

ÖSTERREICHISCHES

# Anwalts blatt

**187 SCHWERPUNKT**

STRAKO – STRAUDA 2017

Europäische Prozesskostenhilfe  
und notwendige Verteidigung

EU-RL Prozesskostenhilfe:  
Änderungsbedarf, Erweiterung  
und Qualitätsfrage

Stärken und Schwächen des  
Nichtigkeitsbeschwerde-  
verfahrens gemäß §§ 284 ff StPO

Rechtliche Grundlagen  
und praktische Probleme  
des Revisionsverfahrens in  
Deutschland

Aktuelle EU-Vorhaben  
und Vorlagen im Strafrecht

Redimensionierung  
von Opferrechten?

**186 PORTRAIT DES MONATS**

Markus Hartung – Der Mann  
mit vielen Eigenschaften

**228 IM GESPRÄCH**

Mag. Sabine Matejka –  
Präsidentin der Richter-  
vereinigung

# Jahrestagung

## immolex

## 2018

### Immobilienrecht für Praktiker

Donnerstag, 3. Mai, bis Freitag, 4. Mai 2018

Schloss an der Eisenstraße, Schlossplatz 1

3340 Waidhofen/Ybbs

**Tagungsleitung:**

Herbert Rainer,  
Johannes Stabentheiner

**Vortragende:**

Karin Fuhrmann, Christoph Kothbauer,  
Eike Lindinger, Elisabeth Lovrek,  
Gottfried Musger, Olaf Riss, Johannes  
Stabentheiner, Gerald Trieb, Christian Zenz

**Jetzt anmelden!**

[www.manz.at/rechtsakademie](http://www.manz.at/rechtsakademie)



## Strafrechtsdiskurs Österreich – Deutschland

**D**as vorliegende Anwaltsblatt ist ein strafrechtliches Themenheft. Es dokumentiert den lebendigen Austausch der Strafrechtskommission des österreichischen Rechtsanwaltskammertages (STRAKO) mit dem Strafrechtsausschuss der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer (STRAUDA) bei deren 4. Gemeinsamen Sitzung, die am 20. 10. 2017 in Leipzig stattgefunden hat. Gegenstand der Beratungen und Diskussionen waren die „EU-Richtlinie Prozesskostenhilfe“, ein allfälliger Umsetzungsbedarf sowie „Stärken und Schwächen des österreichischen Nichtigkeitsbeschwerde- und des deutschen Revisionsverfahrens“. Die in Leipzig gehaltenen Referate von RA Prof. Dr. *Reinhold Schlothauer* und RA VPräs. Dr. *Bernhard Fink* einerseits und RA Prof. Dr. *Tido Park* und meiner Person andererseits sind in dieser Ausgabe abgedruckt.

Am Nachmittag des 20. 10. 2017 fand im Beisein der anwaltlichen Mitglieder der STRAKO der Festakt „70 Jahre Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer“ statt. 70 Jahre sind eine lange Zeit. Unsere STRAKO ist bedeutend jünger: In Leipzig fand am Tag nach der gemeinsamen Sitzung schon seine 11. Arbeitssitzung statt. Dabei wurden zwei Schwerpunkte nach einleitenden Referaten von RA Dr. *Roland Kier* und RA Ass.-Prof. Dr. *Stefan Schumann* ausführlich diskutiert, nämlich „Redimensionierung von Opferrechten?“ und – wie es schon Tradition ist – „Aktuelle EU-Vorhaben im Strafrecht“. Auch diese beiden Vorträge werden in diesem Heft veröffentlicht.

Die Leipziger Sitzungen sind ein guter Anlass, die Gründung der STRAKO – 60 Jahre, nachdem die STRAUDA das Licht der Welt erblickte – Revue passieren zu lassen. Unsere STRAKO war schon bei der Geburt recht groß und schwer,

konnte sie sich doch an der STRAUDA ein Vorbild nehmen. Es soll auch nicht verschwiegen werden, dass die in Wien im Jahr 2008 abgehaltene 202. Sitzung der STRAUDA Auslöser und Inspiration der Gründung der STRAKO war. Neben der damals seit zehn Jahren regelmäßig tagenden Arbeitsgruppe Strafrecht des ÖRAK, die mittlerweile zu einem Arbeitskreis aufgewertet wurde, kann auch die STRAKO veritable Ergebnisse vorweisen.

Die verschrifteten Beiträge der STRAKO-Sitzungen füllen jährlich eine Ausgabe des Anwaltsblatts.

Nicht zuletzt diese intensive Involvement des ÖRAK in Fragen des Strafrechts verhalf dem originär anwaltlichen Betätigungsfeld der Strafverteidigung zu einem zuvor in Österreich ungekannten Standing. Es lässt sich festhalten, dass die gemeinsamen STRAKO-STRAUDA-Arbeitssitzungen eine wechselseitige Bereicherung sind und die Kultur der Strafverteidigung in Österreich und in Deutschland fördern – auf Augenhöhe, Neugier und Mut forcierend, mit Innovation viel Positives und Tragfähiges entwickelnd. Dass eine solche Kooperation der Advokatur auch den Dialog und Disput mit Justiz, Wissenschaft und Ministerien befeuert, ist nicht nur eine angenehme Begleiterscheinung. Sie belegt vielmehr sichtbar nach außen, wie unverzichtbar es ist, dass sich die Anwaltschaft besonders auch zu Fragen und Problemen des Strafrechts und der Strafjustiz nachhaltig und organisiert einbringt.

---

### **RICHARD SOYER**

*Der Autor ist Vorsitzender der Strafrechtskommission des ÖRAK und Rechtsanwalt in Wien.*

2018/36

# Inhalt 03\_2018

- 177 Editorial
- 179 Wichtige Informationen
- 180 Werbung & PR
- 181 Recht kurz & bündig
- 186 Portrait des Monats



Markus Hartung Foto: Frank Eidel

- 262 Inserate
- 264 Indexpzahlen

## AUTOREN DIESER AUSGABE:

RA Dr. Manfred Ainedter, Wien  
 RA Dr. Michael Buresch, Wien  
 RA Dr. Bernhard Fink, Klagenfurt  
 RA Mag. Franz Galla, Wien  
 HR Prof. Dr. Franz Hartl, Wien  
 RA Dr. Adrian Eugen Hollaender, Wien  
 RA Dr. Roland Kier, Wien  
 RA Mag. Philip Marsch, Wien  
 Mag. Susanne Laggner-Primosch, RAK Kärnten  
 Mag. Christian Moser, ÖRAK  
 RA Dr. Gernot Murko, Klagenfurt  
 RA Prof. Dr. Tido Park, Dortmund  
 Judith Priglinger, Bibliothek RAK Wien  
 RAA Mag. Franz Raffaseder, Linz  
 Mag. Eva-Elisabeth Röhler, ÖRAK  
 RA Dr. Ullrich Saurer, Graz  
 RA Dr. Wolf-Georg Schärf, Wien  
 RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen  
 RA Ass.-Prof. Dr. Stefan Schumann, Universität Linz  
 Mag. Elisabeth Schusterbauer, RAK Wien  
 RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer, Wien  
 Univ.-Lektor Mag. Dr. Franz Philipp Sutter, Wien  
 MMag. Dr. Christian Wirthensohn, Dornbirn  
 Mag. Rainer Wolfbauer, Wien

## 187 STRAKO – STRAUDA 2017

- 188 Europäische Prozesskostenhilfe und notwendige Verteidigung  
*Reinhold Schlothauer*
- 195 EU-RL Prozesskostenhilfe: Änderungsbedarf, Erweiterung und Qualitätsfrage  
*Bernhard Fink*
- 200 Stärken und Schwächen des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens gemäß §§ 284 ff StPO  
*Richard Soyer und Philip Marsch*
- 207 Rechtliche Grundlagen und praktische Probleme des Revisionsverfahrens in Deutschland  
*Tido Park*
- 214 Aktuelle EU-Vorhaben und Vorlagen im Strafrecht  
*Stefan Schumann*
- 221 Redimensionierung von Opferrechten?  
*Roland Kier*

## 227 SERVICE

- 228 Im Gespräch



Mag. Sabine Matejka Foto: Mike Ranz

- 231 Termine
- 232 Chronik
- 236 Für & Wider
- 238 Aus- und Fortbildung
- 244 Rezensionen
- 249 Zeitschriftenübersicht

## 253 RECHTSPRECHUNG

- 254 Verteidigerkosten im Disziplinarverfahren bei Freispruch
- 254 Ausgeschlossenheit von Mitgliedern des Disziplinarrats
- 255 Einlagenrückgewähr
- 257 Steuerwirksames häusliches Arbeitszimmer bei überwiegender Heimarbeit: „Krankheit ja, Mutter nein?“

# Wichtige Informationen

## Mutterschutz – Befreiung Umlage Teil A

Zur Förderung der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf wurde auf Initiative des ÖRAK im Berufsrechts-Änderungsgesetz 2016 § 53 Abs 2 Z 4 lit b) in die RAO aufgenommen. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwaltsanwärtinnen sind für die Dauer eines Beschäftigungsverbots nach dem Mutterschutzgesetz 1979 oder eines einem solchen Beschäftigungsverbot entsprechenden Zeitraums auf Antrag

zur Gänze von der Leistung des Beitrags zur Versorgungseinrichtung Teil A zu befreien. ACHTUNG: Eine Befreiung ist nur möglich, wenn dies die Umlagenordnung Ihrer Rechtsanwaltskammer vorsieht (das ist derzeit von Bundesland zu Bundesland verschieden). Im Falle einer Befreiung wird der entsprechende Befreiungszeitraum zur Gänze als Beitragszeit in der Versorgungseinrichtung angerechnet.

ES

**ELISABETH SCHUSTERBAUER (ES)**  
RAK Wien, Abteilung  
Versorgungseinrichtung

**FRANZ HARTL (FH)**  
Hofrat Professor Dr.  
Franz Hartl ist Präsident  
des LG Korneuburg iR.

## Schmerzensgeldsätze in Österreich in Euro

Stand: Februar 2018

Schmerzen			
	leichte	mittlere	starke
OLG Graz	110	220	330
OLG Innsbruck*)	110	220	330
OLG Linz	keine Angaben		
OLG Wien*)	110	220	330
LG Eisenstadt	110	220	330
LG Feldkirch	110	220	330
LG ZRS Graz	120	220	330
LG Innsbruck	150	250	350
LG Klagenfurt	110–120	220	330
LG Linz	100–120	200–240	300–360
LG Salzburg*)	110	220	330
LG St. Pölten	110	220	330
LG ZRS Wien	110	220	330
LG Korneuburg	110	220	330
LG Krems	110–120	220–240	330–360
LG Leoben	120	220	330
LG Ried i.L.	130	260	400
LG Steyr	100–120	200–250	300–350
LG Wels	100–120	200–230	300–350
LG Wr. Neustadt	110	220	330

\*) Die angeführten Beträge gelten als Untergrenze.

### BEACHTE:

1. Diese Schmerzensgeldtabelle stellt bloß eine **Bemessungshilfe** und **keine Berechnungsmethode** dar!
2. Es wird darauf hingewiesen, dass die in obiger Tabelle angeführten **Sätze** der **überwiegenden Praxis** bei diesen

Gerichten entsprechen; **vereinzelte Abweichungen** können daher **nicht ausgeschlossen** werden.

FH

## Beschluss der RAK Niederösterreich

RA Mag. *Dominik Geyer*, LL.M., Enzersdorfer Straße 4, 2340 Mödling, hat die ihm zukommenden Aufgaben als Kammerkommissär gemäß § 34a (2) RAO erfüllt und wird dieser über Antrag vom 07. 11. 2017 von seiner Funktion

als bestellter Kammerkommissär für Mag. Dr. *Alice Hoch*, vormals Rechtsanwältin in Schlossplatz 12, 2361 Laxenburg, gemäß § 34a (7) enthoben.

# Werbung & PR

## BESTELLFORMULAR WERBEARTIKEL

	<b>MANNER-SCHNITTEN</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	2 knusprige Waffeln gefüllt mit Haselnusscreme mit beidseitiger Banderole „Bevor es Brösel gibt...“ und „Sollten Sie mal Brösel haben...“ mit R-Logo, ca. 15 g	<b>0,50</b>		
	<b>KUGELSCHREIBER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Stabilo Metallkugelschreiber silber mit R-Logo und austauschbarer Mine	<b>7,50</b>		
	<b>ANSTECK-PIN „R“</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	R-Logo ausgestanzt als Ansteck-Pin, ø ca 15 mm	<b>2,50</b>		
	<b>LANYARD TRAGESCHLAUFE</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Blau, mit Aufdruck „www.rechtsanwaelte.at“, mit Karabiner Länge: 45 cm (ohne Karabiner)	<b>1,50</b>		
	<b>REGENSCHIRM</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Golf- und Gästeschirm, marineblau, Fiberglas, teflonbeschichtet, mit Aufdruck, ø 120 cm	<b>20,00</b>		
	<b>SCHLÜSSELANHÄNGER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Pfeife mit roter LED-Leuchte, blau mit Aufdruck	<b>1,10</b>		
	<b>POST IT HAFTNOTIZBLOCK</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Weiß, mit Aufdruck DIN A7, 50 Blatt	<b>1,75</b>		
	<b>SCHREIBBLOCK</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Weiß, mit Aufdruck DIN A4, 50 Blatt kopfgeleimt	<b>2,00</b>		
	<b>KUGELSCHREIBER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Blau, mit Aufdruck	<b>0,75</b>		
	<b>AUFKLEBER</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Logo Maße: 12 x 3 cm	<b>1,00</b>		
	<b>USB-STICK</b>	Preis €/Stk.	Anzahl	Gesamt
	Sonderform R-Logo in 3D, 16 GB Datenvolumen, USB 2.0	<b>7,50</b>		
<b>GESAMT</b> zuzüglich Spesen für Versand und Verpackung			Preis €	

## AUSFÜLLEN UND BESTELLEN

Name bzw Firma: .....

Straße: ..... PLZ/Ort: .....

Datum: ..... Unterschrift: .....

## §§ 15, 48 AktG

2018/37

**Durchgriffshaftung**

1. Die Kläger haben Aktien der Muttergesellschaft erworben, welche infolge von **Malversationen bei der Muttergesellschaft** nach den Angaben der Kläger massiv an Wert eingebüßt hätten. In weiterer Folge machten sie Schadenersatzansprüche gegen die Tochtergesellschaft geltend, zumal sich die Beklagte als **100%ige Tochtergesellschaft** die Malversationen bei der Alleingesellschafterin **zurechnen** lassen müsse.

2. Die Tatsache allein, dass die Muttergesellschaft Alleingesellschafterin und einzige Vermögensgeberin der Beklagten ist, reicht jedoch nicht aus, um darzulegen, woraus sich auch nur der **Verdacht einer rechtsmissbräuchlichen Konstruktion** zum Schaden von Anlegern ergeben soll. Ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten ist jedoch Voraussetzung eines jeglichen Durchgriffs.

OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 113/17 m JusGuide 2017/43/16194 = Rechtsnews 2017, 24466. us

## § 383 UGB; § 1 BWG; §§ 914f ABGB

2018/38

**Aufklärungspflicht bei Fremdwährungskredit mit Stop-Loss-Order**

1. Eine Stop-Loss-Order stellt grundsätzlich (auch) eine Schutzmaßnahme zu Gunsten der Klägerin (Kreditnehmerin) im Hinblick auf eine nicht absehbare Entwicklung des Wechselkurses dar und trägt trotz der damit verbundenen Realisierung des Kurs- und Zinsenrisikos dem **beiderseitigen Sicherungsbedürfnis der Vertragsparteien** Rechnung.

2. Dass es nach der Durchführung einer Stop-Loss-Order wieder zu einer Kurserholung kommen kann, die – **ex post** betrachtet – ein **Zuwarten** hätte **sinnvoll** erscheinen lassen, mag zutreffen; dies erweist aber ex ante ein solches Sicherungsmittel für Fremdwährungskredite **nicht als generell untauglich**.

OGH 21. 9. 2017, 7 Ob 28/17 v JusGuide 2017/46/16232 = Rechtsnews 2017, 24523. us

## §§ 1295, 1299, 1489 ABGB

2018/39

**Verjährungsbeginn bei Anlegerschäden**

1. Wird ein (endfälliger) Kredit mit einem Tilgungsträger (zB Lebensversicherung) **kombiniert**, so ist zusätzlich über das **Wertentwicklungsrisko aufzuklären**, das sich auf den veranschlagten Deckungsbetrag auswirken kann.

2. Nach den Feststellungen wurde der Kläger sowohl vom Mitarbeiter der Beklagten als auch von der Mitarbeiterin der Nebenintervenientin im Rahmen der Beratungsgespräche über die relevanten Risikofaktoren **umfassend aufgeklärt**. Zudem erhielt er entsprechende Informationsblätter, die mit ihm erörtert wurden.

3. Bei Veranlagungs- und/oder Finanzierungskonzepten, die eine Kombination von Fremdwährungskrediten mit Tilgungsträgern vorsehen, ist für den Beginn der Verjährungsfrist von Ansprüchen aus Beratungsfehlern entscheidend, zu welchem Zeitpunkt der Geschädigte erkennt, dass das **Gesamtkonzept** den Zusagen nicht entspricht, also entgegen den Zusicherungen nicht oder nicht im zugesagten Ausmaß risikolos ist.

4. Mit der **Information** an den Kläger über die **Tilgungslücke** im Jänner 2012 lagen ausreichende Anhaltspunkte für die Risikoträchtigkeit des Anlagemodells vor und wurde damit der Beginn der Verjährungsfrist ausgelöst. Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt über die Entwicklung der Kreditsumme informiert. Zudem bestanden bei der Nebenintervenientin „Lückenlisten“. Aufgrund der ihm erteilten Information hätte der Kläger nicht untätig bleiben dürfen. Tatsächlich lehnte er den empfohlenen Gesprächstermin ausdrücklich ab.

OGH 28. 9. 2017, 8 Ob 109/17 p JusGuide 2017/47/16252 = JusGuide 2017/47/16251 = Rechtsnews 2017, 24524. us

## §§ 1295, 1299, 1304 ABGB

2018/40

**Anlegerschaden: Negativfeststellungen und Alternativveranlagung**

1. Der Mitarbeiter der Beklagten hat dem Kläger das Investment, das er als „Immobilienfonds“ bezeichnet hat, als „**sicher**“ präsentiert und das insb damit begründet, dass es sich „um ein **Investment in Immobilien** handle“. Der Kläger hat diesen Auskünften **vertraut**. Er hat die Ausführungen des Mitarbeiters dahin verstanden, dass es sich bei diesem Investment um einen Teil aus dem „**fest verzinslichen bzw sicheren Segment**“ seiner **Gesamtveranlagungen** handelt.

2. Auch wenn nicht festgestellt werden kann, welche konkrete Alternativanlage der Kläger bei richtiger Beratung gewählt hätte, ist doch der **Schluss zwingend**, dass er sich für ein **Anlageprodukt aus der Gruppe der „sicheren“ Anlagearten** entschieden hätte. Im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution könnte – ohne Rücksicht auf die hypothetische Entwicklung der angestrebten „Anlageart“ – jedenfalls die „Rückabwicklung“ begehrt werden, weil insoweit ein realer Schaden feststünde.

3. Selbst wenn sich eine Vertragspartei regelmäßig nicht darauf berufen kann, die ihm vorliegenden und von ihm unterfertigten Unterlagen nicht gelesen zu haben, kann dies Schadenersatzpflichten einer Partei nicht verhindern, die **unrichtige Angaben über den Inhalt dieser Unterlagen** macht, auf die ihr **Vertragspartner vertraut**.

OGH 29. 11. 2017, 1 Ob 112/17 b. us

Diese Ausgabe von „Recht kurz & bündig“ entstand unter Mitwirkung von

**ULLRICH SAURER (US)**  
Rechtsanwalt

**MANFRED AINEDTER (MA)**  
Rechtsanwalt

**FRANZ GALLA (FG)**  
Rechtsanwalt

## §§ 1295, 1299 ABGB

2018/41

**Anlegerschaden: Alternativveranlagung, Mitverschulden**

1. Die Klägerin wünschte ausdrücklich eine „**konservative und sichere**“ Anlage.
  2. Im **Begehren auf Zahlung des veranlagten Betrags** – da hier von der endgültigen Wertlosigkeit der Anlage auszugehen ist, ist ein Verkauf des Produkts zur Ermittlung des Differenzschadens weder möglich noch erforderlich – ist die **Behauptung** enthalten, dass eine **Alternativanlage (zumindest) das Kapital erhalten hätte**.
  3. Im **Werbeprospekt** wurde die Anlage – abweichend vom Kapitalmarktprospekt, der die Risiken der Veranlagung, insb die Möglichkeit eines Totalverlusts, ausführlich darstellte – als „**sicher**“ und „**wertstabil**“ beschrieben.
  4. Für die Feststellung, dass das **Werbeprospekt** für die Investitionsentscheidung der **Klägerin** kausal war, ist es **ohne Bedeutung**, dass die Klägerin das ihr ausgehändigte Werbeprospekt **nicht gelesen** hat, wenn die Klägerin **auf Basis dieser Unterlage beraten** wurde.
  5. Ein **Mitverschulden** der Klägerin kann auch **nicht** daraus abgeleitet werden, dass sie das ihr vom Erstbeklagten ausgehändigte Werbeprospekt **nicht gelesen** hat, weil sich aus diesem gerade **keine Risikohinweise** ergaben.
- OGH 25. 10. 2017, 3 Ob 167/17f. us

## § 24 HVertrG

2018/42

**Ausgleichsanspruch HVertrG**

1. Vorteile durch von einem Handelsvertreter zugeführte Neukunden rechtfertigen einen Ausgleichsanspruch nach § 24 HVertrG nur, wenn sie eine **Wertsteigerung des Unternehmens** bewirken.
2. Wenn der Geschäftsherr zum Zeitpunkt der Beendigung des Handelsvertretervertrags **keine vernünftige Möglichkeit** mehr hatte, die **Vorteile** auch nur potentiell zu **nutzen**, liegen **keine** derartigen **Vorteile** vor.
3. Auch wenn der Wert des Kundenstocks nicht ausdrücklich zur Grundlage der Bemessung des Kaufpreises für das Unternehmen gemacht worden ist, streitet eine **tatsächliche Vermutung** dafür, dass dieser **wertbildend Berücksichtigung** gefunden hat. Dem Geschäftsherrn steht jedoch der Gegenbeweis offen. Er kann die Vermutung durch den Beweis entkräften, doch keine Vorteile aus dem Neukundenstamm iZm dem Verkauf gezogen zu haben, weil der Erwerber etwa auf diesen Kundenstamm keinen Wert legte und dieser daher auch nicht in die Bemessung des Kaufpreises einfluss, weil der Erwerber nur an den Betriebsmitteln interessiert ist. Dass die Kunden nicht mitübertragen wurden, fordert die Rsp nicht. Dass der Erwerber nur an den Betriebsmitteln interessiert war, ist nach den zuletzt genann-

ten Entscheidungen nur ein Beispiel für einen gelungenen Gegenbeweis.

