



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat am 26. Jänner 2016 durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer und Dr. Oshidari sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski und Dr. Mann in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Zabl als Schriftführerin in der Strafsache gegen Mag. Simon F\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens der betrügerischen Krida nach § 156 Abs 1 und 2 StGB und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Schöffengericht vom 24. April 2015, GZ 14 Hv 11/14t-53, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus ihrem Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der Subsumtion der dem Schuldspruch II zugrunde liegenden Taten auch nach § 156 Abs 2 StGB sowie in der dazu gebildeten Subsumtionseinheit, demgemäß auch im Strafausspruch aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Klagenfurt verwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf die Aufhebung des Strafausspruchs verwiesen.

Ihm fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

### **G r ü n d e :**

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Mag. Simon

F\*\*\*\*\* des Verbrechens der betrügerischen Krida nach § 156 Abs 1 und 2 StGB (II) sowie der Vergehen des schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 2 StGB (I) und der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 Abs 1 und 4 Z 1, Abs 5 Z 3, 4 und 5 iVm § 161 Abs 1 StGB (III) schuldig erkannt.

Danach hat er in K\*\*\*\*\* als Geschäftsführer der Fr\*\*\*\*\* GmbH

(I) zwischen Juli und Oktober 2008 mit dem Vorsatz, durch das Verhalten der Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, Verantwortliche der M\*\*\*\*\* GmbH durch Täuschung über Tatsachen, nämlich seine Zahlungsfähigkeit und -willigkeit, zur Lieferung von Baumaterial, mithin zu diese Gesellschaft um insgesamt 16.697,37 Euro am Vermögen schädigenden Handlungen verleitet;

(II) von Anfang bis Ende 2008 das Vermögen der Fr\*\*\*\*\* GmbH verringert und dadurch die Befriedigung der Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen in einem 50.000 Euro übersteigenden Ausmaß vereitelt oder geschmälert, indem er 340.000 Euro aus der Gesellschaft entnahm und für unternehmensfremde Zwecke verwendete;

(III) über die zu Punkt II beschriebenen Handlungen hinausgehend grob fahrlässig die im Mai 2009 eingetretene Zahlungsunfähigkeit der Fr\*\*\*\*\* GmbH dadurch herbeigeführt, dass er kridaträchtig handelte, wobei er einen 800.000 Euro übersteigenden Befriedigungsausfall ihrer Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen bewirkte, indem er entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens

a) bei einem Jahresverlust von rund 142.300 Euro für das Geschäftsjahr 2007 durch Entnahme einer im Ausmaß von 100.000 Euro unangemessenen Geschäftsführer-

entlohnung übermäßigen, mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dieser Gesellschaft in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand trieb;

b) Geschäftsbücher und geschäftliche Aufzeichnungen so führte, dass ein zeitnaher Überblick über die wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft erheblich erschwert wurde, indem nicht werthaltige Forderungen gegen ihn ausgewiesen waren, der Verlustvortrag in der Bilanz zum 31. Dezember 2005 nicht mit der Eröffnungsbilanz des nächsten Jahres übereinstimmte und keine zeitnahe Verbuchung von Geschäftsfällen erfolgte;

c) Jahresabschlüsse für die Geschäftsjahre 2004 bis 2008, zu deren Erstellung er verpflichtet war, auf eine solche Weise und so spät, und zwar über ein Jahr nach dem Bilanzstichtag, erstellte, dass ein zeitnaher Überblick über die wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft erheblich erschwert wurde.

Die aus den Gründen der Z 2, 3, 5, 5a und 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist nicht im Recht.

Aus Z 2 und 3 kritisiert die Verfahrensrüge den durch den Sachverständigen in der Hauptverhandlung erfolgten (ON 50 S 19) Vortrag des zuvor schriftlich erstellten Gutachtens, obwohl der Sachverständige im Rahmen der Befundaufnahme „vom Steuerberater“, der „nicht von seiner beruflichen Verschwiegenheitsverpflichtung entbunden worden“ sei, Unterlagen erhalten habe. Der Einwand scheidet - abgesehen vom Fehlen hinreichend deutlicher Darlegung, dass es sich bei den angesprochenen Unterlagen tatsächlich um vom Berufsgeheimnis umfasstes, nicht bloß dem Steuerberater übergebenes Beweismaterial handelte (vgl RIS-Justiz RS0097381) - schon daran, dass es sich bei dem

(solcherart in die Hauptverhandlung eingeführten) Sachverständigengutachten samt Befund um kein Protokoll oder anderes amtliches Schriftstück handelt, auf dessen Verlesung oder Vorführung die angesprochenen Nichtigkeitskategorien abstellen (§ 281 Abs 1 Z 2 und 3 [iVm § 252 Abs 1] StPO; 11 Os 29/06h, EvBl 2006/140, 729; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 236 und 365; *Kirchbacher*, WK-StPO § 252 Rz 28 f; *Lässig*, Das Rechtsschutzsystem der StPO und dessen Effektivierung durch den OGH, in: ÖJZ 2006, 406 [409]; vgl auch 13 Os 61/00; aM *Schwaighofer*, Zur Verwendbarkeit kontradiktorischer Zeugenaussagen, ÖJZ 2006, 235 [238] sowie die ältere - bis auf eine Ausnahme zur Rechtslage vor dem StPRÄG 1993 ergangene - Rechtsprechung [RIS-Justiz RS0097497]).

