

Transportrecht

Treuhand

Missbrauchsrisiko

Bad Bank

Ergänzungskapital

Strafrechtsänderungsgesetz

Business Judgement Rule

Neues GesbR-Recht

Syndikatsverträge

Gesellschaftsrechtliche Schiedsklauseln

Inhalt und Form

Ausländische Tochtergesellschaften

EuGH zu Währungsverlusten

Rezension zum Beschluss des OGH im Verfahren 11 Os 5/15 t (16 Hv 20/14 x)

Die Täuschungstauglichkeit eines Werbemittels als Rechtsfrage und die Irrelevanz des durchgeführten Beweisverfahrens.

JÜRGEN STEPHAN MERTENS

A. OGH 11 Os 5/15 t

Der Beschwerdeführer war Geschäftsführer zahlreicher Unternehmen, die bereits seit 25 Jahren auf dem Gebiet des Versandhandels und der Ausrichtung von Gewinnspielen tätig waren.

Der Beschluss des OGH vom 28. 4. 2015 befasst sich mit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöf-

fengericht vom 14. 10. 2014. In diesem Urteil wurde Gerhard B. wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs gem §§ 146, 147 Abs 3, § 148 erster Fall und 15 StGB schuldig erkannt.

Bevor der Sachverhalt dargelegt werden soll, ist kurz auf das Verfahren Bezug zu nehmen. Gerhard

Jürgen Stephan Mertens ist Rechtsanwalt in Wien.

B. betrieb zahlreiche Gesellschaften, die sich teilweise mit dem Vertrieb von Waren, aber auch mit der Durchführung von Gewinnspielen befassten. Der Konzern des Gerhard B. war unter dem Namen „Friedrich Müller“ bekannt.

Gegen Gerhard B. waren seit dem Jahr 2000 Strafverfahren wegen Betrugs aufgrund der Durchführung der Gewinnspiele anhängig, und zwar sowohl in Deutschland als auch in Österreich. Einige dieser Verfahren wurden in Deutschland eingestellt oder es ist Freispruch ergangen, in Österreich wurden ebenfalls einige Verfahren eingestellt, später jedoch wieder aufgenommen und mit den neuen Verfahren zusammengeführt.

Über Gerhard B. wurde am 6. 2. 2013 die Untersuchungshaft verhängt und er befindet sich seitdem ununterbrochen in Haft. Bemerkenswert ist am Verfahren, dass dieses in mittlerweile drei selbstständige Verfahren zergliedert wurde, wobei es im Wesentlichen immer um denselben „modus operandi“ geht. Als Erstes ist das Verfahren 21 Hv 197/07 b zu nennen, dann das Verfahren 16 Hv 20/14 x und mittlerweile ist eine Anklageschrift zu 121 Hv 48/15 p eingelangt.

In allen drei Verfahren geht es im Wesentlichen um den Vorwurf, dass Gerhard B. zahlreiche Personen mit Werbemitteln getäuscht haben soll, dass ihnen ein Gewinn bereits zugeteilt worden wäre und sie nur eine Gebühr überweisen müssten, um diesen zu erhalten.

Die Verteidigungslinie war in allen drei Verfahren erstens, dass Gerhard B. in den Werbemitteln deutlich gemacht hat, dass zuerst eine Auslosung erfolgen muss, die dann auch erfolgt ist, und dass zudem immer ein Gewinn ausgefolgt wurde.

Bei diesem Gewinn handelte es sich nicht um einen höheren Geldbetrag, sondern im Regelfall um eine Reise oder einen Warengutschein. Außer Streit steht weiter, dass die Gesellschaften von Gerhard B. laufend Gewinne, auch höhere Geldsummen, ausbezahlt haben.

Im ersten Verfahren 21 Hv 197/07 b, welches den Zeitraum von 2000 bis 2003 umfasst, wurde Gerhard B. nicht rechtskräftig in erster Instanz freigesprochen. Die schriftliche Urteilsbegründung hierzu steht noch aus.

Im zweiten Verfahren zu 16 Hv 20/14 x, das einen Zeitraum von sechs Monaten umfasst, wurde Gerhard B. in erster Instanz verurteilt. Gegen dieses Urteil wurde eine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben. Mit dem Beschluss, mit dem der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen hat, befasst sich diese Rezension.

Im dritten Verfahren wurde nunmehr von der Staatsanwaltschaft Wien Anklage für den Zeitraum vom 15. 12. 2008 bis September 2009 erhoben. Es ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass es sich im Wesentlichen um dasselbe Vorgehen der Gesellschaften des Gerhard B. handelt und die Staatsanwaltschaft nur unterschiedliche Zeiträume entgegen der Konzentrationsmaxime auseinander gerissen und diese separat in jeweils einer Anklageschrift formuliert hat. Bei der nunmehr dritten Anklage wird wiederum da-

raufhingewiesen, dass sich die Staatsanwaltschaft weitere Anklagen für offene Zeiträume vorbehält.