4. Nach den Feststellungen ist der Beklagten der Gegenbeweis gelungen. Die Erwerberin hatte an den Österreicherkunden **kein Interesse**, weil sich dieser Kundenkreis mit ihren eigenen Kunden zum überwiegenden Teil **überschnitt**. OGH 13. 9. 2017, 10 Ob 55/16k Rechtsnews 2017, 24538. us

## § 10 EKEG; §§ 82f GmbHG; § 187 UGB

2018/43

**Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters – Eigenkapitalersatz**

1. Seit Inkrafttreten des EKEG kann jedenfalls **nicht** die **Einlage jedes atypisch stillen Gesellschafters** als **Eigenkapital** angesehen werden. Vielmehr zeigt § 10 Abs 2 Z 1 EKEG, dass bloße Mitbestimmungsrechte, selbst wenn sie das Ausmaß der Mitbestimmungsrechte eines Kommanditisten übersteigen (arg „zumindest“ in Z 1), noch nicht automatisch zur Qualifikation als Eigenkapitalersatz führen, sondern erst dann, wenn der Stille auch mit zumindest 25% am Unternehmenswert beteiligt ist, außer der Stille übt einen beherrschenden Einfluss aus (Z 2). In allen diesen Fällen liegt überdies nicht Eigenkapital, sondern bloß **Eigenkapitalersatz** vor.
2. Dass die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters nicht ohne Weiteres als Eigenkapital anzusehen ist, ergibt sich auch aus § 187 Abs 1 UGB.
3. Die Einlage des stillen Gesellschafters wird somit vom Gesetz – im Gegensatz zur Rechtsstellung des Kommanditisten im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft – grundsätzlich als **Fremdkapital** bewertet. Im Unterschied zur Rechtsstellung des Kommanditisten bedarf es daher beim stillen Gesellschafter einer **besonderen Begründung**, warum die insoweit dispositive Norm des § 187 Abs 1 UGB nicht gelten soll und die Einlage des Stillen **Eigenkapitalcharakter** hat. Außerhalb der von § 10 EKEG erfassten Konstellationen kann die Einlage des stillen Gesellschafters nur dann (materiell) **Eigenkapital** sein, wenn dies zwischen den Parteien entsprechend **vereinbart** wurde. Aufgrund der Privatautonomie steht es den Parteien des stillen Gesellschaftsvertrags frei, beliebige Rückzahlungsbeschränkungen zu vereinbaren.
4. Ist die Einlage des atypisch stillen Gesellschafters daher materiell als **Fremdkapital** anzusehen, ist auch eine **Mindestverzinsung nicht** prinzipiell **unzulässig**, ist doch das Verbot des § 82 Abs 3 GmbHG gerade nicht anzuwenden.
5. Nach der neueren Judikatur des VwGH liegt Mitunternehmerschaft iS des Steuerrechts nämlich nur dann vor, wenn der Teilhaber **Unternehmerwagnis** eingeht, was erfordert, dass er an der **Unternehmerinitiative** und dem **Unternehmerisiko teilnimmt**. Die Rsp, wonach Mitunternehmerschaft des stillen Gesellschafters auch ohne Er-

füllung dieser Voraussetzungen bejaht wurde, wird vom OGH sohin **nicht aufrechterhalten**.

OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t JusGuide 2017/49/16301 = Rechtsnews 2017, 24619. **us**

#### § 93 GmbHG; § 15 FBG

2018/44

##### Rechtsmittellegitimation bei gelöschter Firma

Dem Gesellschafter und **bisherigen Geschäftsführer/Liquidator** einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die nach Beendigung der Liquidation im Firmenbuch gelöscht wurde, kommt **keine Rechtsmittellegitimation** in einem Verfahren zu, in welchem für die gelöschte Gesellschaft ein **Nachtragsliquidator** bestellt wurde.

OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 182/17h Rechtsnews 2017, 24659. **us**

#### § 285 UGB

2018/45

##### Gleichbehandlung bei Zwangsstrafen

1. Die Voraussetzungen von § 285 Abs 3 Z 1 UGB müssen **kumulativ** vorliegen.

2. Darin liegt auch **keine unzulässige Ungleichbehandlung von Gesellschaften bzw Organen mit ausreichender Bonität und mit geringer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit**, zumal die regelmäßig geringe Höhe der Geldstrafe hier einer solchen Ausgestaltung nicht entgegensteht. Andere als finanzielle Gesichtspunkte spielen im Rahmen der nach § 285 Abs 3 Z 1 UGB vorzunehmenden Abwägung keine Rolle.

OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 175/17d. **us**

#### § 76 GmbHG

2018/46

##### Formpflicht und Aufgriffsrecht im Insolvenzfall

1. Nach § 76 Abs 2 GmbHG bedarf es zur **Übertragung von Geschäftsanteilen** mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden eines **Notariatsakts**. Der gleichen Form bedürfen nach dem Gesetzestext auch Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur **künftigen Abtretung** eines Geschäftsanteils.

2. Auch die Ausübung des **Aufgriffsrechts** bedarf der Notariatsaktsform. Es besteht kein Anlass, von dieser Rsp abzugehen.

3. Die Ausübung des Aufgriffsrechts als Gestaltungsrecht muss in der vorgeschriebenen Form erfolgen. Es **steht der Satzung nicht zu**, diesbezüglich eine **Erleichterung vorzusehen**.

4. Gegenständlich war ein Aufgriffsrecht zur Absicherung eines geschlossenen Gesellschafterkreises etwa im Fall der Exekution/Insolvenz eines Gesellschafters vereinbart worden. Eine Ausübung des **Aufgriffsrechts** kommt jedoch **nicht mehr** in Betracht, wenn das **Insolvenzverfahren be-**

**reits aufgehoben** ist, weil dann die **Gefahr** des Eindringens eines Gesellschaftsfremden über das Insolvenzverfahren ja **nicht mehr besteht**. Das Aufgriffsrecht stellt in diesem Fall keinen Selbstzweck dar.

OGH 25. 10. 2017, 6 Ob 180/17i. **us**

#### § 39 Abs 2 FinStrG

2018/47

##### Abgabenbetrug durch Vorsteuer

Durch die – mit dem AbgÄG 2012 BGBl I 2012/112 vorgenommene – Änderung des § 39 Abs 2 FinStrG wurde der Inhalt der Norm nicht berührt. Auch der in § 39 Abs 2 idF BGBl I 2010/104 verwendete Begriff „Abgabengutschrift“ war nämlich schon iS einer Verringerung der USt-Zahllast zu verstehen, unabhängig davon, ob am Ende der jeweiligen Verrechnungsperiode ein positiver oder ein negativer Steuersaldo entstand. Die Umformulierung des § 39 Abs 2 FinStrG durch das AbgÄG 2012 diente insoweit bloß der Klarstellung.

OGH 17. 5. 2017, 13 Os 123/16m (LG Klagenfurt 79 Hv 104/15y) EvBl 2017/135. **MA**

#### § 153 e StGB (§§ 146, 153 d StGB)

2018/48

##### Organisierte Schwarzarbeit

Betrug (§§ 146 ff StGB) und betrügerisches Anmelden zur Sozialversicherung oder Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (§ 153 d StGB), Betrug (§§ 146 ff StGB) und organisierte Schwarzarbeit (§ 153 e StGB) sowie betrügerisches Anmelden zur Sozialversicherung oder Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (§ 153 d StGB) und organisierte Schwarzarbeit (§ 153 e StGB) konkurrieren echt.

OGH 17. 5. 2017, 13 Os 115/16k (LGSt Graz 6 Hv 121/13p) EvBl 2017/136. **MA**

#### § 281 StPO (§§ 3, 259 Z 3, §§ 267, 281 Abs 1 Z 9 lit a, §§ 288, 290 Abs 1 StPO; Art 6 Abs 1 und 2 EMRK)

2018/49

##### Senat 15 verlässt stRsp zur Freispruchsanfechtung

Widersprüchliche Rsp zur Obliegenheit der StA, die Schlüssigkeit einer Rechtsrüge zu begründen, wenn sich das U auf die Feststellung beschränkt, die Frist des § 263 Abs 4 StPO sei versäumt worden.

OGH 24. 5. 2017, 15 Os 137/16k EvBl-LS 2017/155. **MA**

#### § 5 Z 11 JGG (§ 29 StGB; § 28 a SMG)

2018/50

##### Zusammenrechnungsgrundsatz gilt auch im Suchtgiftstrafrecht

Gemäß der mit BGBl I 2015/154 neu eingeführten Z 11 des § 5 JGG richten sich die Strafdrohungen, wenn Werte oder

Schadensbeträge einer Jugendstraftat mit jenen einer Straftat, die nach Vollendung des 18. Lebensjahrs begangen wurde, zusammenzurechnen (§ 29 StGB) sind, nach § 5 Z 2 bis 5 JGG; begründet jedoch allein die Summe der Werte oder Schadensbeträge der nach dem genannten Zeitpunkt begangenen Straftaten eine höhere Strafdrohung, so ist diese maßgeblich. Diese Grundsätze sind bei der Zusammenrechnung von Mengen im Suchtmittelbereich gleichfalls anzuwenden. Daher kommt § 19 Abs 1 iVm § 5 Z 4 und § 5 Z 11 JGG beim jungen Erwachsenen bei altersübergreifender Delinquenz nach § 28a Abs 1, Abs 4 Z 3 SMG erst dann zum Einsatz, wenn der nunmehr junge Erwachsene seine als Jugendlicher begonnenen Suchtmitteltransaktionen weiterhin mit Additionsvorsatz durchführt und auch in dieser Alterskategorie die herangezogene Mengenqualifikation überschreitet.

OGH 18. 5. 2017, 12 Os 37/17h EvBl-LS 2017/156. **MA**

#### § 37 StPO (§ 29 StGB; §§ 36, 450, 485 Abs 1 Z 1 StPO)

2018/51

##### Zuständigkeit bei Subsumtionseinheit

Die örtliche Zuständigkeit ist bei Subsumtionseinheiten zwar hinsichtlich jeder der nach dem eben Gesagten zusammenzufassenden (real konkurrierenden) Straftaten nach den Kriterien des § 36 StPO zu ermitteln. Bezugspunkt für die sodann nach § 37 Abs 2 zweiter und dritter Satz StPO vorzunehmende Beurteilung, welches Gericht für das wegen aller Straftaten gemeinsam zu führende Hauptverfahren örtlich zuständig ist, ist aber jeder einzelne deren Tatorte (weil an jedem eine Ausführungshandlung gesetzt wurde; § 36 Abs 3 StPO), es sei denn, die Qualifikation, die die sachliche Zuständigkeit eines höherrangigen Gerichts nach sich zieht, wäre nach der Verdachtslage durch eine einzige dieser Straftaten verwirklicht worden. Ergibt sich das Überschreiten einer qualifikationsbegründenden Wertgrenze hingegen nur durch Zusammenrechnung, kommt es demnach auch nicht darauf an, welche der dem Angekl zur Last gelegten Tathandlungen hiefür letztlich ausschlaggebend war.

OGH 23. 5. 2017, 14 Ns 27/17g (LGSt Wien 154 Hv 6/17g; LGSt Graz 14 Hv 19/17b) EvBl 2017/143. **MA**

#### § 281 Abs 1 Z 11 dritter Fall StPO

2018/52

##### Kein Sachverhaltsbezug beim dritten Fall der Sanktionsrüge

§ 281 Abs 1 Z 11 dritter Fall StPO stellt auf keinen Sachverhaltsbezug ab. Auch zieht das bloße Fehlen rechtlicher Erwägungen zur Strafbemessung keine Nichtigkeit nach sich. OGH 18. 5. 2017, 12 Os 28/17k EvBl-LS 2017/163. **MA**

#### § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO

2018/53

##### Unvollständigkeit bezieht sich auf Beweisergebnisse

Feststellungen eines U gegen einen an der strafbaren Handlung Beteiligten stellen einen Bezugspunkt für Unvollständigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO nicht dar. OGH 18. 5. 2017, 12 Os 29/17g EvBl-LS 2017/164. **MA**

#### § 382b EO

2018/54

##### Wegweisung wegen Überwachung des Ehegatten

Die Gründe für die Unzumutbarkeit eines weiteren Zusammenlebens nach § 382b EO sind verschuldensunabhängig. Es kommt auf die Auswirkungen des bescheinigten Verhaltens und nicht auf das Unrechtsbewusstsein oder die Absichten des Antragsgegners an. Von Bedeutung ist daher nicht ein Verhalten, das der Durchschnittsmensch als „Psychoterror“ empfindet, sondern die Wirkung eines bestimmten Verhaltens gerade auf die Psyche der Antragstellerin. Das vom Antragsgegner zu verantwortende Überwachen und Ausspionieren der Telefonkontakte der Antragstellerin und seine „Beweismittelbeschaffungen“ für anhängige Gerichtsverfahren stellen laut OGH schwerwiegende Vertrauensbrüche und unerträgliche Eingriffe in die Privatsphäre eines Ehegatten dar, die auch im Rahmen eines anhängigen Scheidungsverfahrens keinesfalls zu tolerieren sind. Das ErstG hat als bescheinigt angenommen, dass (auch) die widerrechtlich und gegen ihr Wissen erlangten Beweismittel, die intime Details preisgeben, die Antragstellerin belasten. Sie fühlt sich in der Ehwohnung ständig beobachtet, lebt in der Angst, dass jedes Wort vom Antragsgegner aufgezeichnet wird, und getraut sich daher nur mehr eingeschränkt, zu telefonieren und Nachrichten zu versenden. Die Antragstellerin leidet auch unter bestimmten vegetativen Beschwerden, für die das Verhalten des Antragsgegners offenbar zumindest Mitursache ist. Das sei laut OGH eine Situation, die der Antragstellerin aufgrund des Verhaltens des Antragsgegners das weitere Zusammenleben unzumutbar mache. Bei dieser Sachlage sei die Annahme des RekG, dass die psychische Gesundheit der Antragstellerin durch das Verhalten des Antragsgegners noch keinen Schaden genommen habe, schlicht nicht nachvollziehbar.

OGH 18. 10. 2017, 7 Ob 151/17g Zak 2017/706, 414. **FG**

#### § 1295 Abs 1; §§ 1304, 1310, 1311 ABGB; § 11 EKHG; § 58 Abs 1 StVO

2018/55

##### Fahruntüchtigkeit wegen Einnahme von Medikamenten

Vor dem OGH strittig war hier die Zurechnung des durch die Kollision des Klagsfahrzeugs mit einem Baum (hier also: die Sekundärkollision) entstandenen Schadens. Zur Frage der adäquaten Verursachung des aus der Sekundärkollision



25. Mai 2018

---

Der Countdown läuft!  
[manz.at/datenschutz-neu](http://manz.at/datenschutz-neu)

# INTENSIVTAGUNG LOHN- UND SOZIALDUMPING-BEKÄMPFUNGSGESETZ

## Haftung vermeiden!

### Themen:

- Anwendungsbereich des Gesetzes
- Ansprüche bei Entsendung und Arbeitskräfteüberlassung
- Haftungsregelungen
- Behördenzuständigkeiten
- Strafbestimmungen, insb bei Unterentlohnung
- Bedeutung von Verfall und Verjährung
- Durchsetzung von Maßnahmen im Ausland

© Foto Veigl



### Tagungsleitung:

Univ.-Prof. Dr. **Walter J. Pfeil**,  
Universität Salzburg

**Donnerstag, 12. April 2018**

Hotel Park Royal Palace,  
Schlossallee 8, 1140 Wien  
10.00–17.00 Uhr

**Jetzt anmelden!**

[www.manz.at/rechtsakademie](http://www.manz.at/rechtsakademie)

### Vortragende:

Univ.-Prof. Dr. **Elias Felten**, Universität Linz / Universität  
Salzburg

Dr.<sup>in</sup> **Caroline Fuchs**, Stv. Leiterin der Abt. Dienstgeber-  
service der SbgGKK

Dr. **Wolfgang Kozak**, AK Wien

**Wilfried Lehner**, MLS, Leiter der Finanzpolizei

Univ.-Prof. Dr. **Walter J. Pfeil**, Universität Salzburg

RECHTSAKADEMIE MANZ 

JuraPlus 

Prozessfinanzierung  
Erfolgsorientiert

#### JuraPlus AG

Tödistrasse 18  
CH-8002 Zürich

Telefon +41 44 480 03 11  
[info@jura-plus.ch](mailto:info@jura-plus.ch)  
[www.jura-plus.ch](http://www.jura-plus.ch)

BREITENEDER   
IMMOBILIEN ■ PARKING

Verkaufen  
Sie uns  
Ihre  
Immobilie!

[www.bip-immobilien.at](http://www.bip-immobilien.at)  
Tel: 01 513 12 41 - 700

entstandenen Schadens hielt der OGH das Folgende fest: Es stehe nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass ein Fahrzeuglenker als Folge eines für ihn völlig unvermuteten Anstoßes im Zuge einer Schreckreaktion die Kontrolle über sein Fahrzeug verliere und eine Reihe von Fahrfehlern begehe, wie sie hier der Klägerin unterlaufen sind (Verreißen nach links; Beschleunigen statt Bremsen; keine Abwehrreaktion vor der Sekundärkollision). Der eingetretene Erfolg sei daher keineswegs atypisch.

Nach den Feststellungen des Erstgerichts war jedoch die Fahrtüchtigkeit der Klägerin „aus pharmakologischer/toxikologischer Sicht“ infolge der Einnahme von verordneten Medikamenten eingeschränkt. Sie hat somit die Schutznorm des § 58 Abs 1 StVO objektiv übertreten. Den Beweis des rechtmäßigen Alternativverhaltens hatte die Klägerin nicht erbracht, weil ungeklärt blieb, ob derselbe Schaden auch im Fall voller Fahrtüchtigkeit eingetreten wäre. Die getroffene Negativfeststellung über die Abwehrmöglichkeiten einer uneingeschränkt verkehrstauglichen Person ging zu ihren Lasten.

Bei der Prüfung, ob der Klägerin ein schuldhafter Verstoß gegen § 58 Abs 1 StVO vorzuwerfen war, schloss sich der OGH dem einschlägigen Schrifttum an, welches die aktive Erkundigungspflicht eines Lenkers, der Medikamente einnimmt, für geboten erachtet. Der Lenker sei grundsätzlich selbst angehalten, sich vor Antritt der Fahrt über die Nebenwirkungen der von ihm eingenommenen Medikamente zu informieren, sei es über Arzt, Apotheker oder Gebrauchsinformation.

OGH 20. 6. 2017, 2 Ob 117/16v Zak 2017/715, 418. **FG**

#### § 49 EheG

2018/56

#### Schwangerschaftsabbruch ohne Einbindung des Mannes als Eheverfehlung der Frau

Ein grundlos und nicht einvernehmlich vorgenommener Schwangerschaftsabbruch kann eine schwere Eheverfehlung bilden. Es können zwar triftige Gründe – wie etwa gesundheitliche Risiken für Mutter oder Kind – einen entsprechenden Scheidungsgrund ausschließen. Solche Gründe könnten aber naturgemäß nur in Umständen bestehen, die vor dem Entschluss zum eigenmächtigen Schwangerschaftsabbruch lagen.

Die Frage, ob das heute allgemein anerkannte Recht auf sexuelle Selbstbestimmung die Wertung der Ablehnung von Nachkommenschaft als scheidungsrelevante Eheverfehlung ausschließt, bedurfte hier nach Meinung des OGH keiner abschließenden Erörterung. Mit der Entscheidung, das vom Kläger gewünschte Kind abzutreiben, ohne ihn in ihre Entscheidung auch nur einzubinden, verletzte die Beklagte jedenfalls das sich auf alle Bereiche der Lebensgemeinschaft erstreckende Einvernehmlichkeitsgebot in Bezug auf einen dem Kläger nach den Feststellungen wesentlichen Aspekt. Das in § 91 ABGB normierte Partnerschaftsprinzip ver-

pflichtet die Ehegatten nämlich, sich um ein Einverständnis zu bemühen; wer es nicht sucht oder am Gestaltungsvorgang und Entscheidungsvorgang nicht oder nur unzureichend mitwirkt, verletzt diese Pflicht und setzt damit ein ehewidriges Verhalten, das einen Scheidungsgrund bilden kann.

OGH 23. 10. 2017, 5 Ob 166/17y Zak 2017/735, 433. **FG**

#### § 71 ZPO

2018/57

#### Tarfmäßige Entlohnung des Verfahrenshilfsanwalts bei Nachzahlungspflicht

Da dem Verhältnis zwischen Partei und Verfahrenshelfer kein privatrechtlicher Vertrag iS von Auftrag und Bevollmächtigung zugrunde liegt, muss sich die tarfmäßige Entlohnung des beigegebenen Rechtsanwalts auf die Honorierung jener Vertretungshandlungen beschränken, die iS des Bestellungsbeschlusses zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Dies deckt sich inhaltlich weitgehend mit jenen Kosten, die ein Gegner nach § 41 ZPO zu ersetzen hätte, kann aber auch darüber hinausgehen, wenn es sich um Vertretungshandlungen handelt, deren Ursache in der Sphäre der Partei selbst liegt, wie dies bspw bei Vertagungsbiten der Fall sein kann. (Um solche hatte es sich hier jedoch nicht gehandelt.) OLG Wien 5. 9. 2017, 1 R 62/17w Zak 2017/754, 439. **FG**

anwaltsblatt

# Jetzt

# #einsetzen



Es gibt viele Wege, sich für  
Ärzte ohne Grenzen einzusetzen:  
[www.einsetzen.at](http://www.einsetzen.at)

Jeder Beitrag macht  
unsere Hilfe stärker.