Unabhängig davon kommt auch eine vom Beschwerdeführer angesprochene Umgehung nach § 157 Abs 2 StPO vorliegend nicht in Betracht. Zeugen trifft (nur) im Rahmen förmlicher Vernehmungen die - unter strafrechtlicher Sanktion (§ 288 Abs 1 und 4 StGB) stehende und zwangsweise durchsetzbare - Pflicht, vollständig und richtig auszusagen (vgl §§ 151 Z 2, 153 und 154 StPO). Bestimmten Berufsgeheimnisträgern räumt § 157 Abs 1 Z 2 bis 4 StPO - zum Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses mit ihren Klienten (Patienten) und insbesondere deren (auch verfassungsrechtlich abgesicherter [vgl Art 90 Abs 2 B-VG; Art 6 Abs 1 und 3 lit b und c MRK]) prozessualer Stellung - das Recht ein, die Aussage zu verweigern (zum Ganzen *Kirchbacher*, WK-StPO Vor §§ 151-166 Rz 2, § 154 Rz 1 f, 4 und 13 f, § 157 Rz 9 und § 246 Rz 63 f; *Tipold/Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 110-115 Rz 18 ff; *Rebisant*, Versteckte Antworten zur Sicherstellung von Beweisgegenständen im Ermittlungsverfahren, in *Lewis*

[Hrsg] Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2013, 161). Dieses Ausnahmerecht findet, ebenso wie das daran anknüpfende Umgehungsverbot, nur dort Anwendung, wo den Berufsgeheimnisträger eine Aussagepflicht (im oben bezeichneten Sinn) trifft, also gegenüber sogenannten „Verhörspersonen“, unter welchen (nur) Organe des Gerichts, der Staatsanwaltschaft oder der Kriminalpolizei zu verstehen sind (vgl. *Kirchbacher*, WK-StPO § 246 Rz 131; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 38 und 222; vgl. auch die Materialien zum StPRÄG 1993, EBRV 924 BlgNR 18. GP, 25 ff und 31). Einer solchen Aussagesituation ist unter dem Aspekt des Umgehungsverbots die (staatlich durch Täuschung veranlasste) Informationsweitergabe an einen verdeckten Ermittler oder eine „Vertrauensperson“ gleichzuhalten (vgl. EGMR 5. 11. 2002, 48539/99, *Allan/Vereinigtes Königreich*; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>5</sup> § 24 Rz 123; differenzierend hinsichtlich der Beweisverbotskonsequenzen noch *Schmoller*, Unverwertbares Beweismaterial im Strafprozess, in: Schriftenreihe des BMJ, 45, 105 [158 und 166 f]). Die von § 157 StPO erfasste Konfliktsituation des als Zeuge in Betracht kommenden Berufsgeheimnisträgers liegt also nur vor, wenn dieser durch (rechtlich fassbare und dem Staat zurechenbare) Einflussnahme auf seine freie Willensbildung zur Weitergabe geschützter Information veranlasst wird. Nicht vertrauliche Informationsweitergabe an Dritte ohne solche Einflussnahme bedeutet hingegen - ohne damit eine Aussage über den (hier nicht zu klärenden) Schutzzumfang hinsichtlich der Kommunikation zwischen Beschuldigtem und Verteidiger zu treffen (vgl. zur Problematik Art 4 der Richtlinie 2013/48/EU; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>5</sup> § 24 Rz 112) - freiwillige Preisgabe des Berufsgeheimnisses, auf die das Umgehungsverbot des § 157 Abs 2 StPO nicht abstellt

(vgl die beispielsweise Aufzählung von [durchwegs hoheitlichen] Ermittlungsmaßnahmen in der genannten Bestimmung und den Materialien [EBRV 924 BlgNR 18. GP, 28; EBRV 25 BlgNR 22. GP, 193]; näher dazu *Kirchbacher*, WK-StPO § 157 Rz 31 f; *Reindl-Krauskopf* WK-StPO § 144 Rz 16 f; *Tipold/Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 110-115 Rz 30; *Stricker*, Der Berufsgeheimnisträger als Zeuge, in: ÖJZ 2015, 310 [318]; vgl auch § 31 Abs 2 MedienG, § 9 Abs 3 RAO und § 37 Abs 3 NotariatsO; zum weniger weitreichenden Schutz des Berufsgeheimnisses nach der deutschen Rechtslage *Menges* in *Löwe-Rosenberg* [Hrsg], StPO<sup>26</sup> § 97 Rz 27 ff und 55 ff).