Durch diese Methode gelingt es der Staatsanwaltschaft, die Untersuchungshaft über den Höchstzeitraum von zwei Jahren hinauszuerstrecken, sodass Gerhard B. sich bis heute in dieser befindet.

B. Sachverhalt

Im Verfahren 16 Hv 20/14 x wurde Gerhard B. vorgeworfen, er habe 15.391 Personen darüber getäuscht, dass sie einen sicheren Gewinn erhalten hätten, und diese veranlasst, eine Gebühr iHv jeweils € 10,- bis € 100,- auf ein Konto einer seiner Gesellschaften zu überweisen. Zum Beweis dafür beantragte die Staatsanwaltschaft ungefähr 30 Geschädigte, die sich jeweils darüber getäuscht haben sollten, dass sie bereits einen sicheren Gewinn bekämen, wenn sie diese Gebühr überweisen würden. In dem sehr langen Beweisverfahren vor dem LG Wien gelang es jedoch der Staatsanwaltschaft nicht, mit Hilfe dieser Zeugen den Nachweis zu führen, dass diese wirklich getäuscht wurden. Es konnte somit bei nahezu keinem einzigen Zeugen mit Sicherheit festgestellt werden, dass dieser sich in einem Irrtum befunden hat.

Die Verteidigung beantragte mit zahlreichen Beweisanträgen zuerst die Ladung von mehreren 100 dieser angeblich getäuschten Personen zum Beweis dafür, dass diese genau gewusst haben, dass sie an einem Gewinnspiel teilnehmen, welches den Charakter einer Lotterie hat, und sie nicht davon ausgegangen sind, dass sie bereits im Besitz eines sicheren Gewinns sind, wenn sie die Gebühr bezahlen.

Der zweite Komplex von Anträgen befasste sich mit dem Thema, dass Gerhard B. zahlreiche Rechtsvertreter sowie Gutachter hatte, denen die Texte der Werbemittel jeweils vor der Aussendung übergeben wurden, um diese auf straf- und wettbewerbsrechtliche Risiken zu überprüfen. Zu diesen Rechtsvertretern und Gutachtern gehört ua der frühere Justizminister Dr. *Böhmendorfer* sowie der derzeitige Justizminister Dr. *Brandstetter*, aber auch Rechtsprofessoren wie der deutsche Professor *Otto*, der ehemalige Rechtsanwalt von Bundeskanzler *Kohl*, und weitere zahlreiche bekannte Straf- und Wettbewerbsrechtler sowohl in Deutschland als auch in Österreich.

Die Beweisanträge hinsichtlich der Entlastungszeugen als potenziell Geschädigte wurden zurückgewiesen, schon damals mit dem Hinweis, dass auch eine Versuchsstrafbarkeit in Frage käme.

Als letzter für das Verfahren wesentlicher Komplex gestaltete sich die Gutachterfrage, da der Gutachter für Datenverarbeitung der Staatsanwaltschaft vom LG übernommen wurde und diese Praxis nicht mit der neueren Rsp des OGH wie auch des VfGH übereinstimmt.

Im Urteil wurde Gerhard B. wegen des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs gem §§ 146, 147 Abs 3, § 148 erster Fall und 15 StGB für schuldig erkannt. Das LG Wien verurteilte ihn ausdrücklich nur wegen Versuchs, da die Richterin zu dem Ergebnis kam, dass bei den von der Staatsanwaltschaft beantragten Zeugen im Regelfall kein Irrtum festge-

stellt werden konnte. Die Täuschung nahm das Landesgericht für Strafsachen Wien trotzdem an, da die Werbemittel nach Ansicht der Richterin geeignet sind, eine Täuschung hervorzurufen. Die Beweisanträge wurden verworfen, da es sich hierbei um eine Rechtsfrage handelt. Gegen das Urteil wurde Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung erhoben.

C. Beschluss des OGH auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Gerhard B. wurde mit Beschluss vom 28. 4. 2015 vom OGH zurückgewiesen. Die Verfahrensrüge gem § 281 Z 4 StPO, die sich inhaltlich auf Befangenheit des Sachverständigen § 126 Abs 4 1. Satz, § 47 Abs 1 Z 3 StPO bezieht, wurde abgewiesen, da keine rechtzeitige Antragstellung hinsichtlich der Tatsache, dass der Sachverständige von der Staatsanwaltschaft bestellt und vom Gericht weiterbeschäftigt wurde, gegeben sei. Der Antrag sei nicht rechtzeitig, wenn er nicht vor Beginn der Beweisaufnahme gestellt wird. Da der Antrag hier erst nach Beginn der Befragung gestellt wurde, sei er als nicht rechtzeitig zurückzuweisen.

Die Anträge auf Ladung und Einvernahme der potenziell Geschädigten sei zu Recht zurückgewiesen worden, da die Frage des Gelingens der Täuschung für die Strafbarkeit des Versuchs irrelevant sei. Auch ein Gutachten über die Branchenüblichkeit der Werbemittel sei abzuweisen, da es sich bei der Frage der Täuschungstauglichkeit um eine reine Rechtsfrage handle. Auch die Feststellungen des Gerichts, dass bei den einvernommenen potenziell Geschädigten eben keine Täuschung festgestellt wurde, und die Feststellungen zur Täuschungstauglichkeit der Werbemittel werden vom OGH nicht als Widerspruch angesehen, und ein Verstoß gegen die innere Logik wird verneint.