**MEDECINS SANS FRONTIERES**  
ÄRZTE OHNE GRENZEN

# Portrait des Monats

## Der Mann mit vielen Eigenschaften

**Markus Hartung ist der Direktor des Bucerius Center on the Legal Profession (Bucerius CLP) an der Bucerius Law School. Parallel zu seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt engagiert er sich auch im Deutschen Anwaltverein (DAV), ua als Vorsitzender des Ausschusses Berufsrecht.**

2018/58

**W**enn man einen sicheren Job als Verwaltungsbeamter im öffentlichen Dienst aufgibt, um Rechtswissenschaften zu studieren, muss man hochgesteckte Ziele haben. *Markus Hartung* war nie einer, der einem geplanten Lebenslauf nacheiferte, aber einer, der stets neue Dinge und neue Herausforderungen kennenlernen wollte. Als Sohn zweier Juristen 1957 in Düsseldorf geboren und nach dem Umzug durch die berufliche Veränderung des Vaters in

sierung an Attraktivität und der erfolgreiche Anwalt, der auch die Mediationsausbildung besitzt, sah keine Entwicklungsmöglichkeiten mehr für sich gegeben. Seit 2009 ist der Jurist aus Nordrhein-Westfalen in Bürogemeinschaft mit UNGER-Rechtsanwälte in Berlin tätig und hauptsächlich mit Berufs- und Haftungsrecht beschäftigt.

Dies lässt sich auch gut mit der Funktion als Standesvertreter vereinbaren. Seit 2006 ist *Hartung* Mitglied des Berufsrechtsausschusses beim in Berlin angesiedelten DAV, seit 2011 dessen Vorsitzender. Außerdem ist er Mitglied des Ausschusses Anwaltsethik und Anwaltskultur.

Zum Unternehmer wurde *Markus Hartung*, als er 2009 bei Linklaters ausschied und *The Law Form Companion* gründete. Seither berät er Anwaltssozietäten hinsichtlich strategischer Ausrichtung und in Managementangelegenheiten.

Schließlich ist *Markus Hartung* auch noch Akademiker. An der in Hamburg angesiedelten Bucerius Law School übt er seit 2009 eine Lehrtätigkeit aus, ein Jahr darauf wurde er zum Direktor des Bucerius CLP bestellt. Im Rahmen dieser Tätigkeit ist der dreifache Vater viel zu Besprechungen und Vorträgen unterwegs, meist mit dem Zug. Mit dabei ist stets auch sein E-Book-Reader, eine Erfindung, die wie eigens für den IT-affinen Juristen geschaffen wurde.

### Bucerius Law School

Die 2000 gegründete private Stiftungshochschule für Rechtswissenschaft bildet derzeit 670 Studierende aus, deren Prädikatsexamen weit über dem Bundesdurchschnitt liegen. Das Bucerius CLP ist als eigenes Institut 2010 auf Initiative von *Hartung* eingerichtet worden. Damals noch als Lehrbeauftragter für Law Firm Management tätig, hatte er jenes Konzeptpapier entworfen, das dieses eigene, in der juristischen Weiterbildung angesiedelte Institut vorgeschlagen hatte. Anlässlich der Gründung wurde er auch gleich gefragt, ob er dessen Leitung übernehmen wolle. *Hartung* sagte zu und forscht seither schwerpunktmäßig im Bereich von Marktentwicklung und Trends, Management, strategische Führung und Corporate Governance. Im Zusammenhang mit der Digitalisierung des Rechtsmarktes entwickelt er Geschäftsmodelle, hält Vorträge und veröffentlicht Bücher. Aktuell erschienen ist das Handbuch „Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts“ (s auch die Rezension auf S 244).

### CHRISTIAN MOSER

ÖRAK, Juristischer Dienst



**Die Digitalisierung veränderte auch den Schwerpunkt seiner eigenen Tätigkeit: Heute ist Markus Hartung einer der gefragtesten Experten Deutschlands am Sektor Legal Tech.** Foto: Frank Eidel

Köln aufgewachsen, absolvierte er zunächst eine Ausbildung zum Landesinspektor für den gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienst und studierte an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung in Köln. Doch das füllte den Hobby-Kontrabassisten nicht restlos aus und nach dem Zivildienst entschloss er sich endgültig, andere Wege einzuschlagen und Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln und an der Freien Universität Berlin zu studieren.

### Tätigkeiten & Funktionen

Der Anwalt *Markus Hartung* begann, gefesselt durch die positiven Erfahrungen während seines Referendariats, 1989 in einer Kreuzberger Kanzlei im damaligen West-Berlin. 1993 folgte der Wechsel zu einer größeren Wirtschaftskanzlei, die später in der Fusion mit Linklaters aufging. *Hartung* wurde Managing Partner und war maßgeblich daran beteiligt, dass die Kanzlei zum Marktführer in Deutschland als Berater am Finanzsektor aufstieg. Doch irgendwann verlor der Job für ihn durch die notwendige Spezialisierung



## STRAKO – STRAUDA 2017

- 188 Europäische Prozesskostenhilfe und notwendige Verteidigung
- 195 EU-RL Prozesskostenhilfe: Änderungsbedarf, Erweiterung und Qualitätsfrage
- 200 Stärken und Schwächen des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens gemäß §§ 284ff StPO
- 207 Rechtliche Grundlagen und praktische Probleme des Revisionsverfahrens in Deutschland
- 214 Aktuelle EU-Vorhaben und Vorlagen im Strafrecht
- 221 Redimensionierung von Opferrechten?



REINHOLD  
SCHLOTHAUER

Der Autor ist Rechts-  
anwalt in Bremen.

2018/59

## Europäische Prozesskostenhilfe und notwendige Verteidigung

### Zur Umsetzung der „Legal Aid“-Richtlinie (EU) 2016/1919 in deutsches Strafprozessrecht<sup>1</sup>

Bis zum 25. 5. 2019 ist die Europäische RL über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls vom 26. 10. 2016 in das nationale Prozessrecht der EU-Mitgliedstaaten umzusetzen. Für das deutsche Strafprozessrecht führt die Implementierung in das bewährte System der Notwendigen Verteidigung zu einer begrüßenswerten Verbesserung der Beschuldigtenrechte. Dies gilt insbesondere für die Vorverlegung des Zeitpunkts der Gewährung von kostenlosem Verteidigerbeistand. Schon bei der ersten Konfrontation des Beschuldigten mit dem Vorwurf strafbaren Verhaltens durch Ermittlungsbehörden und Justiz (Beschuldigtenvernehmung, Gegenüberstellung, Inhaftierung) ist ihm ein Verteidiger beizuordnen. Dabei dürfen nur solche Verteidiger zum Einsatz kommen, die – auch durch wiederholte Schulung – über diejenige Qualität verfügen, die die „Fairness des Verfahrens“ für den Beschuldigten gewährleistet.

#### I. AUSGANGSLAGE

Meine erste Veröffentlichung auf strafrechtlichem Gebiet erschien im Jahre 1979 unter der Überschrift: „Der Pflichtverteidiger: Vertrauensanwalt des Gerichts oder des Angeklagten?“<sup>2</sup> Dem Beitrag lag eine Entscheidung des OLG Bremen zugrunde, in der es um die Frage ging, ob einem Angeschuldigten vor Bestellung eines Pflichtverteidigers Gelegenheit zu geben sei, einen Verteidiger vorzuschlagen. Das OLG Bremen lehnte dies „im Sinne einer beschleunigten Erledigung des Strafverfahrens als unerwünscht und überflüssig“ ab. Bei dieser Entscheidung handelte es sich nicht um einen einmaligen Ausreißer. Meine Untersuchung der gerichtlichen Entscheidungspraxis zur Pflichtverteidigerauswahl, die 1981 in der Zeitschrift *Strafverteidiger* veröffentlicht wurde,<sup>3</sup> ergab ein ziemlich desaströses Bild. Von Ausnahmen abgesehen vertrat die Rsp die Auffassung, dass dem Staat die Auswahl des Pflichtverteidigers vorbehalten sei. Dabei habe der Vorsitzende nur nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, inwieweit ein vom Angeklagten geäußelter Wunsch zu berücksichtigen sei. Ein Angeklagter habe keinen Anspruch auf Bestellung eines von ihm vorgeschlagenen Verteidigers. Denn die Pflichtverteidigerbestellung sei eine Maßnahme staatlicher Fürsorge.<sup>4</sup>

Eine Änderung der Praxis der Pflichtverteidigerbestellung trat erst durch das StVAG 1987 ein.<sup>5</sup> Nach § 142 Abs 1 Satz 2 StPO muss seitdem dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, innerhalb einer Frist einen Rechtsanwalt zu bezeichnen. Dieser ist von dem Vorsitzenden zu bestellen, wenn nicht wichtige Gründe entgegenstehen.

Eine weitere Verbesserung der Pflichtverteidigerpraxis war Folge des Untersuchungshaftänderungsgesetzes vom 29. 7. 2009.<sup>6</sup> Bis dahin hatte ein in Untersuchungshaft befindlicher Beschuldigter erst nach einer Vollzugsdauer von mindestens drei Monaten Anspruch auf Bestellung eines Pflichtverteidigers. Nunmehr liegt nach § 140 Abs 1 Nr 4 StPO zumindest mit dem Beginn vollstreckter Untersu-

chungshaft ein Fall notwendiger Verteidigung vor.<sup>7</sup> Einen wesentlichen Grund für diese Gesetzesänderung lieferte das Ergebnis einer Untersuchung des Münchener Strafrechtslehrers Heinz Schöch.<sup>8</sup> Durch die frühzeitige Einschaltung eines Verteidigers konnten die Dauer der Untersuchungshaft und damit die Haftkosten erheblich reduziert werden – für den Gesetzgeber ein schlagendes Argument. Allerdings kommt ein Verteidigerbeistand nach Erlass des Haftbefehls zu spät. Denn das Kind ist bereits in den Brunnen gefallen, aus dem es erst wieder mit Hilfe des Verteidigers gerettet werden muss.

Erst aufgrund des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. 8. 2017<sup>9</sup> bedarf es der Bestellung eines Verteidigers vor jeder richterlichen Vernehmung, deren Bedeutung die Anwesenheit eines Verteidigers zur Wahrung der Rechte der Beschuldigten gebietet. Das ist insbesondere bei Beschuldigtenvernehmungen zwecks Entscheidung über den Erlass oder die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls der Fall.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Richtlinie über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls ABl (EU) L 2016/297, 1 ff (4. 11. 2016). Dem Beitrag liegt der (erweiterte und um Fußnoten ergänzte) Vortrag des Verf anlässlich der 4. Gemeinsamen Arbeitssitzung des Strafrechtsausschusses der BRAK und der Strafrechtskommission der ÖRAK am 20. 10. 2017 in Leipzig zu Grunde. Aus Raumgründen beschränkt er sich auf die Umsetzung der RL im Strafverfahren. Auf die Bewilligung von PKH in Fällen der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (Art 5 RL) kann nicht eingegangen werden. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>2</sup> Schlothauer, DuR 1979, 322.

<sup>3</sup> Schlothauer, StV 1981, 443.

<sup>4</sup> So auch die seinerzeitige Rsp des BVerfG, vgl BVerfGE 9, 36.

<sup>5</sup> Zu dieser Regelung insgesamt Rief/Hilger, NSZ 1987, 145 (147); zur aktuellen Lage Jahn, Die Praxis der Pflichtverteidigerbestellung, in: Der Schrei nach Strafe. Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidigertages Bremen (2017) 147 (153 ff).

<sup>6</sup> Dazu Deckers, StraFo 2009, 441; zur Rechtswirklichkeit Heydenreich, StV 2011, 700.

<sup>7</sup> Schlothauer/Weider/Nobis, Untersuchungshaft<sup>5</sup> (2016) Rz 288 ff.

<sup>8</sup> Schöch, Der Einfluss der Strafverteidigung auf den Verlauf der Untersuchungshaft (1997) 68 f.

<sup>9</sup> BGBl 2017 I S 3202.

<sup>10</sup> Dazu Schlothauer, StV 2017, 557 (558); vgl jetzt auch AG Stuttgart 27. 11. 2017, 26 Gs 8396/17 StV 2018, 169.

Trotz dieser Verbesserungen verbleiben für die Praxis offene Probleme: Wird ein Beschuldiger vorläufig festgenommen, machen unverteidigte Beschuldigte im Rahmen der sich anschließenden polizeilichen Vernehmung vielfach Angaben zur Sache. Dies geschieht in der Hoffnung, den Erlass eines Haftbefehls auf diese Weise abwenden zu können. Dass hier sogar Beschuldigte, denen letztlich kein strafbares Verhalten nachgewiesen werden kann, sich selbst schädigende Angaben machen, ist keine Seltenheit. Der BGH hat immer wieder Anlass zu dem Hinweis, dass widerlegte Behauptungen eines Angeklagten kein Schuldindiz seien, weil auch ein Unschuldiger vor Gericht Zuflucht zur Lüge nehmen könne.<sup>11</sup> Dies im weiteren Verfahren aufklären zu müssen, kann durch den frühzeitigen Beistand eines Verteidigers vermieden werden, der Beschuldigte vor Notlügen bewahrt.

Unbefriedigend ist die Rechtslage aber nicht nur in den Fällen vorläufiger Festnahme, sondern ganz generell im Ermittlungsverfahren. Obwohl bekanntermaßen alle wesentlichen Weichen für den Verlauf und das Ergebnis eines Strafverfahrens im Ermittlungsverfahren gestellt werden, kann hierauf nur derjenige Beschuldigte Einfluss nehmen, der über die finanziellen Möglichkeiten zur Beauftragung eines Wahlverteidigers verfügt. Ansonsten setzt nämlich eine Verteidigerbeordnung nach hM<sup>12</sup> einen Antrag der Staatsanwaltschaft voraus, dem das Gericht nur nach pflichtgemäßem Ermessen stattzugeben braucht – eine Möglichkeit, von der nur in seltenen Ausnahmefällen Gebrauch gemacht wird.

## II. DIE PKH-RICHTLINIE VOM 26. 10. 2016

Im Verhältnis zu dieser Ausgangslage kommt es durch die RL des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 2016<sup>13</sup> zu einem wahrhaften Quantensprung. Denn dadurch soll nicht nur ein durch die Mitgliedstaaten finanzierter Verteidigerbeistand in allen Strafverfahren zur Verfügung gestellt werden, die nicht nur eine geringfügige Zuwiderhandlung zum Gegenstand haben; dies soll auch zu einem frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen. Die PKH-RL ist die konsequente Fortführung der EU-RL über das Recht auf Zugang von Beschuldigten zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren vom 22. 10. 2013.<sup>14</sup> Dadurch sollten Beschuldigte in die Lage versetzt werden, einen Verteidiger konsultieren zu können, bevor es „zu ihrer Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden“ bzw zu „Ermittlungs- oder andere Beweiserhebungshandlungen durch Ermittlungs- oder andere zuständige Behörden“ kommt, bei denen „die Anwesenheit des Verdächtigen oder der beschuldigten Person [. . .] vorgeschrieben oder zulässig ist“ (Art 3 Abs 2 und 3 RL). Die Zugangs-RL will verhindern, dass Beschuldigte ohne die Möglichkeit anwaltlichen Beistands ungeschützt und vielfach überraschend von den Strafverfolgungsbehörden mit dem Vorwurf einer Straftat und der Einleitung eines Strafverfahrens konfrontiert werden.

In einem zweiten Schritt will die PKH-RL nunmehr sicherstellen, dass ein Beschuldiger diese Möglichkeit unabhängig davon in Anspruch nehmen kann, ob er über die finanziellen Mittel zur Beauftragung eines Verteidigers verfügt oder nicht. Verdächtige und beschuldigte Personen sollen auf diese Weise nicht nur das Recht auf Zugang zu einem Verteidiger haben, sondern sie sollen einen Anspruch auf unentgeltlichen Zugang zu einem Verteidiger erhalten. Für viele Betroffene sollen ihre Rechte nicht mehr nur auf dem Papier stehen, sondern sie sollen von ihnen auch tatsächlich wahrgenommen werden können. Dies soll das Vertrauen der Mitgliedstaaten in die jeweilige Strafrechtspflege der anderen Mitgliedstaaten stärken und auf diese Weise die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen erleichtern.

Bei der Formulierung von Mindeststandards eines faktischen und effektiven Verteidigerbeistands im Rahmen eines staatlich finanzierten Prozesskostenhilfesystems musste den verschiedenartigen Strafverfahrensmodellen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Rechnung getragen werden. In einzelnen Staaten ist die Mitwirkung eines Verteidigers unabhängig von der wirtschaftlichen Lage des Beschuldigten und seiner Zustimmung wegen der Schwere des Vorwurfs, der Schwierigkeit der Sache oder wegen der eingeschränkten Verteidigungsfähigkeit des Beschuldigten notwendig. Im Falle einer Verurteilung können die Kosten dann aber von dem Beschuldigten zurückgefordert werden.<sup>15</sup> In anderen Staaten wird ein Verteidigerbeistand nur auf der Grundlage wirtschaftlicher Bedürftigkeit gewährt.<sup>16</sup> Dazwischen existieren Mischformen, nach denen nur bei wenigen schwerwiegenden Vorwürfen unabhängig von der wirtschaftlichen Bedürftigkeit des Beschuldigten die Bestellung eines Amtsverteidigers erfolgt, während Beschuldigte bei weniger schwerwiegenden Vorwürfen nur auf Antrag einen Anspruch auf einen staatlich finanzierten Verfahrenshilfeverteidiger haben, wenn sie nicht über ausreichende Mittel zur Beauftragung eines Wahlverteidigers verfügen.<sup>17</sup> Und auch die Frage, in welchem Verfahrensstadium und ab welchem Zeitpunkt Verteidigerbeistand zu gewährleisten ist, wird von den einzelnen Verfahrensordnungen unterschiedlich beantwortet. Vor diesem Hintergrund kommt die Richtlinie zu einer Vereinheitlichung staatlich finanzierter Prozesskostenhilfe in drei Regelungsbereichen. Diese betreffen

<sup>11</sup> Nachw bei Meyer-Göfner/Schmitt-StPO<sup>60</sup> (2017) § 261 Rz 25.

<sup>12</sup> Vgl zuletzt BGH StV 2016, 133 mwN; dazu die abl Anm von Müller-Jacobson, NJW 2015, 3385, und Neuhaus, StV 2016, 136.

<sup>13</sup> RL (EU) 2016/1919; ABl (EU) L 2016/297 (4. 11. 2016); s hierzu und zu den Pflichtaufgaben des deutschen Strafprozessgesetzgebers in der 19. Legislaturperiode Jahn/Zink, Verteidiger der ersten Stunde ante portas: Legal Aid und das Pflichtenheft des deutschen Strafprozessgesetzgebers, in FS Graf-Schlicker (2018) (im Erscheinen).

<sup>14</sup> RL (EU) 2013/48/EU; ABl (EU) L 294 v. 6. 11. 2013.

<sup>15</sup> Bspw in der Bundesrepublik Deutschland gem § 140 Abs 1 und 2, § 465 Abs 1 StPO.

<sup>16</sup> Bspw in Irland; vgl Fair Trials International, Report: The practical operation of legal aid in the EU (Juli 2012) 5.

<sup>17</sup> Vgl für die Republik Österreich Todor-Kostic in Kier/Wess (Hrsg), Handbuch Strafverteidigung (2017) 26, sowie Soyer, Zugang zu anwaltlichem Beistand, in Der Schrei nach Strafe 127 (132 ff) (FN 5); für die Republik Italien Helfer, StV 2007, 326 (329).

- die Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf kostenlosen Beistand eines Verteidigers besteht;
- den Zeitpunkt, ab dem spätestens die Möglichkeit der kostenlosen Inanspruchnahme eines Verteidigers bestehen muss, und
- die Qualität der Beistandsleistung, die durchgängig und auf vergleichbarem Niveau in allen Mitgliedstaaten ein faires Verfahren gewährleisten soll.

Die diesbezüglichen Mindestvorgaben sind bis zum 25. 5. 2019 in nationales Recht umzusetzen.

### III. VORAUSSETZUNGEN

Bei den *Voraussetzungen* für die kostenlose Inanspruchnahme eines Verteidigerbeistands trägt Art 4 der Richtlinie allen in den Mitgliedstaaten existierenden Prozessmodellen Rechnung. Danach kann die Umsetzung in nationales Recht nach Maßgabe einer Bedürftigkeitsprüfung („means-test“), auf der Grundlage materieller Kriterien, nämlich der Schwere des Tatvorwurfs und der zu erwartenden Strafe („merits-test“) oder mittels einer Kombination beider Ansätze, erfolgen (Art 4 Abs 2 RL).

Hält man in der Bundesrepublik Deutschland an dem System der notwendigen Verteidigung gem § 140 StPO fest, besteht bei den Voraussetzungen für den Anspruch auf Verteidigerbeistand kein Anpassungsbedarf: Die sog materiellen Kriterien („merits-test“) des Art 4 Abs 4 RL entsprechen denjenigen, die auch schon nach § 140 StPO die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig machen. Allerdings wird ein Angeklagter im Falle seiner Verurteilung nur in den Fällen auf Rückerstattung der Kosten in Anspruch genommen werden dürfen, in denen ihm dies auf Grund seiner persönlichen und wirtschaftlichen Situation möglich ist. Dies muss in der Strafprozessordnung klargestellt werden und darf nicht Justizbeitreibungsordnungen und Pfändungsschutzvorschriften überlassen bleiben.

### IV. ZEITPUNKTE

Einer umwälzenden Änderung bedürfen in Deutschland allerdings die Regeln, die den *Zeitpunkt* bestimmen, ab dem die effektive Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. Hier besteht auf mehreren Ebenen Anpassungsbedarf:

#### 1. Beschuldigter in Haft

Befindet sich ein Beschuldigter in Haft, wobei es sich um Strafhaft oder um Untersuchungshaft auch in einem anderen Verfahren handeln kann, fordert Art 4 Abs 4 und Abs 5 RL, dass der Betroffene unverzüglich ab Vollstreckung der Haft Anspruch auf kostenlosen Zugang zu einem Verteidiger haben muss. Dies ist in Deutschland für die Untersuchungshaft im anhängigen Verfahren durch § 140 Abs 1 Nr 4 StPO bereits sichergestellt. Befindet sich der Beschuldigte allerdings in anderer Sache in Strafhaft, ist nach § 140 Abs 1 Nr 5 StPO die Mitwirkung eines Verteidigers erst

nach drei Monaten notwendig. Richtlinienkonformität ist nur durch Streichung dieser Drei-Monats-Frist herzustellen. Indem auf diese Weise § 140 Abs 1 Nr 5 an § 140 Abs 1 Nr 4 StPO angeglichen wird, ist der bislang bestehende Streit darüber hinfällig, ob Untersuchungshaft in anderer Sache dem Regelungsbereich des § 140 Abs 1 Nr 4 oder dem des § 140 Abs 1 Nr 5 StPO unterfällt.<sup>18</sup> Über die Tatsache der Inhaftierung hinaus müssen keine weiteren materiellen Kriterien erfüllt sein. Prozesskostenhilfe muss nach Art 2 Abs 4 RL selbst dann gewährt werden, wenn das Verfahren nur eine geringfügige Zuwiderhandlung zum Gegenstand hat.

#### 2. Richterliche Entscheidung über Untersuchungshaft

Wird ein Beschuldigter festgenommen oder aufgrund eines Haftbefehls ergriffen und einem Richter zur Entscheidung über den Erlass oder die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls vorgeführt, muss ihm nach Art 4 Abs 4 RL ebenfalls unverzüglich und zwar vor der Verhandlung ein kostenloser Verteidigerbeistand gewährt werden. Auch dies ist in Deutschland seit dem 24. 8. 2017 durch § 141 Abs 3 Satz 4 StPO gewährleistet.<sup>19</sup> Auch hier darf gem Art 2 Abs 4 RL die Schwere des Vorwurfs keine Rolle spielen. Die Vernehmung muss so lange zurückgestellt werden, bis dem Beschuldigten der Zugang zu einem Verteidiger ermöglicht worden ist, der daran auch mitzuwirken hat.<sup>20</sup> Dies muss im Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz bei Freiheitsentziehungen allerdings spätestens bis zum Tag nach der Festnahme geschehen (§ 115 Abs 2, § 115a Abs 1, § 128 Abs 1, § 129 StPO; Art 104 GG), was sich auf die Auswahl des beizuordnenden Verteidigers auswirken muss.<sup>21</sup>

#### 3. Vorläufige Festnahme des Beschuldigten

In den Fällen der vorläufigen Festnahme gem § 127 Abs 2 StPO befindet sich der Beschuldigte bis zu seiner richterlichen Vorführung zwar nicht in Haft; gleichwohl ist der Anwendungsbereich der PKH-RL eröffnet, weil dem Beschuldigten die Freiheit entzogen wird (Art 2 Abs 1 lit a RL). Handelt es sich nicht um den Vorwurf einer geringfügigen Zuwiderhandlung und sind die materiellen Voraussetzungen des Art 4 Abs 4 RL erfüllt, muss dem Beschuldigten unverzüglich, spätestens vor einer Befragung durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungsbehörde oder vor Durchführung einer Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlung in Form einer Identifizierungs- oder Vernehmungsgegen-

<sup>18</sup> Siehe die Nachweise bei SSW-StPO/Beulke<sup>2</sup> (2016) § 140 Rz 22.

<sup>19</sup> Siehe hierzu Schlothauer, StV 2017, 557 (558). In den Fällen des § 115 Abs 1 StPO liegen die Voraussetzungen des § 140 Abs 1 Nr 4 StPO bereits ab dem Zeitpunkt der Ergreifung des Beschuldigten vor, weil schon dann der Haftbefehl „vollstreckt“ wird; str s SK-StPO/Wohlers<sup>5</sup> (2016) § 140 Rz 11 FN 42 mwN, sowie Schlothauer/Weider/Nobis Rz 294 (FN 6).

<sup>20</sup> Schlothauer, StV 2017, 557 (559).

<sup>21</sup> Dazu nachstehend unter B.IV.1.

überstellung, die Möglichkeit einer kostenlosen Verteidigerkonsultation gewährt werden (Art 4 Abs 5 RL). In Umsetzung der RL über das Recht auf Zugang des Beschuldigten zu einem Rechtsbeistand ist durch das Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 27. 8. 2017<sup>22</sup> in § 58 Abs 2 und § 163 a Abs 4 StPO ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei diesen Handlungen begründet worden. Nunmehr bedarf der Anspruch auf kostenfreien Verteidigerbeistand auch in diesen Situationen der Umsetzung in der StPO.

#### 4. Beschuldigtenvernehmung und Gegenüberstellung

Sind die materiellen Voraussetzungen des Art 4 Abs 4 RL für den Anspruch auf staatlich finanzierten Verteidigerbeistand erfüllt, muss auch einem auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten Prozesskostenhilfe unverzüglich und spätestens dann gewährt werden, bevor es zu einer Befragung durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungsbehörde oder zur Durchführung einer Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlung in Form einer Identifizierungs- oder Vernehmungsgegenüberstellung kommt (Art 4 Abs 5 RL). Dies betrifft insbesondere das Ermittlungsverfahren. Hier muss in der StPO ein entsprechender Anspruch auf Bestellung eines Pflichtverteidigers geschaffen werden, und zwar – entgegen geltendem Recht (§ 141 Abs 3 Satz 2 StPO) – unabhängig von einem Antrag der Staatsanwaltschaft.

#### 5. Effektive Teilnahme des beigeordneten Verteidigers an Vernehmungen, Ermittlungs- und Beweiserhebungshandlungen unter Beteiligung des Beschuldigten

In allen Fällen notwendiger Verteidigung gem § 140 Abs 1 und 2 StPO muss der Beschuldigte vor seiner Vernehmung oder einer Gegenüberstellung nicht nur darüber belehrt werden, dass er einen Anspruch auf Bestellung eines Verteidigers hat und er diese beantragen kann (§ 136 Abs 1 Satz 5, § 163 a Abs 4 StPO). Es ist auch von Amts wegen (bei Polizeibeamten durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft) eine richterliche Entscheidung darüber herbeizuführen, ob die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung vorliegen, wenn das Verfahren nicht nur eine geringfügige Zuwiderhandlung zum Gegenstand hat (Art 2 Abs 4 RL). Denn bei der „zuständigen Behörde“, die die Entscheidung über die Bewilligung oder Ablehnung von Prozesskostenhilfe „mit Sorgfalt“ zu treffen hat (Art 6 Abs 1 RL), soll es sich um eine „unabhängige Behörde [. . .] oder um ein Gericht, einschließlich eines Einzelrichters“ handeln (ErwGr 24). Dies hat zur Folge, dass mit den betreffenden Ermittlungshandlungen bis zu dieser Entscheidung zugewartet werden muss und ggf ein Verteidiger bestellt wurde.<sup>23</sup> Auch dies muss in Eilfällen bei der Frage der Pflicht-

verteidigerauswahl berücksichtigt werden.<sup>24</sup> Denn die Mitgliedstaaten sollen sicherstellen, dass Beschuldigte ihr Recht wahrnehmen können, dass ihr Verteidiger „anwesend ist und effektiv teilnimmt, wenn sie durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörde befragt werden“.<sup>25</sup> Zwar hat ein Wahlverteidiger bei Verhinderung keinen Anspruch auf eine Terminverlegung (§ 58 Abs 2 Satz 4, § 163 a Abs 4 Satz 3 iVm § 168 c Abs 5 StPO). Ist aber im Falle notwendiger Verteidigung ein Verteidiger beizuordnen, muss die Auswahl so getroffen werden, dass er an den betreffenden Ermittlungshandlungen auch tatsächlich mitwirken kann.

Hier wie auch in den anderen vorgenannten Fällen bewirkt die Vorverlagerung des Zeitpunkts der Gewährung von Verteidigerbeistand einen verstärkten Schutz der jedem Beschuldigten zustehenden Selbstbelastungsfreiheit. Dies war auch eines der maßgeblichen Motive bei der Formulierung der Richtlinie: Nur der frühestmögliche Verteidigerbeistand schon im Ermittlungsverfahren gewährte dem Verdächtigen ein faires Verfahren, stelle die Qualität der Beweise sicher und schütze ihn vor Einschüchterung und Misshandlung.<sup>26</sup>

#### V. QUALITÄT DER BEISTANDSLEISTUNG

Dieser Gesichtspunkt leitet über zu dem dritten Punkt, nämlich zu den Anforderungen an die erforderliche *Qualität* der nach der RL zu erbringenden Beistandsleistungen: Die RL stellt hier hohe Ansprüche: Art 7 trägt die Überschrift „Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen und Schulung.“ Konkret müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass „die Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen angemessen ist, um die Fairness des Verfahrens zu wahren“ (Art 7 Abs 1 lit b RL). Ferner haben „die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zur Förderung geeigneter Weiterbildungsmaßnahmen“ derjenigen zu ergreifen, „die Dienstleistungen im Rahmen von Prozesskostenhilfe erbringen“ (Art 7 Abs 3 RL).

Diese Forderungen sind ernst zu nehmen. Es geht hier um die staatliche Finanzierung von Verteidigerleistungen im Interesse der Rechtspflege und der Verfahrensfairness. Dies hat zur Konsequenz, dass nur Rechtsanwälte mit der Beistandsleistung betraut werden dürfen, und zwar nur solche, die über die erforderliche Qualität zur Erbringung der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen verfügen. Schon im Vorfeld der Verabschiedung der RL hatte die Europäische Kommission die Einführung eines

<sup>22</sup> BGBl 2017 I S 3295.

<sup>23</sup> *Jahn/Zink* in FS Graf-Schlicker (FN 12).

<sup>24</sup> Dazu nachstehend unter **B.IV.1.**

<sup>25</sup> RL (EU) 2013/48 v 22. 10. 2013 über das Recht auf Zugang von Beschuldigten zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren pp ErwGr 23 (FN 14).

<sup>26</sup> Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, „Zusammenfassung der Folgenabschätzung“ v. 27. 11. 2013, S. 4 SWD (2013) 477 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0477&from=EN> (zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URL, am 6. 12. 2017).

Zulassungsverfahren für *legal aid lawyers* und die Schulung sowie die kontinuierliche Weiterbildung der als Prozesskostenhilfesanwälte tätigen Verteidiger gefordert.<sup>27</sup> Die bloße Zulassung als Rechtsanwalt erfüllt nicht die Anforderungen an die für eine effektive Verteidigung erforderliche Qualifikation.<sup>28</sup>

Die RL überantwortet die Aufgabe der Qualitätssicherung denjenigen, die für die Weiterbildung der Rechtsbeistände „zuständig“ bzw nach der englischsprachigen Fassung „responsible“, also verantwortlich, sind (Art 7 Abs 3 RL). Zwar verwendet die deutschsprachige Fassung der RL den Begriff des Rechtsbeistands. In den englischen, französischen, niederländischen und anderssprachigen Texten findet sich demgegenüber ausschließlich die Bezeichnung „Rechtsanwalt“. In der Bundesrepublik Deutschland haben nur die Rechtsanwaltskammern sowohl die Zuständigkeit als auch die Verantwortung für die Weiterbildung von Rechtsanwälten. Nach § 43a Abs 6 BRAO sind alle Rechtsanwälte zur regelmäßigen Weiterbildung verpflichtet. Eine Verletzung dieser Pflicht kann auch durch anwaltsgerichtliche Maßnahmen geahndet werden. Das bedeutet aber nicht, dass deshalb schon jeder Rechtsanwalt für die Pflichtverteidigertätigkeit qualifiziert wäre. Denn eine verbindliche, kontrollierte, sanktionsbewehrte und fachspezifische Weiterbildungsverpflichtung besteht nur für Fachanwälte (§ 15 FAO). Deshalb kann die Bundesrepublik derzeit nur im Falle der Bestellung von Fachanwälten für Strafrecht als Pflichtverteidiger ihrer Verpflichtung genügen, die von der RL geforderte Förderung geeigneter Weiterbildungsmaßnahmen durch die dafür verantwortlichen Rechtsanwaltskammern sicherzustellen. Nur bei den Fachanwälten unterliegt die Durchführung regelmäßiger Fortbildungen der Kontrolle. Die Nichterfüllung dieser Verpflichtung berechtigt zum Entzug der Fachanwaltszulassung (§ 43c Abs 4 Satz 2 BRAO) und zu anwaltsgerichtlichen Maßnahmen (§ 113 Abs 1 BRAO).

Man wende nicht ein, dass auch Rechtsanwälte, die nicht über die Zulassung zum Fachanwalt für Strafrecht verfügen, qualifizierte Verteidiger sein können und über die erforderliche Erfahrung und entsprechendes Engagement verfügen. Es gibt aber keinen Maßstab und kein Verfahren, um dies verbindlich zu beurteilen. Den Mitgliedstaaten wird durch die RL aber eine verbindliche Qualitätssicherung aufgegeben. Pflichtverteidigung ist kein Biotop für „alte Hasen“ oder „schnatternde Grünschnäbel“. Es geht ausschließlich um die Interessen von Beschuldigten und ihre Verteidigungsrechte und nicht um die Interessen der Anwaltschaft und deren Berufsausübungsfreiheit.<sup>29</sup>

Die Ablehnung einer zertifizierten Qualitätssicherung durch anwaltliche Standesorganisationen<sup>30</sup> scheint auf Unkenntnis der tatsächlichen Verhältnisse der Pflichtverteidigung im Alltag zu beruhen. Denn neben der überwiegenden Zahl von Anwälten, die ihren Verteidigungspflichten ohne Fehl und Tadel nachkommen, gibt es zahlreiche Pflichtverteidiger, vor denen Beschuldigte geschützt werden müssen.

Dies zeigt die zunehmende Anzahl veröffentlichter Entscheidungen, durch die die Pflichtverteidigerbestellung wegen größter Pflichtverletzungen aufgehoben werden musste. Fälle, in denen über Wochen, teilweise sogar über Monate hinweg der beigeordnete Verteidiger keinen persönlichen Kontakt zu dem inhaftierten Beschuldigten aufgenommen hat,<sup>31</sup> sind nur die Spitze des Eisbergs. Besonders dreist war der Fall, in dem eine selbst so bezeichnete „engagierte Verteidigung“ von dem Abschluss einer über die gesetzliche Vergütung hinausgehenden Honorarvereinbarung abhängig gemacht wurde.<sup>32</sup> Auch die Abgabe einer Einlassung zur Sache ohne zeitaufwändige Rücksprache mit dem Beschuldigten<sup>33</sup> ist Ausdruck eines Berufsverständnisses, das den Vorstellungen der RL Hohn spricht. Verteidiger, die die Revisionsbegründungsfrist versäumen und trotz telefonischer Nachfrage des Revisionssenats nicht in der Lage sind, einen Wiedereinsetzungsantrag zu stellen,<sup>34</sup> müssen als Pflichtverteidiger ausscheiden. Es geht auch nicht an, dass ein Beschuldigter erst an einem Freitag aus der Untersuchungshaft entlassen wird, obwohl schon am vorangegangenen Montag der Haftverschonungsbeschluss vorlag und die dort geforderte Kautionsbereitschaft, nur weil der Pflichtverteidiger unfähig war, einen ordnungsgemäßen Hinterlegungsantrag zu stellen. Und Hand aufs Herz: Kann jeder zugelassene Rechtsanwalt, der kurzfristig anlässlich einer Identifizierungsgegenüberstellung beigeordnet wird, alle Kriterien benennen und auf ihre Einhaltung achten, die hier nach den RiStBV<sup>35</sup> und nach der Rsp<sup>36</sup> zu beachten sind? Gewiss nicht!

Sollten die zugelassenen Fachanwälte für Strafrecht die für die Erbringung von PKH erforderliche Anzahl an Verteidigern nicht abdecken können, muss es auch einem größeren Kreis an Rechtsanwälten gestattet werden, diese Aufgabe zu übernehmen. Auch für diese ist aber eine Mindestqualität sicherzustellen. Dafür mögen eine verkürzte Ausbildung und eine reduzierte Fortbildungsverpflichtung genügen, weil das den beizuordnenden Verteidiger insbesondere in Eilfällen erwartete Aufgabenspektrum nicht so breit gefächert ist, wie dies bei einem Fachanwalt der Fall ist. Die von der RL geforderte Sicherstellung einer qualifizierten Beistandsleistung im Rahmen eines staatlich organisierten Prozesskostenhilfemodells erfordert jedenfalls spe-

<sup>27</sup> Europäische Kommission, Empfehlung der Kommission zum Recht auf Prozesskostenhilfe in Strafverfahren für Verdächtige oder Beschuldigte v. 27. 11. 2013, KOM (2013) 8179 final, Z 11 u 12, <https://db.eurocrim.org/db/de/doc/2007.pdf>

<sup>28</sup> Europäische Kommission, Arbeitsunterlage 4 (FN 26).

<sup>29</sup> So auch das von der höchstrichterlichen Rsp gestützte Modell der Pflichtverteidigung als Indienstrafe Privater zu öffentlichen Zwecken; dazu auch *Jahn/Zink* in FS Graf-Schlicker mWN (FN 13).

<sup>30</sup> BRAK-Stellungnahme Nr 20/2014 v Juni 2014, 4; DAV-Pressemittlung Nr 16/15 v. 6. 5. 2015.

<sup>31</sup> Siehe nur LG Osnabrück StV 2010, 563; OLG Düsseldorf StV 2011, 85; AG München StV 2011, 668; LG Ingolstadt StV 2015, 27; LG München I StV 2015, 27; LG Köln StV 2015, 544; LG Paderborn StV 2016, 157.

<sup>32</sup> KG StV 2013, 142.

<sup>33</sup> OLG München StV 2015, 155.

<sup>34</sup> BGH StV 2016, 770.

<sup>35</sup> Siehe *Graf/Gertler*, RiStBV und MiStra 2015, Nr 18 RiStBV.

<sup>36</sup> Zusammenfassend MAH Strafverteidigung/*Schlothauer*<sup>2</sup> (2014) § 3 Rz 96ff mN.

zielle Kriterien bei der Auswahl der für diese Aufgabe heranzuziehenden Rechtsanwälte. Kosten, die für die Ausbildung und Schulung anfallen, sind nach Art 7 Abs 1 RL von den Mitgliedstaaten zu finanzieren.

## VI. VERTEIDIGERAUSWAHL

Eine Frage lässt die RL unbeantwortet: Wer hat die *Auswahl* der zu bestellenden Verteidiger zu treffen?

### 1. Bezeichnungsrecht des Beschuldigten

Zunächst muss es bei dem Grundsatz des geltenden Rechts verbleiben, dass dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden muss, einen Verteidiger seiner Wahl zu bezeichnen (§ 142 Abs 1 Satz 1 StPO). Macht er davon Gebrauch, ist dieser zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht (§ 142 Abs 1 Satz 2 StPO). Aus der RL ergeben sich allerdings zwei solcher Gründe, denen bei der Umsetzung in nationales Recht Rechnung getragen werden muss:

Zum einen muss sich das Wahlrecht des Beschuldigten auf solche Rechtsanwälte beschränken, die über die erforderliche Qualifikation zur Erbringung von Beistandsleistungen im Rahmen der Prozesskostenhilfe verfügen. Die Europäische Kommission wies in ihren Empfehlungen aus dem Jahr 2013 ausdrücklich darauf hin, dass offensichtliche Mängel des Rechtsbeistands Anlass geben müssten, sich über die Präferenzen und Wünsche des Beschuldigten bei der Verteidigerauswahl hinwegzusetzen.<sup>37</sup> Da Beschuldigte nur einen Anspruch auf Beistandsleistung nach Maßgabe der RL haben, die Mitgliedstaaten bei deren Umsetzung wiederum an die Vorgabe der Qualitätssicherung gebunden sind, hat diese Vorrang gegenüber dem ansonsten bestehenden Wahlrecht. Dies ist auch sachgerecht. Denn das Wahlrecht des Beschuldigten bleibt bestehen und wird nur auf den Kreis besonders qualifizierter Verteidiger eingeschränkt. Eine Bevormundung des Beschuldigten ist damit also nicht verbunden. Es kann auch nicht das Argument einer Besserstellung solcher Beschuldigten ins Feld geführt werden, die einen Wahlverteidiger beauftragen. Denn in den Fällen notwendiger Verteidigung ist die Autonomie des Beschuldigten auch schon nach geltendem Recht eingeschränkt, wenn der Wahlverteidiger in der Hauptverhandlung oder anlässlich anderer wesentlicher Termine ausbleibt oder sich weigert, die Verteidigung zu führen. Es ist ihm dann anstelle dieses Wahlverteidigers ein Pflichtverteidiger beizuordnen (§ 145 Abs 1, § 118a Abs 2 Satz 5 StPO). Die zweite Einschränkung des Wahlrechts folgt aus der von der RL angestrebten Verbesserung der Verteidigungsmöglichkeiten in Situationen, in denen der Beschuldigte ganz besonders schutzbedürftig ist: Ein Anspruch auf Verteidigerbeistand soll gerade dann bestehen, wenn der Beschuldigte inhaftiert wird oder inhaftiert oder vernommen werden soll oder wenn in seiner Anwesenheit oder unter seiner Mitwir-

kung wesentliche Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen vorgenommen werden sollen. Der hier bestehenden Eilbedürftigkeit muss auch nach dem Willen der Urheber der RL durch ein Pflichtverteidigersystem Rechnung getragen werden, das eine kurzfristige Intervention ermöglicht.<sup>38</sup> Deshalb gebietet in solchen Fällen die erforderliche Ortsnähe des beizuordnenden Verteidigers eine Einschränkung des Auswahlrechts des Beschuldigten. Die berechtigte Kritik an dem bis zum 1. 10. 2009 bestehenden Lokalisationsgebot (§ 142 Abs 1 StPO aF) wird dadurch nicht gegenstandslos. Sie bezog sich aber auf eine Rechtslage, nach der eine Verteidigerbeordnung erst nach Zustellung der Anklageschrift die Regel war. Insbesondere im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Teilnahme an der Hauptverhandlung ist das Lokalisationsgebot angesichts schneller Verkehrsverbindungen und der Möglichkeiten elektronischer Kommunikation obsolet.<sup>39</sup> Die Sicherstellung eines Verteidigerbeistands bei unter Zeit- und Fristendruck stehenden Verfahrenshandlungen erfordert aber die Beordnung eines Verteidigers, der sofort tätig werden kann. Das ist nur der Verteidiger vor Ort. Dass dies möglicherweise nicht derjenige ist, von dem der Beschuldigte im weiteren Verfahren verteidigt werden möchte, ist dadurch zu kompensieren, dass in einem solchen Fall stets die Auswechslung des Verteidigers auf Antrag des Beschuldigten zu erfolgen hat.

### 2. Zur Auswahl des Verteidigers durch den Richter

Macht ein Beschuldigte von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch oder kann aus wichtigem Grund der von ihm bezeichnete Verteidiger nicht beigeordnet werden, obliegt nach geltendem Recht dem zuständigen Richter die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers. Diese Regelung steht seit Jahrzehnten in der Kritik und löst auch in anderen Mitgliedstaaten Befremden aus.<sup>40</sup> Denn es begründet eine strukturelle Befangenheit, wenn der für das Verfahren zuständige Richter auch über die Person des in seinem Verfahren tätigen Verteidigers entscheidet.

*Back to the roots:* Vor 36 Jahren endete mein Aufsatz im *Strafverteidiger* mit der Forderung, dass das Auswahlrecht in solchen Fällen, in denen der Beschuldigte keinen Verteidiger vorschlägt, von den Organen der Anwaltschaft ausgeübt werden muss.<sup>41</sup> Diese Forderung ist nunmehr in die Tat umzusetzen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Entscheidung über die Auswahl nicht unter Zeitdruck zu treffen

<sup>37</sup> Europäische Kommission, Empfehlung Z 13 (FN 27); in diesem Sinne auch für die Umsetzung der RL in italienisches Recht *Canestrini*, Cassazione Penale 2/2017, 839 (846).

<sup>38</sup> Rat der Europäischen Union, Allgemeine Ausrichtung zum Richtlinien-vorschlag über vorläufige Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte pp v 26. 2. 2015 2013/0409 (COD) Anlage, ErwGr 12e.

<sup>39</sup> *Jahn*, NJW-Festheft Tepperwien 2010, 25 (26f), [https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029650/Strafverteidigung\\_NJW-Festheft\\_Tepperwien.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029650/Strafverteidigung_NJW-Festheft_Tepperwien.pdf)

<sup>40</sup> *Soyer* 127 (145) (FN 17).

<sup>41</sup> *Schlothauer*, StV 1981, 443 (452); so auch Ergebnisse der Arbeitsgruppe 4 des 41. Strafverteidigertages in Bremen 340f (FN 5); aA die Mehrheit der im Rahmen einer empirischen Studie zur Rechtswirklichkeit der Verteidigerbestellung Befragten: *Jahn*, StraFo 2014, 177 (191).

ist. Die für die Auswahl in Betracht kommenden Mitglieder des Fachausschusses Strafrecht der Anwaltskammer oder deren Geschäftsführer haben sich bei ihrer Entscheidung an Kriterien der fachlichen Spezialisierung, der Nähe zum Verfahrenssitz und der zeitlichen Verfügbarkeit des beizuordnenden Anwalts zu orientieren. Dass sie keine Rechtsanwälte auswählen dürfen, zu denen arbeitsrechtliche oder gesellschaftsvertragliche Bindungen bestehen, versteht sich von selbst. In denjenigen Fällen, in denen ein Verteidigerbeistand kurzfristig sichergestellt werden muss und in denen das Auswahlrecht des Beschuldigten nicht ausgeübt wird oder nicht zum Zuge kommen kann, muss bei der von der Rechtsanwaltskammer oder wie bisher von dem Gericht zu treffenden Auswahl zumindest gewährleistet sein, dass nur solche Rechtsanwälte berücksichtigt werden, die über die erforderliche Qualifikation verfügen.

### 3. Wechsel des Pflichtverteidigers

Die Einbindung der Anwaltskammer in die Pflichtverteidigerauswahl löst auch das gegenwärtig bestehende Dilemma bei der Entscheidung über die Berechtigung eines von dem Beschuldigten beantragten Pflichtverteidigerwechsels. Nach Art 7 Abs 4 RL müssen die Mitgliedstaaten dem Beschuldigten das Recht einräumen, den ihnen beigeordneten Rechtsanwalt auf ihren Antrag auswechseln zu lassen, wenn die konkreten Umstände dies rechtfertigen. Hier verlangt die derzeitige Rsp von dem Beschuldigten, dass er substantiiert darlegt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Verteidiger endgültig und nachhaltig erschüttert und deshalb zu besorgen ist, dass eine sachgerechte Verteidigung nicht geführt werden kann.<sup>42</sup> Dies würde es bspw notwendig machen, bei unterschiedlichen Auffassungen über das Verteidigungskonzept diese Differenzen gegenüber demjenigen Richter offenzulegen, der zur Urteilsfindung berufen ist. Da dies aus verständlichen Gründen nicht opportun ist, sind die Anträge auf einen Pflichtverteidigerwechsel in der Regel zum Scheitern verurteilt. Deshalb muss dem Richter die Zuständigkeit für diese Entscheidung entzogen werden. Gegenüber der zuständigen Anwaltskammer kann der Beschuldigte detailliert darlegen, welche konkreten Umstände einen Verteidigerwechsel rechtfertigen. Da deren Vertreter zur Verschwiegenheit verpflichtet sind (§§ 76, 43c Abs 3 BRAO), können so nachteilige Rückwirkungen auf das Verfahren durch Offenlegung dieser Umstände vermieden werden.

### 4. Ausblick

Die Umsetzung der PKH-Richtlinie führt nicht nur zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes sämtlicher Beschuldigter, sich unabhängig von ihren finanziellen Möglichkeiten des Beistands eines Verteidigers zu bedienen. Für das deutsche Strafverfahren gehen die Folgen der Umsetzung weit darüber hinaus. Durch die frühzeitige Gewährleistung eines Verteidigerbeistands wird sich der Charakter des Ermittlungsverfahrens in Richtung eines adversarischen Verfahrens nachhaltig verändern. Die Verteidigung erhält die Möglichkeit, zu einem Zeitpunkt gestaltend auf den Inhalt der Ermittlungen Einfluss nehmen zu können, der größere Bewertungsspielräume eröffnet als dies in einer späteren Hauptverhandlung der Fall ist. Noch Anfang der 80er-Jahre des letzten Jahrhunderts wurde das deutsche Strafverfahren und die Verteilung der rechtlichen Befugnisse der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung in Bezug auf das Ermittlungs- und Hauptverfahren als ein System kommunizierender Röhren charakterisiert. Die im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft geringen Einflussmöglichkeiten der Verteidigung im Ermittlungsverfahren würden kompensiert durch die ihr in der Hauptverhandlung zustehenden umfangreichen Antrags- und Erklärungsrechte.<sup>43</sup> Davon kann heute keine Rede mehr sein. Die starke Stützung dieser Rechte in den letzten Jahrzehnten hat noch nicht ihren Abschluss gefunden. Dies zeigen die Forderungen des 2. Strafkammertages in Würzburg vom 26. 9. 2017,<sup>44</sup> die in der Politik bereits große Zustimmung erfahren.<sup>45</sup> Umso wichtiger ist es, den Ausbau der Verteidigungsrechte im Ermittlungsverfahren voranzutreiben.<sup>46</sup> Die Umsetzung der PKH-RL liefert hierfür eine hervorragende Ausgangsbasis.

<sup>42</sup> Nachweise bei Meyer-Göfner/Schmitt-StPO § 143 Rz 5 (FN 11).

<sup>43</sup> Ernesti, JR 1982, 221 ff.

<sup>44</sup> Siehe Pressemitteilungen der Pressestellen der OLG Bamberg und Stuttgart v. 26. 9. 2017 sowie Sandherr, DRiZ 2017, 338; ferner die Kritik von Gercke/Jahn/Pollähne, Legal Tribune Online v 9. 11. 2017, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/kritik-reformvorschlaege-stpo-2-strafkammertag-jumiko>

<sup>45</sup> Ua Gespräch der DRiZ mit dem rheinland-pfälzischen Justizminister Meritin (FDP), DRiZ 2017, 306.

<sup>46</sup> Zuletzt Schlothauer, StV 2016, 607.

# EU-RL Prozesskostenhilfe: Änderungsbedarf, Erweiterung und Qualitätsfrage

## I. ALLGEMEINES

### 1. Entwicklung

Die RL (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 10. 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls („Prozesskostenhilfe-RL“) ist Teil eines Legislativpakets der Europäischen Kommission zur Stärkung des Rechts auf ein faires Strafverfahren in der EU, dem sog „Fahrplan Verfahrensrechte“.<sup>1</sup> Sinn und Zweck dieser Richtlinie (infolge: RL) im Speziellen ist auch die Gewährleistung der Effektivität des bereits durch die Rechtsbeistand-RL vorgesehenen Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand. Dahingehend komplettiert die Prozesskostenhilfe-RL auch die Maßnahme C des Fahrplans Verfahrensrechte.<sup>2</sup>

Bereits 2009 nahm der Rat in Form einer – rechtlich unverbindlichen – Entschließung den Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren an. Im Dezember desselben Jahres wurde er vom Europäischen Rat zum Bestandteil des Stockholmer Programms<sup>3</sup> erklärt. Der Fahrplan sah das schrittweise Ergreifen von Legislativmaßnahmen vor, und zwar ua konkret hinsichtlich des Rechts auf Rechtsbeistand und Prozesskostenhilfe. Im Rahmen dieser schrittweisen Vorgangsweise hat die Kommission zeitgleich mit der Vorlage ihres Vorschlags für die Prozesskostenhilfe-RL im November 2013 auch eine Empfehlung<sup>4</sup> zum Recht auf Prozesskostenhilfe in Strafverfahren für Verdächtige und Beschuldigte (im Folgenden „Empfehlung Prozesskostenhilfe“) sowie eine Folgenabschätzung („Impact Assessment“) vorgelegt. Die Empfehlung Prozesskostenhilfe beschäftigt sich im Wesentlichen mit zwei Themenkomplexen, und zwar mit dem Zugang zur Prozesskostenhilfe und deren Wirksamkeits- und Qualitätskontrolle.<sup>5</sup> Der Inhalt der Empfehlung Prozesskostenhilfe wurde nach mehreren Verhandlungsrunden zwischen Kommission, Rat der Europäischen Union<sup>6</sup> und dem Europäischen Parlament auch weitgehend in die RL aufgenommen.

### 2. Ziele

Die Stärkung des Rechts auf ein faires Verfahren für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (infolge: EuHB) wird von drei maßgeblichen Zielen determiniert. So soll die Prozesskostenhilfe sehr rasch gewährt werden, nämlich spätestens

vor der ersten Befragung durch die Sicherheitsbehörden. Auch soll die Gewährung von Prozesskostenhilfe unionsweit<sup>7</sup> an klare, transparente Kriterien anknüpfen und letztlich sollen die damit verbundenen Bewilligungsverfahren insgesamt verbessert werden.

## II. AUSGESTALTUNG

### 1. Anwendungsbereich

Grundsätzlich bezeichnet der Begriff der Prozesskostenhilfe die Bereitstellung finanzieller Mittel durch den Mitgliedstaat für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand, um das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand tatsächlich zu gewährleisten (Art 3). Insoweit ergänzt die RL die „RL Rechtsbeistand“ sowie die „RL Jugendstrafverfahren“ und darf nicht so ausgelegt werden, dass dadurch die in diesen beiden Richtlinien vorgesehenen Rechte beschränkt werden (Art 1 Abs 2). Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben die Prozesskostenhilfe-RL längstens bis zum 25. 5. 2019 umzusetzen (Art 12),<sup>8</sup> wobei nicht alle Mitgliedstaaten Adressaten dieser RL sind, sondern sich dieser Sekundärrechtsakt nur nach Maßgabe der Verträge an die Mitgliedstaaten richtet (Art 14). Sihin sind das Vereinigte Königreich, Irland und Dänemark vom räumlichen Anwendungsbereich dieser RL ausgenommen.

In persönlicher Hinsicht soll die Prozesskostenhilfe – sofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind – jenen Personen gewährt werden, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind (Art 1 Abs 1 lit a) oder unter den Begriff „gesuchte Personen“ einzuordnen sind. ISd RL sind hievon Personen erfasst, gegen die ein Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls anhängig ist. Voraussetzung für diese Personen ist, dass als Sanktionsform der Freiheitsentzug vorgesehen ist und ein Recht auf Zugang zu einem Prozessbeistand<sup>9</sup> besteht. Weiters erstreckt sich der persönliche Anwendungs-

<sup>1</sup> Im Rahmen dieses Fahrplans wurden neben der Prozesskostenhilfe-RL auch die RL 2010/64/EU, ABl L 280/1 (Dolmetschleistungen); RL 2012/13/EU, ABl L 142/1 (Rechtsbelehrung und Unterrichtung über Beschuldigung); RL 2013/48/EU, ABl L 294/1 (Rechtsbeistand und Kommunikation mit Angehörigen und Behörden); RL 2016/343, ABl L 65/1 (Unschuldsvermutung); RL 2016/800/EU, ABl L 132/1 (Jugendstrafverfahren), erlassen.

<sup>2</sup> Rom, Aktuelle EU-Vorhaben im Strafrecht. Entwurf einer Richtlinie zur Prozesskostenhilfe („Legal Aid“), AnwBl 2015, 333.

<sup>3</sup> ABl C 155 v 4. 5. 2010; hiedurch wurden die Prioritäten der EU für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts für die Jahre 2010 bis 2014 festgelegt.

<sup>4</sup> Empfehlung der Kommission v 28. 11. 2013, C(2013) 8179/F1.

<sup>5</sup> Rom, AnwBl 2015, 334 mwN.

<sup>6</sup> Rat „Justiz und Inneres“.

<sup>7</sup> Respektive des räumlichen Anwendungsbereichs der Prozesskostenhilfe-RL.

<sup>8</sup> Sofern keine weitere Rechtsquellen angeführt sind, beziehen sich die in dieser Abhandlung angeführten Artikel auf die Prozesskostenhilfe-RL.

<sup>9</sup> Dies kann sowohl durch Unionsrecht als auch durch nationales Recht vorgesehen sein.



**BERNHARD FINK**  
Der Autor ist RA, Vizepräsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages und der Rechtsanwaltskammer für Kärnten, Vorsitzender des AK Grund- und Freiheitsrechte

2018/60

bereich auf gesuchte Personen iSd Art 1 Abs 1 lit b RL ab ihrer Festnahme im Vollstreckungsmitgliedstaat. Wenn Personen erst im Zuge ihrer Befragung durch die Strafverfolgungsbehörden zu Verdächtigen oder beschuldigten Personen werden, stehen ihnen ab diesem Zeitpunkt alle Rechte aus der RL zu (Art 2 Abs 3).

Da die Rechtsordnungen in manchen Mitgliedstaaten auch relativ geringfügige Zuwiderhandlungen wie bspw Verkehrsübertretungen oÄ als Justizstraftaten ahnden, erscheint es auch bei Erfüllung der obigen Voraussetzungen unangemessen, in jedem Fall alle Rechte dieser Prozesskostenhilfe-RL zu gewähren. Dies führte dazu, dass in diese RL bestimmte Ausnahmetatbestände aufgenommen wurden. So muss keine Prozesskostenhilfe gewährt werden, wenn das nationale Recht die Verhängung einer Sanktion durch eine Behörde, die kein in Strafsachen zuständiges Gericht ist, vorsieht und gegen die Verhängung einer solchen Sanktion bei einem solchen Gericht ein Rechtsbehelf eingelegt werden kann oder wenn kein Freiheitsentzug als Sanktion vorgesehen ist (Art 2 Abs 4).

## 2. Allgemeine Bestimmungen

Grundsätzlich sind die Entscheidungen über die Bewilligung oder Ablehnung von Prozesskostenhilfe und die Bestellung von Rechtsbeiständen unverzüglich von einer dafür zuständigen Behörde zu treffen (Art 6 Abs 1), im Strafverfahren spätestens zu den in Art 4 Abs 5 genannten Zeitpunkten. Das bedeutet, dass eine Bewilligung der Prozesskostenhilfe unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, einer anderen Strafverfolgungs- oder Justizbehörde oder aber vor der Durchführung von Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen (Gegenüberstellungen und Tatortrekonstruktionen) zu erfolgen hat. Die Mitgliedstaaten haben durch geeignete Maßnahmen<sup>10</sup> dafür zu sorgen, dass die zuständige Behörde ihre Entscheidung sorgfältig trifft und dabei die Rechte der Verteidigung wahrt. Ein diesbezüglich vorausgehender ausdrücklicher Antrag der verdächtigen, beschuldigten oder gesuchten Person auf Gewährung von Prozesskostenhilfe sollte insbesondere angesichts schutzbedürftiger Personen, deren besondere Bedürfnisse bei Umsetzung der RL zu berücksichtigen sind (Art 9), keine zwingende Voraussetzung für die Bewilligung sein.<sup>11</sup>

Für den Fall, dass ein Antrag auf Prozesskostenhilfe teilweise oder ganz abgewiesen wird, haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die davon betroffene Person darüber schriftlich informiert wird (Art 6 Abs 2). Zudem muss verdächtigen, beschuldigten und gesuchten Personen bei Verletzung ihrer Rechte ein wirksamer Rechtsbehelf nach nationalem Recht zur Verfügung stehen (Art 8).

IzM der Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen und Schulungen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, durch entsprechende – auch finanzielle – Maßnahmen sicherzustellen, dass ein wirksames System

der Prozesskostenhilfe von angemessener Qualität besteht (Art 7 Abs 1 lit a). Die Qualität der damit verbundenen Dienstleistungen muss angemessen sein, um die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten. Dabei ist die Unabhängigkeit der Rechtsberufe gebührend zu achten (lit b leg cit). Dem in die Entscheidung über Gewährung von Prozesskostenhilfe eingebundenen Personal und den Rechtsbeiständen, die Dienstleistungen iS der Prozesskostenhilfe-RL erbringen, sind Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen (Art 7 Abs 2 und 3).

Zudem ist sicherzustellen, dass verdächtige, beschuldigte und gesuchte Personen das Recht haben, den ihnen zugewiesenen Rechtsbeistand auf entsprechenden Antrag auszuwechseln zu lassen, sofern die konkreten Umstände dies rechtfertigen (Art 7 Abs 4).<sup>12</sup>

Die Schlussbestimmungen der RL beinhalten ein Regressionsverbot, dh, die RL darf nicht so ausgelegt werden, dass dadurch die Rechte und Verfahrensgarantien, die durch die GRC, die EMRK oder andere einschlägige völkerrechtliche oder nationale Bestimmungen eingeräumt werden und ein höheres Schutzniveau gewährleisten, beschränkt oder beeinträchtigt werden (Art 11). Diese RL soll ja grundsätzlich nur Mindeststandards harmonisieren.<sup>13</sup>

## 3. Besondere Bestimmungen für die Prozesskostenhilfe im Strafverfahren

Die RL statuiert die grundsätzliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Verdächtigen und Beschuldigten einen Rechtsanspruch auf Prozesskostenhilfe einzuräumen, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist und/oder sie selbst über keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügen (Art 4 Abs 1). Daran ist bereits erkennbar, dass die Mitgliedstaaten entweder eine Bedürftigkeitsprüfung oder eine Prüfung der materiellen Kriterien oder aber beide Prüfungen in Kombination vorsehen dürfen,<sup>14</sup> um festzustellen, ob nach nationalem Recht Prozesskostenhilfe zu bewilligen ist (Art 4 Abs 2). Gerade hier erkennt man die Umsetzung der Empfehlungen der EU-Kommission.

Wenn ein Mitgliedstaat eine Bedürftigkeitsprüfung vorsieht, sind dabei sämtliche relevanten und objektiven Kriterien mit einzubeziehen, um festzustellen, ob eine verdächtige oder beschuldigte Person über keine ausreichenden Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügt (Art 4

<sup>10</sup> Eine nähere Determinierung dieses Begriffs ist weder der RL samt ErwGr noch den Empfehlungen der Kommission zu entnehmen.

<sup>11</sup> Vgl ErwGr 18 der RL.

<sup>12</sup> Nach den Empfehlungen der Kommission sollte bei der Auswahl des Prozesskostenhilfeanwalts der verdächtigten, beschuldigten bzw gesuchten Person so weit wie möglich entgegengekommen werden und es sollten auch deren Präferenzen und persönliche Wünsche hierbei berücksichtigt werden (C[2013] 8179/F1 Rz 24). Diese Empfehlung wurde nicht in die RL aufgenommen.

<sup>13</sup> Glaser/Kert, Die EU harmonisiert die Vorgaben zur Prozesskostenhilfe, ZWF 2017, 18 ff.

<sup>14</sup> Im Entstehungsprozess der RL wurde auch zunächst angedacht, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter bestimmten Voraussetzungen einzuführen; näher dazu Rom, AnwBl 2015, 335 mwN.

Abs 3). Zu diesen Kriterien zählen zB Einkommen, Vermögen und die familiären Verhältnissen der betroffenen Person, aber auch die Kosten der Unterstützung durch einen Rechtsanwalt und der Lebensstandard in dem betreffenden Mitgliedstaat. Im Umkehrschluss ist es den Mitgliedstaaten also gestattet, Verdächtigen und Beschuldigten, aber auch mittels EuHB gesuchten Personen je nach deren finanzieller Lage einen Teil der Kosten der Rechtsvertretung selbst aufzuerlegen. Zudem ist Prozesskostenhilfe nur für die Zwecke jenes Strafverfahrens zu gewähren, in dem die betreffende Person selbst der Begehung einer Straftat verdächtig oder beschuldigt wird (Art 4 Abs 6).

Die Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist unverzüglich zu treffen, spätestens jedoch vor einer Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- bzw Justizbehörden oder vor der Durchführung einer Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlung iSd Art 2 Abs 1 lit c (Art 4 Abs 5). Wenn ein Mitgliedstaat eine Prüfung der materiellen Kriterien vorsieht, um festzustellen, ob die Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist, ist dabei auf die Schwere der Straftat, die fallspezifische Komplexität und das drohende Strafmaß abzustellen.<sup>15</sup>

Unter bestimmten Umständen wird das Vorliegen dieser materiellen Kriterien aber fingiert, und zwar dann, wenn Verdächtige oder Beschuldigte im Laufe eines Verfahrens im Anwendungsbereich der RL dem zuständigen Gericht bzw Richter zur Entscheidung über eine Haft vorgeführt werden (lit a leg cit), sowie dann, wenn sie sich in Haft befinden (lit b leg cit).

#### 4. Besondere Bestimmungen für die Prozesskostenhilfe in Verfahren zur Vollstreckung eines EuHB

Der Vollstreckungsmitgliedstaat hat vordergründig sicherzustellen, dass eine gesuchte Person Anspruch auf Prozesskostenhilfe hat, und zwar ab dem Zeitpunkt ihrer Festnahme aufgrund eines EuHB bis zu ihrer Übergabe an den Ausstellungsmitgliedstaat oder bis zum Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung, die betroffene Person nicht zu übergeben, rechtskräftig wird (Art 5 Abs 1).