Dies gilt ebenso für (schriftliche oder mündliche) Mitteilungen an (nach den Vorschriften der §§ 125 ff StPO beigezogene) Sachverständige: Diese sind nämlich keine Organe von Gerichtsbarkeit oder Strafverfolgungsbehörden (*Hinterhofer*, WK-StPO § 125 Rz 11) und - von Ausnahmen abgesehen (vgl § 165 Abs 3 StPO) - auch keine „Verhörspersonen“. Ihr Handeln ist dem Staat nicht zurechenbar (vgl RIS-Justiz RS0049746; RS0049801); sie haben auch keine prozessuale Befugnis, Informationen (ohne Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden) zwangsweise zu beschaffen. Eine (von § 159 Abs 1 StPO zu unterscheidende) „Belehrung“ des Berufsgeheimnisträgers über dessen Freiheit, (schriftliche oder mündliche) Informationsweitergabe an den Sachverständigen zu verweigern, ist weder im Gesetz vorgesehen, noch aus teleologischen Überlegungen erforderlich (vgl *Schmoller*, Unverwertbares Beweismaterial im Strafprozess, in: Schriftenreihe des BMJ, 45, 158). Aus der - wie hier - freiwilligen Übergabe von Unterlagen an den Sachverständigen resultiert daher keine Umgehung eines (beruflich bedingten) Aussageverweigerungsrechts, die als

solche im Fall der Verwendung daraus gewonnener Informationen in der Hauptverhandlung Nichtigkeit des Urteils bewirken würde.

Eine (wenig praxisrelevante) unzulässige Einflussnahme des Sachverständigen auf den Berufsgeheimnisträger (etwa durch gezielte Täuschung über seine Befugnisse), um an geschützte Information zu gelangen, wäre übrigens zwar dem Staat nicht zuzurechnen, könnte aber Ausdruck von Befangenheit des Experten sein, in welchem Fall der Erstattung von Befund und Gutachten oder deren Vorkommen in der Hauptverhandlung durch entsprechende (aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO geschützte) Antragstellung entgegengewirkt werden könnte (vgl RIS-Justiz RS0106258; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 199 ff und 370 ff).

Sachgerechte Antragstellung (oder ein substantiierter Widerspruch) in der Hauptverhandlung wäre auch Voraussetzung einer (aus Z 4) erfolgreichen Urteilsanfechtung, soweit - unter dem Aspekt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes - eine (in diesem Zusammenhang nicht angesprochene) Beschränkung von Verteidigungsrechten (vgl insbesondere Art 6 Abs 3 lit d MRK) durch das (indirekte) Vorkommen im Sachverständigenbefund enthaltener Angaben in der Hauptverhandlung behauptet wird (vgl erneut 11 Os 29/06h, EvBl 2006/140, 729; 13 Os 61/00; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 236, 302, 362 und 365; RIS-Justiz RS0128501 [zur Aussagebefreiung kontradiktorisch vernommener Zeugen]).

Die Verfahrensrüge scheitert auch, soweit sie aus Z 3 die - vom Erstgericht „gemäß § 252 StPO“ vorgenommene (ON 52 S 12; vgl zu den unterschiedlichen Verlesungsgrundlagen hinsichtlich Befund und Gutachten *Kirchbacher*, WK-StPO § 252 Rz 39 und 124) - Verlesung des



schriftlichen Sachverständigengutachtens (samt Ergänzungsgutachten) kritisiert. Angesichts der vorangegangenen mündlichen Gutachtenserstattung durch den Sachverständigen, der sich dabei ausdrücklich auch auf das schriftliche Gutachten stützte (ON 50 S 19 ff), stellte die (bloß zusätzliche) Verlesung nämlich kein - der Sache nach behauptetes - Unmittelbarkeitssurrogat dar (RIS-Justiz RS0110150; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 230).

Die zum Schuldspruch I ausgeführte Mängelrüge (Z 5) betrifft mit der Kritik an der Feststellung, seitens der geschädigten M\*\*\*\*\* GmbH habe man die Rücknahme der gelieferten Ware angeboten, was jedoch an der falschen Lagerung des Baumaterials gescheitert sei (US 6), keine entscheidende Tatsache (RIS-Justiz RS0117499). Eine damit angesprochene, allfällige Schadensgutmachung wäre nämlich lediglich unter dem Aspekt der Strafzumessung relevant (vgl zum Schadenseintritt [bei nicht äquivalenten Gegenforderungen] RIS-Justiz RS0094277, RS0094617, RS0128771). Soweit die Mängelrüge aus der Bereitschaft zur Rückgabe der betrügerisch herausgelockten Ware auf das Fehlen eines auf unrechtmäßige Bereicherung gerichteten Vorsatzes schließt, argumentiert sie nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldberufung (zur entgegenstehenden Feststellung vgl US 6).