Dass sich Gerhard B. von zahlreichen rechtskundigen Personen beraten ließ, habe das Gericht ausreichend gewürdigt, und dies sei nur geschehen, um sich den Anschein der Seriosität und Gesetzestreue zu verleihen und dadurch einer Strafverfolgung zu entgehen.

Die im Urteil selbst wiedergegebenen Werbemittel mit ihren Formulierungen, in denen teilweise deutlich gemacht wurde, dass eben kein Gewinn gegeben sei, ständen nicht im Widerspruch zu der Täuschungstauglichkeit der Werbemittel. Im Beschluss auf Seite 11 steht „Für den Täuschungsbegriff des § 146 StGB ist es im Übrigen nicht von Bedeutung, inwieweit ein zur Irreführung abstrakt geeignetes Verhalten vom Getäuschten durch entsprechende und allenfalls sogar gebotene Aufmerksamkeit durchschaubar gewesen wäre. Tatbildlich ist vielmehr jede unwahre Behauptung. Weder (allfällige) Erkennbarkeit der wahren Sachlage noch Nachlässigkeit oder Leichtgläubigkeit des Tatopfers schließen eine Täuschung aus (*Kirchbacher* in WK² StGB § 146 Rz 17; RIS-Justiz RS0106200, zuletzt 11 Os 108/13 m in dieser Strafsache).“

Auch die Geld-zurück-Garantie und die Tatsache, dass die Angeschriebenen wenigstens einen Preis

oder Warengutschein erhalten haben, spielt für das ErstG und den OGH keine Rolle.

D. Schlussfolgerungen aus dem Urteil des OGH

Bar jeder Polemik lässt sich aus dem Verfahren Folgendes schlussfolgern: Die Staatsanwaltschaft behauptet, dass 15.391 Personen durch Werbemittel getäuscht wurden und deswegen eine Vermögensverfügung iHv € 10,- bis € 100,- getätigt haben. Zum Beweis dafür beantragte die Staatsanwaltschaft 30 bis 50 vermeintlich geschädigte Personen, die ebenfalls Anzeigerstatter waren. Bei der ausführlichen Befragung durch das Gericht sowie der Verteidigung stellte sich heraus, dass sich diese Personen nicht in einem Irrtum befunden haben.

Die Verteidigung beantragte darüber hinaus 300 Personen aus der Personengruppe der 15.391 angeblich Geschädigten zum Beweis dafür, dass diese sich nicht in einem Irrtum befunden haben. Vorsichtshalber wurden zudem sämtliche Personen, die angeschrieben wurden, als Zeugen beantragt, zum Beweis dafür, dass sie sich nicht in einem Irrtum befunden haben.

Das Gericht nahm zur Kenntnis, dass der Beweis der Täuschung im Verfahren bei den angeblich Geschädigten nicht zutrifft, und wies den Entlastungsantrag darüber hinaus ab.

Das Gericht stellte im Rahmen einer Rechtsfrage fest, dass die Werbemittel täuschungstauglich sind und damit ein direkter Beweis gar nicht notwendig ist.

Man muss zu dem Ergebnis kommen, dass damit eine Hauptverhandlung eigentlich überflüssig gewesen ist. Denn wenn das Bewusstsein der angeblich Geschädigten überhaupt keine Rolle bei der Frage der Täuschungstauglichkeit spielt, so kann das Gericht allein jeweils im Bereich des Versuchs über diese Frage befinden. Nach Meinung des Autors handelt es sich bei der Frage der Täuschungstauglichkeit, wenn Personen die Werbemittel zugestellt wurden, um eine Tatsachenfrage. Diese Personen sind zu dieser Frage einzuvernehmen, und das Gericht hat aufgrund dieser Einvernahmen entsprechende Feststellungen zu treffen. Es kann nicht sein, dass über den Umweg des Versuchs das gesamte Beweisverfahren überflüssig gemacht wird und das Gericht kontrafaktisch zu rechtlichen Feststellungen kommen kann. Dies mag immer dann eine Rechtsfrage sein, wenn es keine potenziell Geschädigten gibt, an die Erklärungen oder hier Werbemittel übersandt wurden.

Gibt es jedoch den Personenkreis der potenziell Geschädigten, so haben die Feststellungen sich an diese Tatsachenebene anzubinden und dürfen den Raum des Beweisverfahrens nicht verlassen. Der Beschluss des OGH führt, neben der ohnehin großzügigen Beweiswürdigung, die nicht überprüft werden kann, zu einer Verschiebung der Tatsachenfeststellungen in den Bereich der Rechtsfragen. *Aus diesem Grund ist das Urteil sehr bemerkenswert und sollte als Warnung verstanden werden, dass ein für den Angeklagten günstiges Beweisverfahren trotzdem über diesen Umweg zu einer Verurteilung führen kann.*