Wenn eine gesuchte Person ihr Recht auf Benennung eines Rechtsbeistands im Ausstellungsmitgliedstaat zur Unterstützung ihres Rechtsbeistands im Vollstreckungsmitgliedstaat gem Art 10 Abs 4 und 5 der RL Rechtsbeistand wahrnimmt, hat sie darüber hinaus auch Anspruch auf Prozesskostenhilfe im Ausstellungsmitgliedstaat, soweit Prozesskostenhilfe erforderlich ist, um den wirksamen Zugang zu den Gerichten zu gewährleisten (Art 5 Abs 2).

Da es sich – im Gegensatz zur Prozesskostenhilfe im Strafverfahren – bei der Vollstreckung von EuHB jedenfalls um Haftsachen handelt, müssen die materiellen Kriterien nicht mehr geprüft werden. Deren Vorliegen wird durch die RL fingiert. Die Gewährung von Prozesskostenhilfe für

gesuchte Personen kann lediglich von einer Bedürftigkeitsprüfung abhängig gemacht werden.

### III. UMSETZUNG DER PROZESSKOSTENRICHTLINIE

#### 1. Ausgangslage: überblicksmäßiger Systemvergleich Österreich – Deutschland<sup>16</sup>

Die Verfahrenshilfeverteidigung (in Österreich) und Pflichtverteidigung (in Deutschland) sind jedenfalls in signifikanter Weise unterschiedlich geregelt, auch die entsprechenden Voraussetzungen für die Ausübung von Pflichtverteidigung und Verfahrenshilfeverteidigung sind nicht vergleichbar.

Pflichtverteidigung iSd §§ 140 ff dStPO und Verfahrenshilfeverteidigung gem §§ 61 f StPO beinhalten zwei materielle Kriterien, die in den beiden Rechtsordnungen aber gänzlich anders gewichtet sind, nämlich die rechtliche Notwendigkeit und die wirtschaftliche Bedürftigkeit. Während in Deutschland das Rechtsinstitut der notwendigen Verteidigung aber eng an das Element der rechtlichen Notwendigkeit gekoppelt ist (dh Fall der Pflichtverteidigung), ist in Österreich der Fall der notwendigen Verteidigung doch streng von der Verfahrenshilfeverteidigung zu unterscheiden.

Während eben die Pflichtverteidigung in Deutschland nur in gesetzlich aufgezählten Fällen und in anderen Fällen auf Antrag oder auch amtswegig gewährt wird (maßgeblich ist dabei die Schwere der Tat, die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage oder die Einschränkung der Selbstverteidigungsmöglichkeit), besteht in Österreich ein Anspruch auf Verfahrenshilfe dann, wenn die Elemente wirtschaftliche Bedürftigkeit und Interesse der Rechtspflege (notwendige Verteidigung, Einschränkung der Selbstverteidigung, Rechtsmittelverfahren aufgrund von Berufungsanmeldung oder sonstige schwierige Sach- oder Rechtslage) vorliegen. Darüber hinaus wird in Österreich Verfahrenshilfe nur auf Antrag gewährt: Eine amtswegige Beigabe eines Verfahrenshilfeverteidigers ist nicht vorgesehen.

Bei der Wahlverteidigung kommt in Österreich eine (parallele) Gewährung von Verfahrenshilfe (und Amtsverteidigung) nicht in Betracht. Dies deshalb, weil in Österreich die einschlägige Rechtslage zwischen notwendiger Verteidigung und wirtschaftlicher Bedürftigkeit strikt unterscheidet und Letztere sofort – und nicht wie in Deutschland erst nachgelagert – geprüft wird. In Österreich erfolgt die gerichtliche Prüfung der wirtschaftlichen Bedürftigkeit (in durchaus „großzügiger“ Weise) also sogleich zu Beginn

<sup>15</sup> *Kraml*, Die sechste (und vorläufig letzte) Richtlinie über Beschuldigtenrechte: Prozesskostenhilfe (Richtlinie 2016/1919), JSt 2017/3, 220.

<sup>16</sup> Näher dazu *Soyer*, Zugang zu anwaltlichem Beistand. Notwendige Verteidigung, Pflicht- versus Verfahrenshilfeverteidigung, Prozesskostenhilfe 41. Dt. Strafverteidigertag Bremen 24.–26. 3. 2017 – Der Schrei nach Strafe, in Schriftenreihe der (dt) Strafverteidigervereinigungen Bd 41 (2017) 136ff.

des Ermittlungsverfahrens und nicht wie in Deutschland nachgelagert. Während sich in Deutschland eine „Prozesskostenhilfe“ bei der nachgelagerten Prüfung der wirtschaftlichen Bedürftigkeit auf eine Art „Vollstreckungsschutz“ beschränkt, ist die Rechtslage und -praxis in Österreich wohl signifikant beschuldigtenfreundlicher. Vor dem Hintergrund sollen mittlerweile zB 85% der Strafverfahren am Wiener Straflandesgericht Verfahrenshilfefälle sein.

Für den Fall, dass eine wirtschaftliche Bedürftigkeit nicht vorliegt, allerdings sehr wohl aber ein Fall der notwendigen Verteidigung, wird in Österreich ein Amtsverteidiger bestellt.

Fraglich ist in Ansehung der vorliegenden EU-RL Prozesskostenhilfe, ob diese zu einer Angleichung der beiden Systeme der Prozess(kosten)hilfe führen wird oder nicht, wobei Letzteres eher wahrscheinlich ist, da die RL gem Art 4 Abs 1 und 2 eine grundsätzliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten statuiert, Verdächtigen und Beschuldigten einen Rechtsanspruch auf Prozesskostenhilfe einzuräumen, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist und/oder sie selbst über keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügen. Sihin sind die Anknüpfungspunkte beider Prozess(kosten)hilfesysteme wohl grundsätzlich mit der vorliegenden RL vereinbar. Genauer wird man aber erst sagen können, wenn die jeweiligen entsprechenden Gesetzesvorschläge publik gemacht sein werden.

## 2. Umsetzungsbedarf in Österreich

### a) Allgemeines

Das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz prüft derzeit, ob und inwieweit ein Umsetzungsbedarf in Österreich besteht. Über die endgültigen Auswirkungen dieser RL auf die nationalen Vorschriften ist daher zum jetzigen Zeitpunkt noch nichts bekannt. Allerdings kodifiziert die vorliegende Prozesskostenhilfe-RL auf unionsrechtlicher Ebene Vorgaben, die sich überwiegend bereits aus dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK ergeben. Nach Art 6 Abs 3 lit c EMRK hat jeder Angeklagte, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, das Recht, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Da die EMRK im Verfassungsrang steht, musste ohnehin bereits die bestehende Regelung der Verfahrenshilfe im Strafverfahren daher den Standards gemäß der Judikatur des EGMR entsprechen.<sup>17</sup>

### b) Änderungsbedarf im gerichtlichen Strafverfahren

Im gerichtlichen Strafverfahren sieht die Regelung des § 61 Abs 2 StPO eine Bedürftigkeitsprüfung (Art 4) samt Prüfung materieller Kriterien (Art 4 Abs 4) vor. Sihin ist für einen Beschuldigten dann ein Verfahrenshilfeverteidiger zu bestellen, wenn er außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie zu einer einfachen Le-

bensführung notwendigen Unterhalts die gesamten Kosten der Verteidigung zu tragen und die Bestellung eines Verfahrenshilfeverteidigers im Interesse der Rechtspflege ist.<sup>18</sup>

Eine erforderliche Bestellung eines Verfahrenshilfeverteidigers wird in den Fällen des § 61 Abs 2 Z 1 bis 4 StPO ohnehin gesetzlich fingiert. Dies gilt auch für jene Fälle, in denen die Haft während des Strafverfahrens gerichtlich verfügt wird, und auch in jenen Fällen, in denen die Strafe von einer gewissen Schwere droht.<sup>19</sup> Eine derartige Erforderlichkeit wird ex lege auch dann angenommen, wenn verfahrensgegenständlich eine schwierige Sach- oder Rechtslage vorliegt. Beachtlich sind in diesem Zusammenhang auch die besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Beschuldigten, die eine Erforderlichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe impliziert.<sup>20</sup>

### c) Änderungsbedarf im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren

Da auch im Verwaltungsstrafverfahren grundsätzlich Freiheitsstrafen, allenfalls auch Ersatzfreiheitsstrafen, verhängt werden können, ist der Ausnahmetatbestand des Art 2 Abs 4 der RL durchaus beachtlich. ME ist diesfalls kein Änderungsbedarf ersichtlich, da gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde das Rechtsmittel der Beschwerde an das zuständige Verwaltungsgericht zulässig ist und dies jedenfalls als in Strafsachen zuständiges Gericht iSd RL zu qualifizieren ist. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist aber Verfahrenshilfe nach Maßgabe des § 8a VwGVG zu gewähren.

### d) Änderungsbedarf im Verfahren zur Vollstreckung eines EuHB

Im Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls sind grundsätzlich die Bestimmungen des § 29 Auslieferungs- und Rechtshilfegesetzes (ARHG) anzuwenden. Sihin gelten die Bestimmungen über die Auslieferungshaft sinngemäß auch für die Übergabehaft und sind daher gem § 29 Abs 4 ARHG unvertretenen Personen sogleich ein Verteidiger beizugeben. Aufgrund dieser Verweiskette ist wohl grundsätzlich anzunehmen, dass die Vorgaben der Prozesskostenhilfe-RL im Verfahren zur Vollstreckung eines EuHB ausreichend erfüllt sind. Für die Zeitspanne zwischen der Festnahme einer gesuchten Person und der Entscheidung über die Verhängung einer Auslieferungs- bzw Übergabehaft (Art 5 Abs 1 iVm Abs 3) wird durch den rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger geschaffen (§ 29 Abs 3 letzter Satz ARHG; § 18 Abs 2 EU-JZG).

Die teilweise vorgeschlagene Dringlichkeitsprozesskostenhilfe oder „vorläufige Prozesskostenhilfe“ kann über den bereits bestehenden rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst erfolgen, so dass damit der RL entsprochen wird.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Glaser/Kert, ZWF 2017, 18 ff.

<sup>18</sup> Kraml, JSt 2017/3, 220.

<sup>19</sup> § 61 Abs 2 Z 1 iVm Abs 1 Z 4, 5 und 5a StPO idgF.

<sup>20</sup> Kraml, JSt 2017/3, 221 f mwN.

<sup>21</sup> Kraml, JSt 2017/3, 223.

### e) Der rechtsanwaltliche Bereitschaftsdienst

Bereits im Jahr 2008 hat der Österreichische Rechtsanwaltskammertag gemeinsam mit dem Bundesministerium für Justiz einen rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst (Verteidigernotruf, Journdienst) eingerichtet. Je nach Einzelfall umfasst dieser ein telefonisches oder persönliches Beratungsgespräch sowie gegebenenfalls den anwaltlichen Beistand bei der Vernehmung. Vor dem Hintergrund der Umsetzung der RL über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand wurde der rechtsanwaltliche Bereitschaftsdienst gesetzlich in § 59 Abs 4 StPO verankert.

Seitdem können Beschuldigte eines Strafverfahrens, Beschuldigte, die im Inland festgenommen wurden und deren Auslieferung nach ARHG bzw Übergabe nach EU-JZG beantragt wurde, sowie Personen, die aufgrund eines von einer österreichischen Justizbehörde erlassenen Europäischen Haftbefehls festgenommen wurden, den Verteidigernotruf in Anspruch nehmen. Es besteht die Möglichkeit, bereits bei der ersten Vernehmung sowie nach Einlieferung in die Justizanstalt bis zur Entscheidung über die erstmalige Verhängung der Untersuchungshaft Kontakt mit einem Verteidiger aufzunehmen. Über die kostenfreie, täglich rund um die Uhr erreichbare Hotline (0800 376 386) kann unverzüglich ein Verteidiger erreicht werden. Der erste Anruf und eine erste telefonische Beratung sind kostenlos. Im Übrigen sind die Leistungen grundsätzlich kostenpflichtig und werden mit einem Stundensatz von € 120,- zuzüglich USt verrechnet. Für den Fall, dass im Strafverfahren vom Gericht ein Verfahrenshilfeverteidiger beigegeben wird, wird vorläufig von der Geltendmachung dieses Honoraranspruchs beim Beschuldigten abgesehen. Die Vertretung endet grundsätzlich mit der Freilassung des festgenommenen oder zur sofortigen Vernehmung vorgeführten Beschuldigten bzw mit Verhängung der Untersuchungs-, Auslieferungs- oder Übergabehaft.

Österreichweit nehmen jeden Tag maximal 18 eingeteilte Rechtsanwälte die bei der Hotline einlangenden Anrufe entgegen. Seit 1. 1. 2017 erfolgten über den Verteidigernotruf bereits 1.319 Kontaktaufnahmen (Stand November 2017). Im Vergleich zu den Vorjahren sind die Anruferzahlen deutlich angestiegen. Während der Durchschnittswert im Jahr 2016 bei ca 30 Anrufen im Monat lag, sind derzeit durchschnittlich rund 120 Anrufe pro Monat zu verzeichnen. Diese Vervierfachung der Anfallzahlen verdeutlicht, dass der Verteidigernotruf vermehrt in Anspruch genommen wird und damit stetig an Wichtigkeit zunimmt. Gemeinsam mit dem Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz leisten der ÖRAK und die österreichischen Rechtsanwälte mit dem Bereitschaftsdienst einen wesentlichen Beitrag zur rechtsstaatlich gebotenen Wahrung der Beschuldigtenrechte.

Die konkrete Ausgestaltung des Verteidigernotrufs nach Umsetzung der RL Prozesskostenhilfe bleibt noch abzuwarten. Zu befürworten ist allerdings, dass das bewährte Instrumentarium des rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienstes auch in Hinkunft getrennt vom Verfahrenshilfesystem beste-

hen bleiben soll. Jedenfalls wird seitens des Bundesministers für Justiz evaluiert werden, inwieweit ein Umsetzungsbedarf im Hinblick auf die Gewährung der Prozesskostenhilfe vor der ersten Befragung durch die Sicherheitsbehörden besteht.

### f) Verfahrenshilfesystem

Die Verfahrenshilfeverteidigungen in Österreich sind insgesamt gesehen jedenfalls von guter Qualität. Im Jahr 2016 gab es 20.419 Verfahrenshilfebestellungen, davon 13.812 in Strafsachen.

Die Entlohnung erfolgt dabei bekanntlich nicht direkt an den bestellten Rechtsanwalt, sondern als Zahlung des Bundes in Form einer Pauschalvergütung (§ 47 RAO) an den ÖRAK in (teilweiser) Abgeltung der von den österreichischen Rechtsanwälten erbrachten Leistungen. Diese Vergütung wird wiederum vom ÖRAK an die einzelnen Rechtsanwaltskammern der Bundesländer weitergegeben und von diesen zur Stützung des Pensionssystems verwendet. Gäbe es diese Pauschalvergütung nicht, so müssten die Pensionsbeiträge der Rechtsanwälte durchwegs massiv erhöht werden. Für einen Rechtsanwalt würde dies zB eine jährliche Erhöhung von rund 27–33% bedeuten.

Die Auswahl des Verfahrenshilfeverteidigers über ein flächendeckendes und einigermaßen gerechtes Bestellsystem wird von Zeit zu Zeit infrage gestellt, erweist sich jedoch als sachgerecht. Vorgaben, wonach bei der Auswahl des Verfahrenshilfeverteidigers auch auf besondere spezifische Qualifikationen Rücksicht zu nehmen sei, trifft die Prozesskostenhilfe-RL nicht. In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass von den rund 6.200 in Österreich zugelassenen Rechtsanwälten immerhin 887, sohin fast 15%, Strafrecht explizit als ein besonderes Fachgebiet gewählt haben. Darüber hinaus sind 147 Rechtsanwälte außerdem im Spezialgebiet des Wirtschaftsstrafrechts tätig. In Österreich ist beinahe jeder vierte Rechtsanwalt (24,12%) in einer sogenannten Allgemeinpraxis tätig, welche in aller Regel und speziell außerhalb der Ballungszentren immer auch strafrechtliche Klienten zu betreuen hat. Dies zeigt die dominante Stellung des Rechtsanwalts in seiner Funktion als Strafverteidiger, ein Zeichen für die Einheitlichkeit des Berufsbilds des Rechtsanwalts, der auch immer als Strafverteidiger auftreten kann. Diese Einheitlichkeit des Berufsstands ist ein hohes Gut, das es zu erhalten gilt. Dem geschuldet ist daher auch ein noch besserer und punktuell noch zu verstärkender strafrechtlicher Kompetenzerwerb im Rahmen der Ausbildung zum Rechtsanwalt, und die Erhaltung dieser Kompetenz durch eine diesbezügliche pflichtgemäße Fortbildung des Rechtsanwalts.<sup>22</sup>

## IV. PROZESSKOSTENHILFERICHTLINIE IM LICHT DER EMRK

Wie bereits erwähnt, kodifiziert die vorliegende RL auf unionsrechtlicher Ebene Vorgaben, die sich überwiegend be-

<sup>22</sup> Fortbildungspflicht auch im Strafrecht gem § 10 Abs 6 RAO idgF.

reits aus dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK ergeben. Nach Art 6 Abs 3 lit c EMRK hat daher jeder Angeklagte, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, das Recht, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist.

Die Entstehung der Prozesskostenhilfe-RL wurde im Wesentlichen von der Judikatur der EGMR,<sup>23</sup> insbesondere der Entscheidung in der Rs *Salduz*<sup>24</sup> beeinflusst.<sup>25</sup> Zur Maßnahme C des Fahrplans „Verfahrensrechte“ wird – in wortnaher Anlehnung an die *Salduz-E* – ausgeführt, dass das Recht auf Rechtsbeistand (durch einen Rechtsberater) für einen Verdächtigen oder Beschuldigten zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens zum frühestmöglichen Zeitpunkt von grundlegender Bedeutung ist. Dementsprechend ist es auch nur konsequent, dass im Lichte der Rechtsbeistand-RL einem Verdächtigen oder Beschuldigten in einem Strafverfahren nicht nur zum frühestmöglichen Zeitpunkt des Verfahrens ein Rechtsbeistand gewährt wird, sondern auch im Falle eines entsprechenden Interesses der Rechtspflege und/oder einer wirtschaftlichen Bedürftigkeit die mit der Gewährung eines Rechtsbeistands verbundenen Kosten getragen werden.

Die Prozesskosten-RL stellt daher mE auch sicher, dass im Rahmen der unionsweiten Mindestharmonisierung dieses Aspekts der Verfahrensrechte in Strafverfahren der

stRsp des EGMR zur Art 6 EMRK (fair trial) dahingehend Rechnung getragen wird, dass dem „Recht auf praktische und wirksame Verteidigung“<sup>26</sup> zum Durchbruch verholfen wird. So wird in der stRsp des EGMR immer wieder hervorgehoben, dass die Konvention nicht nur theoretisch (Verfahrens-)Rechte schützen will, um die Konventionsgarantie zu erfüllen. So kann nach den Umständen des Einzelfalls auch die bloße Bestellung eines Verteidigers noch nicht ausreichend sein, um diesem Grundrecht zu entsprechen und um die Verteidigungsrechte des Grundrechtsträgers praktisch und wirksam wahrnehmen zu können.

In Verbindung mit dem Regressionsverbot in den Schlussbestimmungen der Prozesskostenhilfe-RL erscheint diese RL jedenfalls ein Schritt in die richtige Richtung zu sein. Rechte und Verfahrensgarantien, die durch die GRC, die EMRK oder andere einschlägige völkerrechtliche oder nationale Bestimmungen eingeräumt werden und ein höheres Schutzniveau gewährleisten, sind aber jedenfalls vorrangig vor den nationalen Umsetzungsbestimmungen dieser RL anzuwenden.

<sup>23</sup> Ähnlich auch *Glaser/Kert*, ZWF 2017, 18 ff.

<sup>24</sup> EGMR (GK) 27. 11. 2008, 36391/01, *Salduz/Turkey*, NJW 2009, 3707 Rz 54.

<sup>25</sup> *Wahl*, Die EU-Richtlinien zur Stärkung der Strafverfahrensrechte im Spiegel der EMRK, ERA Forum<sup>18</sup> 311 ff.

<sup>26</sup> *Ders*, aaO.



**RICHARD SOYER**

Der Autor ist Rechtsanwalt im Büro Soyer Kier Stuefer, Wien, und Universitätsprofessor für Strafrecht an der Johannes Kepler Universität (JKU) Linz.



**PHILIP MARSCH**

Der Autor ist Rechtsanwalt im Büro Soyer Kier Stuefer, Wien.

2018/61

## Stärken und Schwächen des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens gemäß §§ 284 ff StPO

Was die einen als „verwinkelt System gehässiger Schikanen“ kritisieren, preisen die anderen als „dicht geknüpft Netz von Anfechtungskategorien“. Fein zisierte Judikaturlinien mit einer großen Anzahl von Rechtssätzen stellen dabei höchste Anforderungen an Staatsanwaltschaft und Verteidigung als Rechtsmittelwerber. Eine Rechtsschutzlücke zwischen formal korrekt erzeugter Wahrheit und Willkür mag im kollegialgerichtlichen Rechtsmittelverfahren bei der Bekämpfung von Tatsachenfeststellungen unvermeidbar sein, nicht aber ihre unangemessene Größe und Tiefe. Für die Lösung von Rechtsfragen und die Wahrnehmung der Leitfunktion des OGH sind mündliche Verhandlungen vor dem Höchstgericht nicht verzichtbar. Ein gezieltes Tätigwerden des Gesetzgebers erscheint wünschenswert, um den hohen Standard des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens zeitgemäß zu halten und moderat auszubauen. Beim Text handelt es sich um den verschriftlichten Vortrag bei der 4. Gemeinsamen Sitzung des Strafrechtsausschusses der BRAK und der Strafrechtskommission des ÖRAK in Leipzig im November 2017.

### I. NICHTIGKEITSBESCHWERDE IN ÖSTERREICH

#### 1. Rechtsmittel und Rechtsbehelfe an den OGH

Die österreichische Rechtsordnung sieht in gerichtlichen Strafsachen zwei Instanzen vor, wobei sich die Anfechtbarkeit – insbesondere von Tatsachenfeststellungen – nach der Ausgestaltung des erstinstanzlichen Spruchkörpers richtet: Urteile von bezirksgerichtlichen Einzelrichtern und solchen

eines Landesgerichts können mit Berufung vollumfänglich und ohne Neuerungsverbot angefochten werden. Anders bei Entscheidungen eines Landesgerichts als Schöffengericht, bei dem sich der Spruchkörper aus einem Berufsrichter (delikt- bzw schadensbezogen bisweilen aus zwei Berufsrichtern) und stets zwei Laienrichtern zusammensetzt. Ihre Entscheidungen können nur mit Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH oder Berufung (wegen Strafe oder wegen privatrechtlicher Ansprüche) an das jeweilige Ober-

landesgericht angefochten werden. Dabei unterstellt der Gesetzgeber erstinstanzlichen kollegialgerichtlichen Entscheidungen eine höhere Richtigkeitsgewähr und stattet diese daher – verfassungskonform – mit höherer Bestandskraft aus.<sup>1</sup> Insbesondere ihre Tatsachenfeststellungen können im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde nur sehr eingeschränkt bekämpft werden.

Die StPO betrachtet die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile eines Landesgerichts als Schöffengericht als den Grundfall bzw als „Kernstück aller Vorschriften über die Urteilsanfechtung“.<sup>2</sup> Nicht zuletzt deshalb liegt hier der Fokus dieses Beitrags.

Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheidungen eines Landesgerichts als Geschworenengericht bleibt dabei ausgeklammert. Hier ist lediglich auf die laufende Diskussion zur Beibehaltung oder Abschaffung der in Österreich praktizierten echten Geschworenengerichtsbarkeit hinzuweisen.<sup>3</sup> Diese erfreut sich trotz erheblicher Kritik unter Verteidigern großer Beliebtheit. So hat sich die Mitgliederversammlung der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (VÖStV) Anfang Oktober 2017 im Zuge einer Kampf- abstimmung mit Zwei-Drittel-Mehrheit für die Beibehaltung der Geschworenengerichtsbarkeit ausgesprochen.

Neben der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urteile, die von Verfahrensbeteiligten oder sonst Berechtigten erhoben werden kann, kann die beim OGH eingerichtete Generalprokuratur – das Pendant zur dt Bundesanwaltschaft – auch nach Rechtskraft jede gerichtliche Entscheidung in Strafsachen dem OGH mittels Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes zur Entscheidung vorlegen. Der Zweck liegt ausschließlich in der Vereinheitlichung der Rsp – insbesondere, wenn der ordentliche Rechtsweg an den OGH nicht offensteht.<sup>4</sup> Demgemäß kommt den Verfahrensparteien kein Antragsrecht, sondern nur ein Anregungsrecht zu.

Der OGH betont stets seine Funktion als Grundrechtsgericht.<sup>5</sup> Grundrechtsverletzungen können im Rahmen von Nichtigkeitsbeschwerden geltend gemacht werden. Dazu kommen ausnahmsweise die einen dritten Instanzenweg eröffnenden Rechtsbehelfe

- Grundrechtsbeschwerde, mit welcher Verletzungen des Grundrechts auf persönliche Freiheit bekämpft werden können, und
- Erneuerungsantrag, mit welchem jegliche Grundrechtsverletzung in einem – im Wege der höchstrichterlichen Rechtsfortbildung – dem EGMR-Beschwerdeverfahren angelehnten Verfahren an den OGH herangetragen werden kann.

## 2. Zahlen und Statistisches

Kurz zum OGH: Der Oberste Gerichtshof, an den sich die Nichtigkeitsbeschwerde stets richtet, ist – neben dem Verwaltungs- und dem Verfassungsgerichtshof – eines der drei gleichrangigen österreichischen Höchstgerichte.

Zur Entscheidung über Nichtigkeitsbeschwerden sind aktuell sechs Senate eingerichtet, wobei jeder Senat mit fünf Hofräten des OGH als Strafrichter besetzt ist. Unter bestimmten Voraussetzungen – insbesondere beim Abgehen von stRsp oder Vorliegen uneinheitlicher Rsp – hat sich der Senat auf insgesamt elf Strafrichter zu verstärken (verstärkter Senat). Diese Möglichkeit wird äußerst sparsam genutzt. Fragestellungen aus anderen Rechtsbereichen, insbesondere aus dem Zivilrecht, lösen die Strafsenate stets autonom – der OGH kennt keine Entsprechung zum Vereinigten Großen Senat nach § 132 dt Gerichtsverfassungsgesetz,<sup>6</sup> in welchem unter bestimmten Voraussetzungen Straf- und Zivilrichter gemeinsam entscheiden. Die strafrechtliche und zivilrechtliche Rsp ist damit systemimmanent inkongruent. Dies kann dazu führen, dass der OGH dieselbe Rechtsfrage vereinzelt aber auch in stRsp in Strafsachen anders löst als in Zivilsachen. Der OGH vermag darin kein Problem zu erblicken.<sup>7</sup> Dies stellt insbesondere im Hinblick auf die immer stärkere Verschränkung der beiden Rechtsgebiete – nicht zuletzt im Wirtschaftsstrafrecht – die erste hier aufzuzeigende Schwäche dar.

Der Geschäftsanfall lag 2016 bei 486 Nichtigkeitsbeschwerden, 61 Erneuerungsanträgen, 28 Grundrechtsbeschwerden sowie 79 Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes seitens der Generalprokuratur, insgesamt sohin bei 654.

Die Erfolgsquote bei Nichtigkeitsbeschwerden erstinstanzlich Verurteilter lag im Beobachtungszeitraum bei 24% (darin sind auch Teilerfolge und Fälle amtswegiger Wahrnehmung von Nichtigkeitsgründen enthalten). Die Erfolgsrate bei Erneuerungsanträgen lag bei 3,8% (7,6% bei Hinzurechnung der parallel seitens der Generalprokuratur im selben Fall erhobenen erfolgreichen Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes). Dagegen war ein Drittel der vom Ankläger erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden teilweise oder gänzlich erfolgreich. Soweit Privatbeteiligte im Hinblick auf ihre privatrechtlichen Ansprüche Nichtigkeitsbeschwerden erhoben, blieben diese sämtlich erfolglos. Die von der Generalprokuratur erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes zeigten eine Erfolgsquote von rd 83%. Insgesamt hielt der OGH im Beobachtungszeitraum 145 Gerichtstage ab.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> VfGH 14. 3. 2017, G 249/2016 Pkt VI./2.4.2.

<sup>2</sup> Ratz in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 280 Rz 2.

<sup>3</sup> Zuletzt etwa sah der VfGH keine verfassungs- bzw menschenrechtlichen Bedenken gegen das Konzept des begründungslosen bzw -armen Wahrspruchs der Geschworenen nach § 342 StPO (VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 JSt 2017, 475 (mit Anm von *Stuefer*).

<sup>4</sup> *Schroll* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 23 Rz 1 (Stand 1. 6. 2014, rdb.at).

<sup>5</sup> Ratz, Der Oberste Gerichtshof in Österreich als Grundrechtsgericht, AnwBl 2013, 274ff; OGH-Tätigkeitsbericht 2016, 14.

<sup>6</sup> Siehe insbesondere die Besetzung des verstärkten Senats nach der Geschäftsverteilungsübersicht des OGH ab 1. 9. 2017, Pkt IV. (1 Präs. 1061 – 2882/17k).

<sup>7</sup> *Zechner* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor § 502 ZPO Rz 132 (Stand 31. 3. 2005, rdb.at) mit Verweis auf 4 Ob 2372/96v ZVR 1997/65.

<sup>8</sup> OGH-Tätigkeitsbericht 2016, 14.

## II. STÄRKEN: „DICHT GEKNÜPFTES NETZ VON ANFECHTUNGSKATEGORIEN“<sup>9</sup>

§ 281 Abs 1 StPO normiert als zentrale Norm der Urteilsanfechtung im schöffengerichtlichen Verfahren einen abschließenden Katalog von Nichtigkeitsgründen, welche Fehler der Verfahrensführung, bei der formellen Urteilsbegründung bzw -erledigung, materiell-rechtliche Fehler und (auch) Fehler bei der Strafzumessung abdecken.<sup>10</sup> Die gebräuchlichen Bezeichnungen der gesetzlich vorgesehenen Rügen sind: Besetzungsrüge nach Z 1, Verteidigeranwesenheit nach Z 1a, Nichtiger Akt des Ermittlungsverfahrens nach Z 2, Nichtiger Akt der Hauptverhandlung nach Z 3, Verfahrensrüge nach Z 4, Mängelrüge nach Z 5, Tatsachen- und Aufklärungsrüge nach Z 5a, Rechtswidriges Unzuständigkeitsurteil nach Z 6, Nichterledigung der Anklage nach Z 7, Anklageüberschreitung nach Z 8, Rechtsrügen nach Z 9, Subsumtionsrüge nach Z 10 und Sanktionsrüge nach Z 11. Zweckbezogen lassen sich die Nichtigkeitsgründe in absolute/relative, formelle/materielle und rügepflichtige/nicht rügepflichtige einteilen.

### 1. Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit

Die Vorzüge der Nichtigkeitsbeschwerde ergeben sich nicht zuletzt aus ihrem langen Bestehen – in seinen Grundzügen besteht der Katalog der Nichtigkeitsgründe seit über 150 Jahren.<sup>11</sup> Dadurch konnten sich einerseits systematische Judikaturlinien entwickeln und reifen,<sup>12</sup> andererseits kann auch bei Detailfragen regelmäßig auf etablierte Judikatur zurückgegriffen werden: Im Rechtsinformationssystem des Bundes finden sich – aufbereitet vom Evidenzbüro des OGH – 2.289 Rechtssätze zu § 281 StPO.<sup>13</sup> Diese sind zum Teil zur besseren Übersichtlichkeit und leichteren Rechtsfindung in verästelten Subkategorien abrufbar. Rechtssätze zur Subsumtionsrüge nach Z 11 werden bspw in den (Sub-)Kategorien „Allgemeines“, „Einzelfälle“ und „Abgrenzung zur Berufung“ verwaltet.<sup>14</sup>

Diese lange Tradition, der leichte Zugang zu Entscheidungen iVm dem enumerativen Prinzip bietet ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit.<sup>15</sup> Das System der Nichtigkeitsbeschwerde bzw der OGH wird damit seiner Leitfunktion und dem Allgemeininteresse einheitlicher Rsp mehr als gerecht. Auf die Auswirkungen dieser Vorzüge auf die Einzelfallgerechtigkeit wird im Rahmen der Besprechung der Schwächen noch einzugehen sein.

Als besondere Stärke ist die idR konsequente höchstrichterliche Praxis der amtswegigen Wahrnehmung von (nicht geltend gemachten) materiellen Nichtigkeitsgründen (§ 281 Abs 1 Z 9 bis 11 StPO) anlässlich einer prozessordnungskonform ausgeführten Nichtigkeitsbeschwerde aufzuzeigen: Bei etwa zehn Prozent der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden führt dieses Instrument zur (Teil-)Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung.<sup>16</sup> Hier kommt es im-

mer wieder zu – erfreulichen – Überraschungen. Die Rechtswohlthat des *beneficium cohaesionis* sei hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

### 2. Schnelligkeit

Das Verständnis des OGH der Nichtigkeitsbeschwerde als streng formalisierte Kommunikation mit dem Gericht<sup>17</sup> erlaubt rasche Entscheidungsfindung – vor allem beim „Aus-sortieren“ solcher Rechtsmittel, die den hohen Ansprüchen des Höchstgerichts nicht zu genügen vermögen.<sup>18</sup>

Dazu kommen Neuerungsverbot, *beneficium cohaesionis* und die stete Ausweitung effektiver Mitwirkungspflichten seitens der Angeklagten bei sonstiger Präklusion im Wege der höchstrichterlichen Judikatur. Beides führt zu einer Konzentration der inhaltlichen Aufarbeitung des Prozessstoffs auf eine mehrköpfig besetzte erste Tatsacheninstanz.<sup>19</sup>

In diesem Zusammenhang ist die – im Zivilprozessrecht seitens der Anwaltschaft bis dato vergeblich herbeigesehnte – Möglichkeit der Verlängerung der Frist zur Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde zu erwähnen. Diese kommt Rechtsmittelwerbern bei extremem Verfahrensumfang entgegen.<sup>20</sup>

Dies alles erlaubt die Erledigung von Strafverfahren insgesamt sowie Rechtsmitteln im Besonderen zumeist in verhältnismäßig kurzer, fast immer in angemessener Frist. Die widrigen Effekte dieses (Selbst-)Verständnisses auf die Einzelfallgerechtigkeit werden sogleich angesprochen.

### 3. Hauptverhandlungsprotokoll

Das Protokoll der Hauptverhandlung hat nicht nur alle wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens zu enthalten, sondern dokumentiert auch den wesentlichen Inhalt der Aussagen von Angeklagten, Zeugen und Sachverständigen. Den Beteiligten steht aber auch das Recht zu, zur Sicherung ihrer Rechte auf der wörtlichen Protokollierung von Teilen einer Aussage zu bestehen.<sup>21</sup>

Das Protokoll eines Hauptverhandlungstags kann durchaus einen Umfang von 30 bis 50 Seiten aufweisen und erweist sich regelmäßig als hilfreicher Arbeitsbehelf

<sup>9</sup> Siehe FN 69.

<sup>10</sup> Birklbauer, Braucht unser Strafprozess ein neues Rechtsmittelsystem (Gutachten), 18. ÖJT 2012 III/1, 100.

<sup>11</sup> Ratz, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 16.

<sup>12</sup> Soyer, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 58.

<sup>13</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, Suchparameter Norm: „§ 281 StPO“ (abgerufen am 17. 10. 2017).

<sup>14</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, Suchparameter Norm: „§ StPO § 281 Abs 1 Z 11 Übs“ (abgerufen am 17. 10. 2017).

<sup>15</sup> Birklbauer, Gutachten, 18. ÖJT 2012 III/1, 118.

<sup>16</sup> OGH-Tätigkeitsbericht 2016, 14; ÖJT 2012 III/1, 117.

<sup>17</sup> Ratz in Fuchs/Ratz, WK StPO § 281 Rz 1 (Stand 1. 4. 2015, rdb.at).

<sup>18</sup> Siehe Pkt III.2.

<sup>19</sup> Ratz, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 28.

<sup>20</sup> Kier in Kier/Wess, Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 12.22; vgl zur Genese dieser Verlängerungsmöglichkeit Zitta/Lewisch/Soyer, Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Strafprozeßordnung 1975, insbesondere Regelungen über Fristen, geändert werden (Strafprozeßrechts-Änderungsgesetz 2000), AnwBl 2000, 539.

<sup>21</sup> Fabrizy, StPO<sup>13</sup> § 271 Rz 6f.

für die Ausführung einer Nichtigkeitsbeschwerde. Wie die deutsche Regelung der auf Formalia beschränkten Protokollführung in der Hauptverhandlung die Ausführung eines Rechtsmittels überhaupt zulässt, ist daher in Österreich schwer bis gar nicht nachvollziehbar.

### III. SCHWÄCHEN: „VERWINKELTES SYSTEM GEHÄSSIGER SCHIKANEN“<sup>22</sup>

#### 1. Formalismenreichtum

Der bestehende Formalismenreichtum und sein stetiges Anwachsen werden seitens der Lehre – soweit es sich dabei nicht gleichzeitig um (Höchst-)Richter handelt – und seitens zahlreicher Vertreter der Anwaltschaft als größte Schwäche der Nichtigkeitsbeschwerde gesehen.<sup>23</sup> Neben der Kritik an den Auswirkungen der diesbezüglichen Rsp trifft vor allem ihre Anwendungspraxis auf heftige Ablehnung, da das Höchstgericht hohe und neue formale Ansprüche formuliert, ohne diese zu begründen bzw aus dem Gesetz methodisch abzuleiten.<sup>24</sup> Als grundsätzliches Problem wird bisweilen auch die lange Tradition des Systems der Nichtigkeitsbeschwerde gesehen, da dieses auf dem dogmatischen Meinungsstand des 19. Jahrhunderts fuße.<sup>25</sup>

Wie in der Folge aufgezeigt wird, erfahren die Verteidigungsrechte durch diesen rigiden Zugang eine erhebliche Beschränkung.<sup>26</sup>

#### 2. Anforderungen an die methodengerechte Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden

Unstrittig hat der OGH in der jüngeren Vergangenheit die formalen Anforderungen an die Rechtsmittelschriften stetig erhöht. Dies reicht von vermeintlichen „Kleinigkeiten“ wie dem Erfordernis der ausdrücklichen Bezeichnung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes<sup>27</sup> bis zur – wie die nachfolgende Darstellung zeigt – offenbar etwas beliebigen Forderung juristisch geordneter Gedankenführung.<sup>28</sup>

Die StPO verlangt, dass der Nichtigkeitswerber den Nichtigkeitsgrund „deutlich und bestimmt bezeichnet“ (§ 285 a Z 2 StPO), woraus der OGH in ständiger und sich weiter entwickelnder Rsp die Mindestanforderungen an ein „für ein Höchstgericht angemessene[s] Argumentationsniveau“<sup>29</sup> ableitet. Mangelt es an dieser methoden-, gesetz- bzw prozessordnungsgemäßen Ausführung, führt dies zur Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung (s dazu Pkt III.3.).

Klaus Schwaighofer kam in Aufarbeitung der Judikatur der letzten zehn Jahre zu folgendem Schluss:<sup>30</sup> Das Höchstgericht berufe sich bei der Zurückweisung von Nichtigkeitsbeschwerden regelmäßig in wiederkehrenden Textbausteinen bzw apodiktisch auf die mangelnde methodengerechte Darstellung des Nichtigkeitsgrundes, ohne auf die konkreten Mängel einzugehen. Die Maßstäbe des Höchstgerichts

blieben daher regelmäßig im Verborgenen oder erschöpfen sich in Allgemeinplätzen, wonach eine nach Maßgabe juristischer Gedankenführung zumindest vertretbare, wenn gleich nicht notwendigerweise zutreffende, Ableitung der Rechtsbehauptung verlangt werde.

Einigermaßen ernüchternd ist *Schwaighofers* Bericht, wonach er „keine Entscheidungen entdecken [konnte], in denen der OGH einem Rechtsmittelwerber, der eine der Judikatur widersprechende Rechtsauffassung vertritt, eine ordentliche, methodengerechte Ableitung aus dem Gesetz bescheinigt“.<sup>31</sup>

Bei näherer Betrachtung erweisen sich die praktizierten überhöhten argumentativen Anforderungen an die Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe als eine Strategie, derartige Nichtigkeitsbeschwerden ohne öffentliche Verhandlung zu erledigen.

#### 3. Forcierte Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung

Der OGH soll nach dem Grundverständnis der StPO über Nichtigkeitsbeschwerden im Rahmen eines Gerichtstags öffentlich verhandeln. Die Zurückweisung nach nichtöffentlicher Beratung soll dagegen die Ausnahme sein und ist demgemäß nur unter engen Voraussetzungen des § 258 d StPO zulässig: Naheliegenderweise bei Verspätung, fehlender Rechtsmittellegitimation oder fehlender Verteidigerunterschrift –<sup>32</sup> aber auch, wenn nach § 285 d Abs 1

<sup>22</sup> Siehe FN 69.

<sup>23</sup> Zuletzt *Schwaighofer*, Die methodengerechte Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden, JSt 2017, 5; aA aus dem Anwaltsstand insbesondere: *Kier*, Brauchen wir ein neues Rechtsmittelverfahren in Österreich? ÖJZ 2013, 120; vgl kritisch zur hRsp stellvertretend für einige aus dem Anwaltsstand *Stuefer*, Bedarf es einer Reform des Rechtsmittelverfahrens im Strafverfahren? JSt 2014, 105; *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafsjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 139; *Ratz*, Replik auf *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafsjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 429.

<sup>24</sup> Siehe FN 23; es finden sich bisweilen eingängige Argumente in der Lit, die jedoch auf einem außerrechtlichen Ansatz zu basieren scheinen: „Für Beschäftigungsspiele nach Art einer Osteriersuche sollte sich ein Rechtssystem, das ernst genommen werden will, zu schade sein“; „Dabei ist es doch geradezu natürlich, eine Begründung zu verlangen, wenn man nicht versteht, wie der andere zu seiner Beurteilung kommt“ (*Ratz*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 2 und 38); „Um eine [ . . . ] ohnehin aussichtslose Nichtigkeitsbeschwerden ohne viel Aufhebens rasch zu erledigen [ . . . ]“ (*Ratz*, Mit dem OGH in Strafsachen ins Gespräch kommen, RZ 2012, 158 [163]).

<sup>25</sup> Sehr pointiert aA: *Ratz*, Überprüfung von Entscheidungen durch den OGH in Strafsachen, ÖJZ 2010, 983 (990 aE).

<sup>26</sup> *Weixelbaum*, Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens – Gebot der Stunde oder Ladenhüter, AnwBl 2017, 180 ff (180).

<sup>27</sup> *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafsjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 139 (140 f).

<sup>28</sup> Instruktiv zur Genese und Diskussion: OGH 11. 2. 2003, 11 Os 2/03 JBl 2003, 884 (mit Glosse von *Bertel*); OGH 17. 12. 2003, 13 Os 151/03 JBl 2004, 531 (mit Glosse von *Burgstaller*).

<sup>29</sup> Die Urheberschaft für diese Wortwendung wird immer wieder dem OGH zugeschrieben, wodurch der Vorwurf von „Selbstherrlichkeit“ mitzuschwingen scheint. Dabei wird übersehen, dass die Wendung den Gesetzesmaterialien zum Substantierungsgebot des § 3 GRBG entstammt (Mat zit in *Kier* in *Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> GRBG § 3 Rz 15 mwN [Stand 1. 10. 2011, rdb.at]).

<sup>30</sup> *Schwaighofer*, Die methodengerechte Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden, JSt 2017, 5 ff (7).

<sup>31</sup> *Schwaighofer*, Die methodengerechte Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden, JSt 2017, 5 ff (7).

<sup>32</sup> *Seiler*, Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 285 d StPO, Juridikum 3/00, 149.

- Z 1 iVm § 285a Z 2 StPO der Nichtigkeitsgrund nicht deutlich und bestimmt bezeichnet ist (zum Maßstab, s oben Pkt III.2.), oder
- Z 2 StPO der Senat einstimmig erachtet, dass die Beschwerde, ohne dass es einer weiteren Erörterung bedarf, als offenbar unbegründet zu verwerfen sei (§ 285d Abs 1 Z 2 StPO) – das gilt nur im Hinblick auf die Nichtigkeitsgründe nach Z 1 bis 8 sowie Z 11, somit nicht für die materiellen Nichtigkeitsgründe (Rechtsrügen nach Z 9 sowie die Subsumtionsrüge nach Z 10).