Ebenso wenig thematisiert die Tatsachenrüge (Z 5a) zum Schuldspruch I mit ihrem Einwand zur Annahme der Zahlungsunfähigkeit der Fr\*\*\*\*\* GmbH eine entscheidende Tatsache (RIS-Justiz RS0118780). Der Urteilssachverhalt geht nämlich - vom Beschwerdeführer unbeanstandet - auch von einer (kausalen) Vortäuschung der Zahlungswilligkeit aus (US 6 und 14).

Weshalb sich die Rechtsprechung zur

Übermäßigkeit der Geschäftsführerentlohnung im Sinn des § 159 Abs 5 Z 3 StGB (RIS-Justiz RS0118310; vgl auch *Kirchbacher* in WK<sup>2</sup> StGB § 159 Rz 50) „offensichtlich auf ein Unternehmen“ beziehe, „das steuerrechtlich als Einnahmen/Ausgaben-Rechner zu qualifizieren ist“ und im Zusammenhang mit anderen Gewinnermittlungsarten (hier § 5 Abs 1 EStG) nicht relevant sein soll, legt die zum Schuldspruch III ausgeführte Rechtsrüge (Z 9 lit a) nicht dar. Ebenso wenig wird erklärt (vgl RIS-Justiz RS0099620), warum weitere Feststellungen zur Höhe von (in Österreich üblichen) Geschäftsführerentlohnungen auf Basis einer von der Verteidigung vorgelegten Liste, die lediglich abstrakte Aussagen zu (offenbar wirtschaftlich gesunden) Unternehmen enthält (Beilage ./2 zu ON 50), zu treffen gewesen wären. Angesichts der auf das Sachverständigengutachten gestützten Annahme des Erstgerichts, in der schlechten wirtschaftlichen Situation der Fr\*\*\*\*\* GmbH im Jahr 2007 wäre lediglich ein Geschäftsführerbezug von 20.000 Euro (brutto) angemessen gewesen (US 8 und 16), ist auch die Notwendigkeit einer näheren Festlegung, ob der - tatsächlich entnommene - „Betrag von EUR 120.000,-- ein Brutto oder Nettobetrag war“, nicht erkennbar.

Dass „Malversationen betreffend Geschäftsbücher nicht vom § 159 StGB erfasst werden“, wird unter sinnentstellend verkürzter Berufung auf eine Literaturstelle (*Kirchbacher* in WK<sup>2</sup> StGB § 159 Rz 99 [der diese Aussage nur für den Fall - hier indes bejahter {vgl US 9 f} - fehlender Kausalität trifft]) ohne methodengerechte Ableitung aus dem Gesetz (§ 159 Abs 5 Z 4 StGB) bloß behauptet (RIS-Justiz RS0116565).

Die Forderung nach Feststellungen zu einem - vom Steuerberater verursachten - Irrtum des

Beschwerdeführers über die zeitlichen (gesetzlichen) Vorgaben zur Erstellung von Jahresabschlüssen bekämpft abermals bloß die gegenteiligen Urteilsannahmen nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldberufung und übergeht zudem die Konstatierungen zu inhaltlichen Mängeln der Jahresabschlüsse (US 9 f und 19).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

Aus ihrem Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof von einem - vom Beschwerdeführer nicht geltend gemachten, ihm gleichwohl nachteiligen - Subsumtionsfehler (Z 10), der von Amts wegen aufzugreifen war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO):

Das Erstgericht hat den Beschwerdeführer nämlich zu Punkt II des Verbrechens der betrügerischen Krida nach § 156 Abs 1 und 2 StGB schuldig erkannt, ohne (in objektiver wie subjektiver Hinsicht) Feststellungen zu einem (gerade) durch die Entnahme von 340.000 Euro aus dem Gesellschaftsvermögen herbeigeführten Gläubigerschaden von mehr als 50.000 Euro zu treffen (vgl US 7 f und 15). Dieser Rechtsfehler mangels Feststellungen erfordert die Aufhebung der Subsumtion (auch) nach § 156 Abs 2 StGB und der zu diesem Schuldspruch gebildeten Subsumtionseinheit, demzufolge auch des Strafausspruchs, samt Rückverweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht bei der nichtöffentlichen Beratung (§ 285e StPO).

Darauf war der Angeklagte mit seiner Berufung zu verweisen.

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

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 26. Jänner 2016  
Mag. H e t l i n g e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: