteidiger des Dr. B\*\*\*\*\* gestellten (ON 539 S 13 ff; zum – unmissverständlichen – Anschluss sowie zur geringfügigen Erweiterung durch den Angeklagten K\*\*\*\*\*: ON 539 S 31) Antrags Verteidigungsrechte nicht verletzt. Der Antrag richtete sich auf „Sicherstellung und [...] Beschlagnahme bzw die Beischaftung, die Auswertung und die Verlesung

- der gesamten E-Mail-Korrespondenz der V\*\*\*\*\* und sämtlicher auf dem Server der V\*\*\*\*\* gespeicherten Dokumente aus dem Zeitraum April 2007 bis Jänner 2008 im Zusammenhang mit dem Konzern der H\*\*\*\*\*, insbesondere der Fairness Opinion (Beauftragung, Erstellung, Abrechnung) sowie der damit zusammenhängenden Vereinbarung (sog 2er- und 3er-Vereinbarung und der Freizeichnung) und der Beendigung der Geschäftsbeziehung zwischen der H\*\*\*\*\* und der V\*\*\*\*\* (vor allem Korrespondenzen und Dokumente iZm den Medienbeteiligungen und den Rechnungen der V\*\*\*\*\* 'Hawk', 'Klammer', 'Adam' und 'Floating'), insbesondere daher die Korrespondenz mit Entscheidungsträgern und Mitarbeitern der H\*\*\*\*\* und ihrer Konzerngesellschaften, mit Entscheidungsträgern und Mitarbeitern der HS\*\*\*\*\*, mit Dr. L\*\*\*\*\* und mit Be\*\*\*\*\* & Co;

- der gesamten E-Mail-Korrespondenz des Dritangeklagten [Dr. Ku\*\*\*\*\*] über das E-Mail-Konto wolfgang.ku\*\*\*\*\*@w\*\*\*\*\*.at einschließlich der gesamten von der H\*\*\*\*\*-Gruppe auf diese E-Mail-Adresse weitergeleiteten Korrespondenz und sämtlicher auf Festplatten und Servern der W\*\*\*\*\* GmbH gespeicherten Dokumente aus dem Zeitraum April 2007 bis Jänner 2008 im Zusammenhang mit der Fairness Opinion (Beauftragung, Erstellung, Abrechnung) sowie der damit zusammenhängenden Vereinbarung (sog 2er- und 3er-Vereinbarung und der Freizeichnungserklärung) und der Beendigung der Geschäftsbeziehung zwischen der H\*\*\*\*\* und der V\*\*\*\*\* (vor

allem Korrespondenzen und Dokumente iZm den Medienbeteiligungen und den Rechnungen der V\*\*\*\*\* 'Hawk', 'Klammer', 'Adam' und 'Floating'), insbesondere daher die Korrespondenz mit Entscheidungsträgern und Mitarbeitern der V\*\*\*\*\*, mit Entscheidungsträgern und Mitarbeitern der H\*\*\*\*\* und ihrer Konzerngesellschaften, mit der HS\*\*\*\*\*, mit Dr. L\*\*\*\*\* und mit Be\*\*\*\*\* & Co“

zum Beweis dafür, dass

1. sich der Dritangeklagte Dr. Wolfgang Ku\*\*\*\*\* und der Viertangeklagte Mag. Heinrich P\*\*\*\*\* als Vertreter der HS\*\*\*\*\*/V\*\*\*\*\* spätestens bis zum 18. Mai 2007 über alle wesentlichen Vertragspunkte der Erstellung der Fairness Opinion samt der Kostentragung durch die H\*\*\*\*\* geeinigt hatten,
2. der Dritangeklagte in die Erstellung der „2er- und 3er-Vereinbarung“ sowie der Freizeichnungserklärung eingebunden war und die „2er- und 3er-Vereinbarung“ sowie die Freizeichnungserklärung von der V\*\*\*\*\* bzw ihren Beratern entworfen worden waren,
3. die Aufteilung der von der H\*\*\*\*\* im Zuge der Gesamtbeendigung der Geschäftsbeziehung zur V\*\*\*\*\* zu leistenden Zahlungen auf verschiedene Projekte nicht vom Erstangeklagten und Zweitangeklagten ausgegangen ist, sondern dem Erstangeklagten und dem Zweitangeklagten vom Dritangeklagten nach Rücksprache mit dem Viertangeklagten bzw der V\*\*\*\*\* vorgegeben wurde,
4. der Abschluss der Auflösungsvereinbarung zur „2er-Vereinbarung“ auf Initiative und im Interesse der V\*\*\*\*\* erfolgt ist, der Entwurf dieser Auflösungsvereinbarung tatsächlich von der V\*\*\*\*\* erstellt wurde und entgegen der Aussage des Zeugen R\*\*\*\*\* nicht der Zweitangeklagte diese Auflösungsvereinbarung und deren Unterzeichnung verlangt hat.

Denn mit der bloßen Behauptung, es seien bislang nicht alle relevanten Unterlagen vorgelegt worden, ohnekonkrete Dokumente anzuführen, die geeignet wären, die genannten Beweisthemen zu stützen, wurden die Anträge der Sache nach mit der Intention gestellt, erst abzuklären, ob überhaupt Beweismittel auffindbar sind, deren Heranziehung der Wahrheitsfindung dienlich sein können, und zielten damit auf eine – im Hauptverfahren unzulässige – Erkundungsbeweisführung ab (RIS-Justiz RS0099841, RS0099353).

Gleiches gilt für den inhaltlich weitgehend übereinstimmenden (und deshalb hier unter einem zu behandelnden), in der Hauptverhandlung am 14. August 2017 (nur) vom Verteidiger des Angeklagten Dr. B\*\*\*\*\* gestellten (ON 621 S 14 ff) und vom Erstgericht abgewiesenen (ON 621 S 19) Antrag auf „Sicherstellung und Beschlagnahme bzw Beischaffung der gesamten E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Dritt- und dem Viertangeklagten, betreffend den Dritangeklagten sowohl bezogen auf seine E-Mail-Adresse bei der H\*\*\*\*\* AG als auch seine \*\*\*\*\*-Adresse für den Zeitraum 13. Dezember 2007 bis 21. Dezember 2007 im Zusammenhang mit der Bezahlung der Fairness Opinion sowie die Beendigung der Geschäftsbeziehung zwischen der V\*\*\*\*\*, HS\*\*\*\*\* und der H\*\*\*\*\* zum Beweis dafür, dass der Zweitangeklagte vom Dritangeklagten im Zusammenwirken mit dem Viertangeklagten systematisch über das Vorliegen einer rechtsverbindlichen Zahlungsverpflichtung der H\*\*\*\*\* für die Fairness Opinion und die wahren Hintergründe der Rechnung der V\*\*\*\*\* vom 27. September 2007 über die Platzierungsvereinbarung mit der Bezeichnung 'Projekt Hawk', über die Rechnung der V\*\*\*\*\* vom 10. Oktober 2007 mit der Bezeichnung 'Projekt Klammer' für die Fairness Opinion sowie über die Abrechnung der V\*\*\*\*\* über die angeblichen Projekte Beteiligungsveräußerung der DD\*\*\*\*\* in den Rechnungen als 'Projekt Adam' und 'Projekt Floating' bezeichnet, getäuscht wurde“.

Überdies betreffen die Beweisthemen,

- „dass sich der Dritangeklagte Dr. Ku\*\*\*\*\* und der Viertangeklagte Mag. P\*\*\*\*\* als Vertreter der HS\*\*\*\*\*/V\*\*\*\*\* spätestens bis zum 18. Mai 2007 über alle wesentlichen Vertragspunkte der Erstellung der Fairness Opinion samt der Kostentragung durch die H\*\*\*\*\* geeinigt hatten“, sowie
- „dass der Dritangeklagte in die Erstellung der 2er- und 3er-Vereinbarung sowie der Freizeichnungserklärung eingebunden war und die 2er- und 3er-Vereinbarung sowie die Freizeichnungserklärung von der V\*\*\*\*\* bzw ihren Beratern entworfen worden waren“,

keine erheblichen Tatsachen. Im Übrigen ist das Erstgericht ohnehin von der Konzeption der Zweier- und Dreiervereinbarung durch den „ständigen Rechtsberater“ des Mag. P\*\*\*\*\* (US 15), Rechtsanwalt Dr. L\*\*\*\*\*, ausgegangen (US 19).

Ebenso ist es für die entscheidende Tatsache des wissentlichen Befugnismissbrauchs durch (die Veranlassung der) Bezahlung der Scheinrechnungen ohne Belang, von wem die Aufteilung auf verschiedene Projekte ausgegangen ist bzw, dass „die Aufteilung dem Zweitangeklagten vom Drittangeklagten nach Rücksprache mit dem Viertangeklagten bzw der V\*\*\*\*\* vorgegeben wurde“.

Schließlich fehlte es auch dem Beweisthema, dass „der Abschluss der Auflösungsvereinbarung zur 'Zweiervereinbarung' auf Initiative und im Interesse der V\*\*\*\*\* erfolgt ist, der Entwurf dieser Auflösungsvereinbarung tatsächlich von der V\*\*\*\*\* erstellt wurde und entgegen der Aussage des Zeugen R\*\*\*\*\* nicht der Zweitangeklagte diese Auflösungsvereinbarung und deren Unterzeichnung verlangt hat“, mangels Bezugs zu einer entscheidenden Tatsache an Relevanz.

In seinem Beweisantrag vom 14. August 2017 verwies der Angeklagte Dr. B\*\*\*\*\* insbesondere auf

- seiner Ansicht nach bestehende Widersprüche zwischen den Verantwortungen der Angeklagten Dr. Ku\*\*\*\*\* und Mag. P\*\*\*\*\* sowie den Aussagen der Zeugen Russel J\*\*\*\*\* und Clive Ra\*\*\*\*\* (ON 617 S 3 ff, ON 621 S 4 ff), die sich jedoch zum Teil auf mangelnde Erinnerung beriefen,
- die fehlende Beteiligung der V\*\*\*\*\* an der Erstellung der Fairness Opinion,
- den Inhalt von Dr. Ku\*\*\*\*\* für Dr. B\*\*\*\*\* verfasster Empfehlungen (Beilage ./45 zum Hauptverhandlungsprotokoll,
- im Akt erliegenden E-Mail-Verkehr zwischen Dritt- und Viertangeklagten,
- die „aus dem bisherigen Gang des Strafverfahrens“ ersichtliche bloß lückenhafte und „offensichtlich selektiv“ vorgelegte E-Mail-Korrespondenz und
- darauf, dass die Staatsanwaltschaft es unterlassen hat, trotz Anregung durch die Sonderkommission H\*\*\*\*\* des Bundeskriminalamts und obwohl auch sie es für notwendig erachtet hatte, Daten bei der V\*\*\*\*\* sicherzustellen, ohne dass aus dem dafür ins Treffen geführten Ausschussbericht einer Parlamentsfraktion (Beilage ./67 zum Hauptverhandlungsprotokoll) ersichtlich wäre, dass sich die Ausführungen auf den hier in Rede stehen Vorwurf beziehen. Aus all diesen Überlegungen, die zum Teil sogar nicht einmal versuchen, einen Bezug zum vorliegenden Begehren herzustellen, ergibt sich jedoch kein Hinweis für die Existenz von die Stützung des Beweisthemas geeignetem Datenmaterial.

Auch die Anträge auf Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Unternehmensbewertung, der Wirtschaftsprüfung und des Bank- und Börsenwesens zum Beweis dafür, „dass die Bezahlung eines Wertgutachtens (Fairness Opinion) durch die Zielgesellschaft einer Unternehmenstransaktion im Jahr 2007 markt- und verkehrsüblich war und zum damaligen Zeitpunkt den branchenüblichen Gebräuchen entsprochen hat“ (ON 547 S 3 ff, ON 549 S 22 f), wurden vom Erstgericht ohne Verletzung von Verteidigungsrechten der Angeklagten K\*\*\*\*\* (der sich auch diesen Beweisanträgen anschloss [ON 547 S 33; ON 549 S 23]) und Dr. B\*\*\*\*\* zu Recht abgewiesen (ON 547 S 34, ON 549 S 23 f).

Denn die Anträge legten nicht dar, weshalb eine allfällige Verkehrs- oder Branchenüblichkeit der Bezahlung einer Fairness Opinion durch die „Zielgesellschaft“ (vgl dazu § 1 Z 2 ÜbG sowie US 65) im Jahr 2007 geeignet wäre, den Ausspruch über eine entscheidende Tatsache zu beeinflussen. Der unter Beweis zu stellende tatsächliche Umstand muss mit Blick auf die dem Schöffengericht im Antragszeitpunkt bereits vorliegenden Beweisergebnisse in der Lage sein, maßgeblichen Einfluss auf die zur Feststellung entscheidender Tatsachen anzustellende Beweiswürdigung auszuüben (RIS-Justiz RS0116987, RS0107445).

Die beiden Antragsteller lassen hingegen offen, weshalb die zur Untermauerung ihres Vorbringens ins Treffen geführten Fälle („Kapitalzuführung N\*\*\*\*\*“ [ON 547 S 11] und „öffentliches Kaufangebot von A\*\*\*\*\* B.V. an die Aktionäre von Da\*\*\*\*\* Holding AG – Angebotsprospekt und Verwaltungsratsbericht“ [ON 547 S 11 iVm ON 79 S 51]) mit der gegenständlichen Konstellation vergleichbar sein sollten. Vielmehr handelt es sich im ersten Fall um eine Fairness Opinion, die von der Empfängerin von (mit staatlichen Mitteln getätigten) Kapitalzuführungen – und nicht von der (wie hier) zu veräußernden „Zielgesellschaft“ – in Auftrag gegeben wurde, wobei Ziel der Fairness Opinion wiederum die Ermittlung des Bezugskurses (fairer Eigenkapitalwert/Nominalkapital) war, zu dem ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber die Kapitalmaßnahmen tätigen würde (vgl die [im Internet veröffentlichte] Entscheidung der Kommission vom 18. Juli 2007, K[2007]3244 endg, Rz 25 [Case Nr NN 34/2007]). Im zweiten Fall – der keine beihilfenrechtliche Komponente aufweist – war Gegenstand der Fairness Opinion wiederum

jener Kaufpreis (pro Aktie), der im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebots bezogen auf alle sich im Publikum befindenden Aktien der „Zielgesellschaft“ sowie auf alle Aktien, die bis zum Ende der Nachfrist aus Finanzinstrumenten stammen, geboten wurde (vgl. Swiss Takeover Board, Verfügung 450/01 Da\*\*\*\*\* Holding AG vom 20. August 2010 [ebenfalls veröffentlicht]).

Davon unterscheidet sich die gegenständliche Sachverhaltskonstellation bereits deshalb grundsätzlich, weil die Fairness Opinion dazu diente, den Aktienverkauf (allein) der Gesellschafterin KL\*\*\*\*\* („als öffentlich-rechtlicher Rechtsträgerin“) an die Ba\*\*\*\*\* beihilfenkonform abwickeln zu können (US 14 f, 18, 35), somit darzulegen, dass der von der Ba\*\*\*\*\* gebotene Kaufpreis „angemessen und marktkonform“ ist (und somit nicht durch einen allenfalls zu niedrigen Kaufpreis seitens des Landes K\*\*\*\*\* der Ba\*\*\*\*\* eine nach EU-Recht verpönte Beihilfe gewährt wird).

Auf Basis dieser Überlegungen zielte der Beweisantrag somit auf die Klärung eines für die spezifische – und insoweit nicht als „Unternehmenstransaktion im Jahr 2007“ verallgemeinerungsfähige – Sachverhaltskonstellation unerheblichen Beweisthemas ab.

Im Übrigen ist das Gericht nicht gehalten, Beweise aufzunehmen, deren Erheblichkeit die entgegengesetzte Würdigung der vorliegenden Beweise zur Voraussetzung hätte (RIS-Justiz RS0099721). Vorliegend geht das Antragsvorbringen jedoch von der von den Tatrichtern

– durch gegenteilige Konstatierungen (insbesondere US 24, 35 f, vgl. auch US 47, 54, 60 f) – abgelehnten Prämisse aus, dass im Zeitpunkt der Beauftragung der Fairness Opinion bzw. im Zeitpunkt der Übernahme der Zahlungsverpflichtung die Tragung der Kosten der Fairness Opinion im Interesse der H\*\*\*\*\* gelegen und damit aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt gewesen wäre (ON 547 S 6 ff).

Das Erstgericht ging vielmehr davon aus,

- dass die KL\*\*\*\*\* der HS\*\*\*\*\* am 23. Mai 2007 schriftlich das Mandat für die Erstellung der Fairness Opinion erteilte (US 19), nachdem es zuvor zu mündlichen Absprachen auch mit Vertretern der H\*\*\*\*\*, insbesondere mit Dr. Ku\*\*\*\*\* gekommen war (US 16 ff),

- durch die „Vertragswerke“ („Zweier- und Dreiervereinbarung“ sowie Freizeichnungserklärung) lediglich formell ein Rechtsgrund für die Kostenübernahme geschaffen werden sollte (US 19, 22, 49), aber die diesen Verträgen tatsächlich zugrunde liegenden Leistungen von HS\*\*\*\*\* und V\*\*\*\*\* (also die für die KL\*\*\*\*\* erstattete Fairness Opinion) nie für die H\*\*\*\*\* erbracht wurden (US 35), und

- dass die tatsächliche Auszahlung an die V\*\*\*\*\*, nachdem jede weitere finanzielle Beteiligung von Seiten der K\*\*\*\*\* oder des Landes K\*\*\*\*\* abgelehnt worden war (US 27 f), tatsächlich über Scheinrechnungen, denen keine wirtschaftliche Gegenleistung zugrunde lag, erfolgte (US 31 ff).

Die Tatrichter stellten überdies fest, dass die Beschwerdeführer von all dem und davon wussten, dass diese Vorgangsweise nur der Umgehung von Ausschreibungs- und Vergabebestimmungen, denen die KL\*\*\*\*\* unterlag, diene (US 36). Angesichts dieses Geschehnisablaufs ist es für die Schuld- und Subsumtionsfrage somit nicht erheblich (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 321), ob die Beauftragung der Fairness Opinion durch die H\*\*\*\*\* zulässig, üblich oder gar, wie die Rechtsmittelwerber (mit Hinweis auf Europäische Kommission 18. Juli 2007 C 24/07 Flughafen Lü\*\*\*\*\* GmbH und Ry\*\*\*\*\* 39) offenbar vermeinen, aus beihilfenrechtlichen Gründen geboten gewesen sein sollte.

Der Beweisantrag konnte daher schon aus diesen Gründen ohne Verletzung von Verteidigungsrechten abgewiesen werden.

Der mit Mängelrüge geltend gemachte Widerspruch (Z 5 dritter Fall) zwischen der Feststellung, wonach dem Angeklagten K\*\*\*\*\* mit Abgabe der Freizeichnungserklärung (Ende Juni/Anfang Juli 2007; US 23 f) „klar“ gewesen ist, „dass die vertragliche Grundlage für die Übernahme der Kosten der Fairness Opinion durch die H\*\*\*\*\* geschaffen war“ (US 24), und den in der Beweiswürdigung dazu angestellten Erwägungen (US 38, 40, 49, 54) betrifft per se keine entscheidende Tatsache (RIS-Justiz RS0119089). Ein solcher Widerspruch liegt im Übrigen auch nicht vor, ist doch der Umstand, dass der Angeklagte Dr. Ku\*\*\*\*\* bis zum Einlangen der Rechnung im Oktober 2007 „der einzige war, der in alle Schritte im Zusammenhang mit der Fairness Opinion eingebunden war“ (US 40), für die vom Rechtsmittelwerber begehrte Schlussfolgerung, der Angeklagte K\*\*\*\*\* wäre „gar nicht“ mit dem Thema Fairness Opinion befasst gewesen, keineswegs zwingend (RIS-Justiz RS0117402; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 439). Der konstatierte Informationsstand des Beschwerdeführers betreffend die „vertragliche Grundlage für die Übernahme der Kosten der Fairness Opinion durch



die H\*\*\*\*\* mit Abgabe der Freizeichnungserklärung (US 24) steht auch in keinem unauflösbaren Widerspruch zur tatrichterlichen Erwägung, wonach die „Zweier- und Dreiervereinbarung“ „so formuliert sind, dass der rechtsgeschäftliche Hintergrund ohne entsprechende Zusatzinformationen durch Dritt- und Viertangeklagten bzw die Zeugen R\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\* und L\*\*\*\*\* aus der Vereinbarung nicht ersichtbar ist“ (US 49), zumal dem Angeklagten K\*\*\*\*\* zu diesem Zeitpunkt auch der Inhalt der Freizeichnungserklärung bekannt war, mit der namens der H\*\*\*\*\* die schuldrechtliche Übernahme der Zahlungsverpflichtung der Be\*\*\*\*\* & Co Capital S.a.r.l. (im bisherigen Antragsvorbringen sowie im Folgenden kurz: B\*\*\*\*\* & Co) gegenüber der V\*\*\*\*\* (in der Höhe von 3,8 Millionen Euro) erklärt wurde (US 24).

Soweit die Rüge zur Frage der Echtheit der Unterschrift des Angeklagten K\*\*\*\*\* auf der Freizeichnungserklärung (US 24) Aktenwidrigkeit (Z 5 fünfter Fall) in Bezug auf den Inhalt einer Aussage des Dr. Ku\*\*\*\*\* behauptet, indem sie isoliert (und damit einen anderen Inhalt unterstellend) zwei Passagen aus dem Protokoll über dessen Vernehmung heranzieht, verkennt sie, dass es sich bei der gerügten Urteils Passage (US 50) um eine summarische Bewertung (vgl RIS-Justiz RS0099431) der – im Übrigen auch dessen Angaben in den Hauptverhandlungsterminen vom 21. Juli 2016 (ON 490 S 19) und 21. Februar 2017 (ON 568 S 28 f) umfassenden – Aussagen des Dr. Ku\*\*\*\*\* (zur Echtheit seiner Unterschrift) handelt. Dem der Sache nach erhobenen Einwand der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) zuwider waren die Tatrichter nicht verhalten, den Zeitpunkt der Vorlage der Freizeichnungserklärung, die Ausführungen in einem offenbar von der Verteidigung eingeholten Privatgutachten (ON 577, Beilage .E) zur Frage des Zustandekommens der Unterschrift des Nichtigkeitswerbers (vgl RIS-Justiz RS0118421) und eine aus dem Kontext gelöste Passage der Aussage des Dr. H\*\*\*\*\*, wonach er vermute, dass auch der Beschwerdeführer davon wusste, dass die Freizeichnungserklärung jedenfalls seine Forderung gewesen sei (wobei er – was die Beschwerde übergeht – im nächsten Satz ausführte, dass K\*\*\*\*\* diese ja unterschrieben habe: ON 547 S 25) zu erörtern. Im Übrigen hat sich das Erstgericht mit der Frage der Echtheit ausführlich auseinandergesetzt (US 49 f) und auch den laut Rüge unberücksichtigt gebliebenen Umstand, dass nicht firmenmäßig gezeichnet war, sogar ausdrücklich festgestellt (US 24).

Indem der Beschwerdeführer unter Berufung auf einzelne, isoliert herausgegriffene Passagen aus den Aussagen der Angeklagten Dr. B\*\*\*\*\* (ON 486 S 18) und Dr. Ku\*\*\*\*\* (ON 621 S 13) und mit Blick auf die Feststellung, wonach auch ihm spätestens Anfang November 2007 (US 26 ff, 56) „klar“ war, dass die Kosten der Fairness Opinion „endgültig bei der H\*\*\*\*\* verbleiben würden“ (US 28), die Erwägung der Tatrichter kritisiert, dass der Angeklagte Dr. B\*\*\*\*\* dezidiert angegeben hat, auch bei K\*\*\*\*\* bezüglich der Kosten der Fairness Opinion nachgefragt zu haben (US 55 f), wird weder (nominell) Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) noch (der Sache nach) offenbar unzureichende Begründung (Z 5 vierter Fall) dargetan. Denn zum einen übergeht der Beschwerdeführer eben jene (weiteren) Aussagen des Dr. B\*\*\*\*\* (ON 486 S 18 ff), die eine solche Nachfrage bestätigen, zum anderen haben die Tatrichter die Feststellung, dass Josef K\*\*\*\*\* ab Ende Oktober/Anfang November 2007 „engstens mit der bestehenden Problematik vertraut war“ (US 56), auch darauf gestützt, dass sowohl die Mitteilung „Ku07-31“ (US 26 f iVm ON 52 AS 1517 f) als auch jene des Dr. B\*\*\*\*\* an Mag. P\*\*\*\*\* vom 13. November 2007 (US 28 [dort fälschlich Antwortschreiben vom 12. November 2007]; ON 45 S 371) an K\*\*\*\*\* weitergeleitet wurden. Das Vorbringen orientiert sich daher zudem nicht an der Gesamtheit der Entscheidungsgründe (RIS-Justiz RS0119370). Den bekämpften Konstatierungen stehen ein E-Mail des Angeklagten Dr. B\*\*\*\*\* an Dr. Ku\*\*\*\*\* vom 29. Oktober 2007 mit dem Hinweis „nimm du dich der Sache an“ (ON 45 Beilagenordner AS 520) und die Verantwortung des Angeklagten Mag. P\*\*\*\*\*, wonach Dr. B\*\*\*\*\* das Problem an Dr. Ku\*\*\*\*\* übergeben habe (ON 482 S 16, 25), nicht erörterungsbedürftig entgegen, sodass der insoweit erhobene Einwand der Unvollständigkeit nicht vorliegt.

Den Kalendereintrag des Beschwerdeführers hat das Erstgericht – entgegen der weiteren Mängelrüge (Z 5 zweiter Fall) – berücksichtigt (US 56). Unabhängig davon steht dieses, die in Anwesenheit des Beschwerdeführers besprochenen Themen gar nicht betreffende Beweismittel der (im Übrigen nicht entscheidenden) Feststellung, dass im Zuge der Vorbesprechung die Idee der Aufteilung auf drei Rechnungen entstand (US 29 f), nicht erörterungsbedürftig entgegen.

Der Rüge (Z 5 vierter Fall) zuwider haben die Tatrichter die Feststellung, wonach (auch) dem Angeklagten K\*\*\*\*\* klar war, dass es sich um Scheinrechnungen handelt (US 34), mängelfrei begründet (US 60). Dass das Erstgericht (betreffend Schuldspruchfaktum II./) aus dem – erörterten (US 59) – Umstand der namentlichen Anführung der H\*\*\*\*\* auf der Präsentationsunterlage (ON 11 S 91 ff) nicht den vom Beschwerdeführer gewünschten Schluss gezogen hat, kann im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde – weil eine unzulässige Beweiswürdigungskritik darstellend – nicht

erfolgreich geltend gemacht werden. Die Mitteilung „Ku07-12“ vom Februar 2007 (ON 67 S 544 ff) war nicht erörterungsbedürftig, weil sich daraus eine Tätigkeit der V\*\*\*\*\* im Auftrag der H\*\*\*\*\* oder der Tochtergesellschaft HL\*\*\*\*\* nicht ergibt.

In Ansehung der Aussage des Zeugen Mag. Ka\*\*\*\*\* wird eine Aktenwidrigkeit (Z 5 fünfter Fall) nicht dargetan. Denn über konkrete tatsächlich für die HL\*\*\*\*\* erbrachte Leistungen wusste dieser Zeuge – wie vom Erstgericht zutreffend (und zudem seine Aussagen zusammenfassend [RIS-Justiz RS0099431]) erwogen (US 59) – nichts zu berichten (ON 533 S 17 ff). Die Angaben des Zeugen wurden im Übrigen in die Überlegungen einbezogen (US 46, 59), sodass auch die geltend gemachte Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) nicht vorliegt.

Zwischen den Feststellungen, wonach dem Angeklagten K\*\*\*\*\* uneingeschränkt bewusst war (US 35 f), dass

- die Erstellung der Fairness Opinion für die H\*\*\*\*\* keinen wie immer gearteten unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen hatte,
- die von der Ba\*\*\*\*\* vorgenommene Kapitalerhöhung in keinem rechtsgeschäftlichen Kausalzusammenhang mit der Bezahlung der drei Scheinrechnungen stand und
- die Verantwortlichen der Ba\*\*\*\*\* auch keine Kenntnis von der verdeckten Kostenübernahme hatten,

sowie der Annahme, wonach Josef K\*\*\*\*\* in die Vorgeschichte der Fairness Opinion, insbesondere die Kapitalerhöhung im Jahr 2006, die Vorgespräche und Verhandlungen zum Verkauf an die Ba\*\*\*\*\* sowie die Beauftragung der Fairness Opinion und die Entwurfspräsentation, nicht eingebunden war (US 38), besteht – entgegen der Mängelrüge – kein Widerspruch (Z 5 dritter Fall), bezieht sich das vom Erstgericht konstatierte Bewusstsein doch auf den Zeitpunkt der Tathandlungen.

Die auf Basis des Vorliegens vollständig unterfertigter Vertragswerke am 12. Juli 2007 erfolgte Übermittlung der schriftlichen Fairness Opinion an die KL\*\*\*\*\* durch die HS\*\*\*\*\* (US 25) betrifft ebenso wenig eine entscheidende Tatsache wie die Frage, ob die HS\*\*\*\*\* vom Zustandekommen von Zweier- und Dreiervereinbarung informiert war und inwieweit die V\*\*\*\*\* an der Erstellung der Fairness Opinion beteiligt war. Die insoweit erhobenen Einwände der fehlenden Begründung (Z 5 vierter Fall) und der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) gehen daher ins Leere.

Die Rechtsrüge (Z 9 lit a) kritisiert zu den Schuldsprüchen I./ und (wenngleich ohne konkretes Vorbringen) II./ die auf ständige Rechtsprechung (vgl. RIS-Justiz RS0094376, RS0094217 [betreffend Betrug]; RS0094565 [betreffend Untreue]) gestützte Rechtsansicht des Erstgerichts, wonach ausschließlich unmittelbare, das heißt gleichzeitig durch die Missbrauchshandlungen des Machthabers (oder der Vermögensverfügung des Getäuschten) mit dem Vermögensschaden entstehende Vermögensvorteile bei der Berechnung des Vermögensschadens zu berücksichtigen sind, sodass die später vorgenommene Eigenkapitalerhöhung bei der H\*\*\*\*\* durch die Ba\*\*\*\*\* außer Betracht zu bleiben hat (US 65 f, 70). Mit der (bloßen) Behauptung des Beschwerdeführers, „die Vermögensminderung durch die missbrauchsgerechte Handlung muss einer Vermögensvermehrung, die ohne den Befugnismissbrauch nicht eingetreten wäre, gegenübergestellt und die beiden Beträge saldiert werden“, woraus er weiters den Schluss zieht, die von der Ba\*\*\*\*\* vorgenommene Kapitalerhöhung sei bei der Schadenskompensation zu berücksichtigen, wird mangels methodisch vertretbarer Ableitung aus dem Gesetz der Nichtigkeitsgrund nicht prozessordnungskonform zur Darstellung gebracht (RIS-Justiz RS0116565). Im Übrigen ist der in der Rechtsrüge mehrfach betonte Umstand, dass das Vorliegen einer (die Angemessenheit des Kaufpreises bestätigenden) Fairness Opinion vertragliche Bedingung für den Erwerb der Aktienmehrheit durch die Ba\*\*\*\*\* war (US 18), mit Blick auf den – allein maßgeblichen – fehlenden unmittelbaren Zusammenhang zwischen Bezahlung der Scheinrechnungen und Kapitalerhöhung (US 35 f) – und demnach infolge fehlender Unmittelbarkeit des Vermögensvorteils (nochmals RIS-Justiz RS0094376, RS0094217, RS0094565) – ohne Relevanz.

Soweit der Beschwerdeführer zum Schuldspruch I./1./ vorbringt, die Zahlung hätte sich „bei richtiger rechtlicher Betrachtung auf die rechtskonforme Dreiparteienvereinbarung“ gestützt (Z 9 lit a), orientiert er sich nicht am festgestellten Sachverhalt, wonach diese Zahlung aufgrund einer Scheinrechnung für nicht gegenüber der H\*\*\*\*\*, sondern ausschließlich gegenüber der vormaligen Aktionärin KL\*\*\*\*\* erbrachte Leistungen erfolgte (US 34 ff, 55), und verfehlt damit den Bezugspunkt materieller Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0099810).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Dr. Tilo B\*\*\*\*\*:

Eine erfolgreiche Besetzungsrüge (Z 1) hat zur Voraussetzung, dass der die Nichtigkeit begründende Umstand ehest

möglich gerügt wird (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 93; RIS-JustizRS0097452). Bei der Beurteilung, ob dem Beschwerdeführer der Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1 StPO begründende Tatumstand schon vor (oder spätestens bis zum Ende) der Hauptverhandlung bekannt geworden ist, ist auf objektive Kriterien, nämlich im gegebenen Konnex auf die Zugänglichkeit des relevanten Tatsachensubstrats, nicht aber auf das darauf basierende individuell unterschiedliche, letztlich unüberprüfbare Erfassen der sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen abzustellen (RIS-JustizRS0106091). Wird der Nichtigkeit nach Z 1 begründende Tatumstand dem Beschwerdeführer vor oder während der Hauptverhandlung bekannt und dennoch erst in der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht, so hat der Beschwerdeführer darzulegen, aus welchem Grund er an der Rüge bei Beginn oder im Verlauf der Hauptverhandlung gehindert war (RIS-JustizRS0119225).

Anhand dieser Prämissen ist auf die erstmals in der Nichtigkeitsbeschwerde vorgebrachten Einwände, wonach

- die Entscheidung über die Ausgeschlossenheit des Leiters der Gerichtsabteilung 17 des Landesgerichts Klagenfurt (Beschluss vom 8. April 2015, ON 418) von einem ausgeschlossenen Richter (dem Präsidenten des Landesgerichts Klagenfurt) getroffen worden sei,

- die infolge des genannten Beschlusses vom 8. April 2015 sowie des Beschlusses des Personalsenats vom 29. Februar 2016 (ON 442) erfolgten Neuzuteilungen des Aktes „über das Aktenverteilsystem gemäß Punkt II)A)6)“ der jeweils in Geltung stehenden Geschäftsverteilungen – anstelle der Anwendung von deren „Punkt I)2)a)“ (Befassung des nach der Geschäftsverteilung zur Vertretung bestimmten Richters) – „sachlich nicht gerechtfertigt“ wäre und

- entgegen der Begründung im Beschluss des Personalsenats vom 29. Februar 2016 (ON 442) keine Änderung der Geschäftsverteilung vorgenommen worden sei,

nicht einzugehen, weil diese Umstände

- aufgrund der Zugänglichkeit des jeweiligen Tatsachensubstrats (vgl. RIS-JustizRS0097452 [T13]) – spätestens zu Beginn der Hauptverhandlung und nicht erst in der Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen gewesen wären.

Verbleibt unter dem Gesichtspunkt der Z 1 daher der rechtzeitig (ON 481 S 6 f) gerügte Umstand, dass an der Entscheidung des Personalsenats vom 29. Februar 2016 (ON 442) der vom Verfahren AZ 9 HR 15/10t (Ermittlungs-[Stamm-]verfahren in der Causa H\*\*\*\*\*) des Landesgerichts Klagenfurt ausgeschlossene Präsident des Landesgerichts Klagenfurt (Beschluss des Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz vom 29. Oktober 2015, AZ 1 Ns 40/15v; Beilage ./1 zur Nichtigkeitsbeschwerde) mitgewirkt hat und der daraus abgeleitete Einwand der nicht gehörigen Besetzung des Schöffengerichts infolge fehlerhafter Geschäftsverteilung, zumal durch diesen Personalsenatsbeschluss der Akt dem zuständigen Vorsitzenden Mag. Du\*\*\*\*\* abgenommen und der nunmehrigen Vorsitzenden zugeteilt worden sei. Dieser erweist sich als unberechtigt.

Mit obgenanntem Beschluss des Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz wurde zwar festgestellt, dass der Präsident des Landesgerichts Klagenfurt gemäß § 43 Abs 1 Z 1 StPO von der Entscheidung (über die Ablehnung eines Richters wegen Ausschließung) ausgeschlossen ist, weil seine Ehefrau im Verfahren als Staatsanwältin tätig war.

Die in Rede stehende Geschäftsabteilungsänderung erfolgte jedoch über Antrag des ursprünglich zuständigen Vorsitzenden infolge seiner Belastungssituation durch ein weiteres bereits anhängiges überaus umfangreiches Strafverfahren und lässt keine sachfremden und nur solcherart willkürlichen Erwägungen erkennen. Schließlich wurde die Neuzuteilung nicht an einen bestimmten Richter, sondern – entsprechend der Geschäftsverteilung – im Wege des Aktenverteilsystems (somit nach dem Z

**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)