Der OGH hat den Anwendungsbereich dieser Ausnahmebestimmung in den letzten Jahren konsequent ausgeweitet und macht heute von den selbstgeschaffenen Möglichkeiten reichlich Gebrauch.<sup>33</sup> Wenngleich eine mündliche Verhandlung in diesem Verfahrensstadium aus grundrechtlicher Sicht nicht zwingend erforderlich ist,<sup>34</sup> sieht sich diese höchstgerichtliche Praxis zum Teil heftiger Kritik ausgesetzt.<sup>35</sup> Die wesentliche Schwäche dieser Judikaturlinie sei am Umgang mit materiellen Nichtigkeitsgründen dargestellt:

Die materiellen Nichtigkeitsgründe nach Z 9 und 10 sind der Zurückweisung nach § 285d Abs 1 Z 2 StPO ausdrücklich entzogen. Fragen des materiellen Rechts sollen somit nach dem Wortlaut der Bestimmung im öffentlichen Gerichtstag behandelt werden, selbst wenn es sämtliche Mitglieder des erkennenden Senats gleichsam für sinnlos erachten sollten und das Rechtsmittel nicht anders erledigt werden kann.<sup>36</sup> So erhellt sich auch der Hintergrund der oben skizzierten strengen Judikatur zur deutlichen und bestimmten Bezeichnung der Nichtigkeitsgründe: Geht der Nichtigkeitswerber in seinen Ausführungen zum materiellen Recht von der Judikatur des OGH ab, führt dies zu keiner inhaltlichen Auseinandersetzung, sondern zu einer Zurückweisung mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes, auch wenn die Rechtsansicht des Nichtigkeitswerbers methodisch vertretbar ist. Die Zurückweisung erfolgt dann nach § 285d Abs 1 Z 1 StPO – dafür genügt einfache Stimmenmehrheit.

Da diese Vorgehensweise offenbar kaum Arbeitersparnis für die Richterschaft bedeutet,<sup>37</sup> dürfte die Motivation auch in den geringen Erwartungen an den Nutzen des offenen Diskurses bzw den Erkenntnisgewinn durch Abhaltung eines Gerichtstages liegen: Eine mündliche Verhandlung macht für *Ratz* nur dort Sinn, wo der unmittelbare Eindruck gefragt sei – also bei Tatfragen,<sup>38</sup> in welche sich der OGH ohnehin nicht verirren soll. Das Lösen von Rechtsfragen dagegen sei „eine Tätigkeit, die am besten allein vorgenommen wird, um hernach die gewonnenen Ergebnisse mit denjenigen der anderen Senatsmitglieder abzugleichen und so schließlich zu einer Einigung zu kommen“.<sup>39</sup> Vor diesem Hintergrund ist es nicht weiter verwunderlich, dass die mündlichen Verhandlung mit den Parteien (vertretern) an verschiedenen Stellen als „kaum eine Rolle [spielendes]“, „unsinniges Zeremoniell“

und „Rechtstheater“ beschrieben wird.<sup>40</sup> Während das Öffentlichkeitsprinzip mit einem gewissen Augenzwinkern adressiert wird,<sup>41</sup> werden dafür die (prozess-)ökonomischen Vorteile hervorgehoben: Die Nichtigkeitswerber etwa ersparen sich so frustrierte Anreisen und erhöhte Anwaltskosten.<sup>42</sup>

Diese Praxis ist nicht nur im Hinblick auf die Einzelfallgerechtigkeit und das Öffentlichkeitsprinzip problematisch, sie hat auch negative Auswirkungen auf die Leitfunktion des Höchstgerichts: Denn so liegt nicht nur die Entscheidung über die Aufgabe von Judikaturlinien allein beim OGH, sondern kann sich das Höchstgericht so jeglicher unmittelbaren öffentlichen Diskussion darüber verschließen.<sup>43</sup> Indem der OGH den Nichtigkeitswerbern verwehrt, eine derartige inhaltliche Auseinandersetzung zu initiieren, entzieht das Höchstgericht seine Judikaturlinien der parteigetriebenen Weiterentwicklung.

#### 4. Ausweitung formaler Hürden im Wege richterlicher Rechts(fort)bildung

In einer nunmehr über zehn Jahre andauernden Entwicklung<sup>44</sup> postuliert der OGH Formalvoraussetzungen und Obliegenheiten für die Verteidigung in erster Instanz, welche dem Gesetz bisweilen nicht ausdrücklich zu entnehmen sind. In der Begründung entspricht das Höchstgericht seinen eigenen Ansprüchen an methodengerechter Darstellung nicht immer.<sup>45</sup>

<sup>33</sup> Vgl die Anzahl der Gerichtstage, Pkt I.2.

<sup>34</sup> *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 285d Rz 1 mwN (Stand 16. 5. 2017, rdbat).

<sup>35</sup> Zum Ganzen s insbesondere *Schmoller*, Der OGH in Strafsachen. „Wahrer einheitlicher Rechtsauslegung“ oder „Schulmeister der Anwälte“? in FS Stolzlechner (2013) 607 (613 ff mwN).

<sup>36</sup> *Ratz*, Mit dem OGH in Strafsachen ins Gespräch kommen, RZ 2012, 158 (162).

<sup>37</sup> *Ratz*, Zurückweisung nicht gesetzmäßig ausgeführter Nichtigkeitsbeschwerden, *juridikum* 3/00, 146 (148); *Ratz*, Mit dem OGH in Strafsachen ins Gespräch kommen, RZ 2012, 158 (164).

<sup>38</sup> Manche Autoren gehen so weit, die wissenschaftlichen Beiträge *Ratz'* als offizielle Positionierung des OGH zu werten (so zB *Schmoller*, Der OGH in Strafsachen. „Wahrer einheitlicher Rechtsauslegung“ oder „Schulmeister der Anwälte“? in FS Stolzlechner [2013], 607 [FN 14]). Dem ist nicht zu folgen, da sich der OGH wohl nur in Senaten zu äußern vermag. Trotzdem kommt den Beiträgen *Ratz'* idZ nicht zuletzt kraft seiner Funktion erhebliche Bedeutung zu.

<sup>39</sup> *Ratz*, Mit dem OGH in Strafsachen ins Gespräch kommen, RZ 2012, 158 (161).

<sup>40</sup> *Ratz*, Zurückweisung nicht gesetzmäßig ausgeführter Nichtigkeitsbeschwerden, *juridikum* 3/00, 146 (147); *ders*, Mit dem OGH in Strafsachen ins Gespräch kommen, RZ 2012, 158 (161).

<sup>41</sup> „Gerechtigkeit darf nicht nur geschehen, sie muss auch anschaulich werden – gewiss. Öffentliche Verhandlungen sind in hervorragender Weise geeignet, die Tätigkeit der Gerichte zu kontrollieren – nochmals gut. Und selbstverständlich: *Judex non calculat*; die Kosten eines öffentlichen Gerichtstages dürfen keine Rolle spielen.“ So zB die einleitenden Worte von *Ratz*, Zurückweisung nicht gesetzmäßig ausgeführter Nichtigkeitsbeschwerden, *juridikum* 3/00, 146.

<sup>42</sup> *Ratz*, Mit dem OGH in Strafsachen ins Gespräch kommen, RZ 2012, 158 (162); *Markel*, Der OGH als oberste Instanz in Strafsachen, RZ 2006, 110 (116).

<sup>43</sup> *Schmoller*, Der OGH in Strafsachen. „Wahrer einheitlicher Rechtsauslegung“ oder „Schulmeister der Anwälte“? in FS Stolzlechner (2013) 607 (621 ff).

<sup>44</sup> *Soyer*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 57.

<sup>45</sup> Siehe FN 24.

Hervorzuheben ist hier die Erweiterung der bzw die schleichende Einführung von effektiven Rügepflichten durch Einführung von Widerspruchs- oder Antragsobliegenheiten:<sup>46</sup> etwa bei der Nichtefferktuierung des erfolgreichen Beweisanspruchs<sup>47</sup> oder dem Unterlassen der unmittelbaren Beschlussbegründung.<sup>48</sup>

Neben dem Eröffnen gesetzlich nicht vorgesehener Fallen und Fehlerquellen hat diese Judikatur eine erhebliche Einschränkung der strategischen und taktischen Möglichkeiten der Verteidigung zur Folge: Der Verteidiger ist – bei sonstiger Präklusion des Nichtigkeitsgrundes – gezwungen, prozessuale Konflikte unmittelbar in der ersten Instanz auszutragen und so möglicherweise die Atmosphäre zu beschweren.<sup>49</sup> Darunter leidet auch die Funktion des Höchstgerichts, „Rute im Fenster“ des Tatgerichts zu sein.

Der Zweck bestimmter Formvoraussetzungen scheint sich in der (Pflicht zur) Einhaltung der Form zu erschöpfen, etwa das Verlangen nach einer Entscheidung durch den Senat<sup>50</sup> oder der Aufrechterhaltung von oder Verweis auf schriftliche Anträge.<sup>51</sup> Hier sind auch ausufernde Begründungserfordernisse bei Beweisansprüchen zu erwähnen.<sup>52</sup>

## 5. Großzügiges Hinwegsehen über Fehler des Erstgerichts

Während der OGH beim Nichtigkeitswerber höchste Maßstäbe an die Kommunikation mit dem Höchstgericht setzt, zeigt sich das Höchstgericht bei Urteilen nachsichtiger:

Wenngleich Rügeobliegenheiten damit begründet werden, dass der Verteidiger das Gericht nicht sehenden Auges Fehler machen lassen soll,<sup>53</sup> hat im Gegensatz dazu das Gericht beim vertretenen Angeklagten grundsätzlich keine Manuduktionspflicht – einzige Ausnahme ist das „völlige Versagen“ eines Verfahrenshelfers.<sup>54</sup>

Das Urteil ist stets in seiner Gesamtheit zu betrachten;<sup>55</sup> zusätzlich wird dem Erstgericht großer Spielraum bei dem Gebot der gesetzlich normierten „gedrängten Darstellung der Entscheidungsgründe“ (§ 270 Abs 2 Z 5 erster Satz StPO) eingeräumt. Die Nichtigkeitsbeschwerde hingegen muss die Fundstelle des kritisierten Vorgangs im Akt präzise bezeichnen.<sup>56</sup>

Prozesstaktik der Strafverfolgungsbehörden erfährt ebenso großzügige wie kritikwürdige Bestätigung – so etwa taktische Verfahrenstrennungen.<sup>57</sup> Prozesstaktischen Verteidigungsmaßnahmen wird hingegen mit geradezu grundsätzlicher Ablehnung begegnet und rasch ein Riegel vorgehoben – selbst wenn sich diese im Rahmen des Wortlauts der StPO bewegen: So lässt sich etwa die Rechtsmittelfrist durch Begebung und Bestellung eines Verfahrenshilfsverteidigers anstelle eines Wahlverteidigers während laufender Rechtsmittelfrist nicht verlängern.<sup>58</sup>

Dies führt zum Ergebnis, dass es letztlich strukturell bedingt einfacher ist, ein erstinstanzliches Urteil schriftlich auszufertigen als eine erfolgreiche Nichtigkeitsbeschwerde zu verfassen.<sup>59</sup>

## 6. Eingeschränkte Tatsachenrüge

Als weiterer wesentlicher Mangel wird die nur sehr eingeschränkt mögliche Bekämpfung von Tatsachenfeststellungen der Kollegialgerichte gesehen: Hier kommt es zu einer erheblichen Rechtsschutzlücke zwischen formell richtig erzeugter Wahrheit und geradezu unerträglich unrichtigen Feststellungen. Diese Schwäche wird in der Folge näher analysiert.

### IV. VERBESSERUNGSPOTENTIAL UND FAZIT

#### 1. Form Follows Function: Verbesserung durch Annäherung an den Anspruch materieller Wahrheit

Die Mängelrüge nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO erlaubt keine Nachprüfung der Beweiswürdigung der kollegialgerichtlichen Entscheidung, sondern steckt lediglich die Grenzen der freien Beweiswürdigung anhand formaler Kriterien ab.<sup>60</sup> Diese Formalkriterien beziehen sich auf die schriftliche Ausfertigung der Begründung von Tatsachenfeststellungen und betreffen Unvollständigkeit, keine oder offenbar unzureichende Begründung, Undeutlichkeit und Widersprüchlichkeit des Ausspruchs über entscheidende Tatsachen. Was darunter zu verstehen ist, erklären ausziselierte Judikaturlinien, die sich im Rechtsinformationssystem des Bundes in 400 Rechtssätzen niederschlagen.<sup>61</sup> Anhand dieser Judikaturlinien lassen sich Urteile anfechtungsfest ausfertigen: Maßstab ist angesichts der Judikatur offenkundig nicht die materielle Wahrheit bzw der Anspruch an materielle Wahrheitsfindung, sondern formal-logische Genauigkeit.

Als Reißleine gegen Willkür lässt der OGH die Tatsachen- und Aufklärungsrüge nach Z 5 a bei geradezu unerträglichen Feststellungen greifen.<sup>62</sup> 93 Rechtssätze legen den

<sup>46</sup> *Tipold*, Von Rügen und Anträgen. Der Verteidiger als Beistand des Gerichts, JSt 2010, 19; *Birklbauer*, Gutachten, 18. ÖJT 2012 III/1, 104; aus der Praxis der Strafverteidigung: *Kier* in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 12.75.

<sup>47</sup> *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 317f (Stand 1. 4. 2015, rdb.at).

<sup>48</sup> *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 315f (Stand 1. 4. 2015, rdb.at).

<sup>49</sup> *Birklbauer*, Gutachten, 18. ÖJT 2012 III/1, 96ff; *Ratz*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 33f.

<sup>50</sup> OGH 12. 8. 2014, 14 Os 77/14 a AnwBl 2015/8408 (mit krit Glosse von *Flora*).

<sup>51</sup> *Kier* in *Kier/Wess*, Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 12.79; *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 309f (Stand 1. 4. 2015, rdb.at).

<sup>52</sup> *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 139 (142).

<sup>53</sup> *Ratz*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 40; *Tipold*, Von Rügen und Anträgen. Der Verteidiger als Beistand des Gerichts, JSt 2010, 19ff.

<sup>54</sup> 11 Os 114/14 w EvBl-LS 2015/47 = AnwBl 2015, 330; *Soyer/Schumann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 57 Rz 112 (Stand: 1. 2. 2017, rdb.at).

<sup>55</sup> RIS-Justiz RS0119370.

<sup>56</sup> RIS-Justiz RS0124172 (T 4).

<sup>57</sup> *Bertel* in *Bertel/Venier*, StPO § 36 Rz 8.

<sup>58</sup> *Soyer/Schumann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 63 Rz 33ff (Stand: 1. 2. 2017, rdb.at); zur grundsätzlichen Ablehnung: *Ratz*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 33f und 40.

<sup>59</sup> *Birklbauer*, Gutachten, 18. ÖJT 2012 III/1, 94.

<sup>60</sup> *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 397 (Stand 1. 4. 2015, rdb.at).

<sup>61</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, Suchparameter Norm: „§ 281 Abs 1 Z 5 StPO“ (abgerufen am 18. 10. 2017).

<sup>62</sup> *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 470ff (Stand 1. 4. 2015, rdb.at).

außerordentlich hohen Maßstab der Rsp dar.<sup>63</sup> Es ist offenkundig, dass das Höchstgericht durch Z 5 a kein Einfallstor für eine kritische Auseinandersetzung mit der Beweiswürdigung des Erstgerichts eröffnen möchte.<sup>64</sup>

Für den Nichtigkeitswerber besteht somit eine Rechtsschutzlücke zwischen formal korrekt erzeugter Wahrheit und Willkür. Liegt die materielle Wahrheit gleichsam dazwischen, lässt sich diese mit Nichtigkeitsbeschwerde nicht geltend machen. Die hiesige Kritik richtet sich nicht gegen das Bestehen dieser wohl unvermeidbaren Rechtsschutzlücke, sondern gegen ihre unangemessene Größe und Tiefe.

Im Wege der Judikatur lässt sich diese Schlucht wohl auch nicht schließen: Einerseits ist sie durch etablierte und stRsp geradezu einzementiert, andererseits lässt sich der OGH nach den Erkenntnissen von zuletzt, etwa *Schwaighofer*, auch auf keine Diskussion ein. Aus hiesiger Sicht ist diese Lücke daher durch den Gesetzgeber zu schließen bzw auf ein vertretbares Ausmaß zu reduzieren.<sup>65</sup>

## 2. Fazit: Geheimwissenschaft und Rechtsmittelverfahren als „Herzstück des Verfahrens“?

Die Darstellung der Stärken und Schwächen des Systems der Nichtigkeitsbeschwerde zeigt eines sehr deutlich: Die Wertung kann nicht unabhängig von der Position des Wertenden gesehen werden.

„Die Hauptverhandlung bildet den Schwerpunkt des Verfahrens“ postuliert § 13 Abs 1 StPO. Manche verorten den Verfahrensschwerpunkt im Ermittlungsverfahren.<sup>66</sup> *Ratz* betrachtet das Rechtsmittelverfahren mit nachvollziehbaren prozessualen Argumenten als „Herzstück des Strafverfahrens“.<sup>67</sup> Angesichts des bloß formellen Wahrheitsanspruchs des Verfahrens über die Nichtigkeitsbeschwerde geht die Ansicht *Ratz* klar zulasten des Anspruchs an die materielle Wahrheitsfindung und die Funktion des Höchstgerichts, auch Einzelfallgerechtigkeit sicher- und herzustellen.<sup>68</sup>

Als „verwinkelt System gehässiger Schikanen“ von den einen kritisiert,<sup>69</sup> von den anderen als „dicht geknüpftes Netz von Anfechtungskategorien“ gepriesen,<sup>70</sup> verläuft die Grenzziehung nicht eindeutig. Auch Vertreter der Verteidigung loben mitunter Rechtssicherheit und Möglichkeiten, welche die „Geheimwissenschaft“<sup>71</sup> Eingeweihten eröffnet.<sup>72</sup> Es deutet vieles daraufhin, dass die „Wahrheit“ in der Mitte durch den Gesetzgeber festzumachen wäre.

Wie es die vorstehenden Ausführungen andeuten und erwarten ließen, ist die in Österreich seit langem geführte Diskussion über die Reform des Rechtsmittelverfahrens der StPO mittlerweile zu einer never ending story geworden. Ein rechtspolitischer Ausblick, der den Rahmen dieses Vortrages nicht sprengt, verdient es dennoch, abschließend unternommen zu werden, um so den bei der 4. Gemeinsamen Sitzung in Leipzig gestarteten länderübergreifenden

Dialog sowohl für und in Deutschland als auch für und in Österreich zu befördern.

## V. RECHTSPOLITISCHER AUSBLICK

Vorauszuschicken ist, dass in Österreich auch länger zurückblickend keine empirische Untersuchung zur Rechtswirklichkeit und Effizienz des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens zur Verfügung steht. Die Stärken und Schwächen des Rechtsmittelsystems im kollegialgerichtlichen Verfahren lassen sich zwar in intersubjektiv nachvollziehbarer Weise normativ gut orten, die dabei immer mitzudenkende Rechtspraxis kann sich aber nur aus praktischen Erfahrungen generieren, die empirische Validität oder gar Evidenz nicht beanspruchen können. Eine vergleichbare Studie, wie sie vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht ua für Deutschland existiert,<sup>73</sup> ist daher sehr wünschenswert. Bislang wurde die Forderung nach Schaffung rechtstatsächlicher Klarheit<sup>74</sup> leider nicht gehört.

### 1. Teil oder Totalreform?

Die immer wieder erhobene Forderung nach einer zweiten Tatsacheninstanz im kollegialgerichtlichen Verfahren impliziert eine Totalreform, weil es geradezu absurd wäre, dem OGH in Strafsachen diese Aufgabe aufzubürden. Konsequenterweise weitergedacht liefe eine solche Reform auf einen regulären dreiinstanzlichen Rechtsweg in kollegialgerichtlichen Verfahren hinaus, wobei neben den Oberlandesgerichten als zweiter Tatsacheninstanz der OGH als (dritte) Rechtsinstanz angerufen werden könnte.<sup>75</sup>

Aus hiesiger Sicht würde damit – auch wenn man eine anwaltliche Perspektive einnimmt – viel von dem verlorengehen, was die Entwicklung der letzten 20 Jahre durch die Rsp des OGH gebracht hat (und in diesem Beitrag unter Pkt II. dargelegt wird). Eine Totalreform mit allen ihr inhärenten Unwägbarkeiten<sup>76</sup> ist daher nicht der richtige Weg, abgesehen davon, dass die realpolitischen Chancen, eine sol-

<sup>63</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, Suchparameter Norm: „§ 281 Abs 1 Z 5 StPO“ (abgerufen am 18. 10. 2017).

<sup>64</sup> *Ratz*, Überprüfung von Entscheidungen durch den OGH in Strafsachen, ÖJZ 2010, 983 (989); *Soyer*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 58; RIS-Justiz RS0118780, insbesondere letzter Satz; die restriktive Auslegung erachtet der VfGH aus verfassungs- bzw menschenrechtlicher Sicht als zulässig (VfGH 14. 3. 2017, G 249/2016, Pkt VI./2.2.5.).

<sup>65</sup> Siehe hierzu die beim 18. Österreichischen Juristentag in Linz gehaltenen kontroversiellen Referate von *Ratz/Soyer/Pleischl*, 18. ÖJT 2012, III/2.

<sup>66</sup> *Sautner*, Reversible und irreversible Prägungen des Ermittlungsverfahrens, ÖJZ 2017, 902.

<sup>67</sup> *Ratz*, Rechtsmittel gegen Urteile (2015) V.

<sup>68</sup> *Pleischl*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 68 f.

<sup>69</sup> *Löffler*, Strafjustiz im neuen Staate 44 (zit nach *Roeder*, JBl 1960, 525).

<sup>70</sup> *Ratz*, Überprüfung von Entscheidungen durch den OGH in Strafsachen, ÖJZ 2010, 983 (991).

<sup>71</sup> So zum dt Revisionsverfahren: *Dahs*, Handbuch<sup>8</sup> Rz 886 ff.

<sup>72</sup> *Soyer*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 58.

<sup>73</sup> *Becker/Kinzig* (Hrsg), Eine international vergleichende Untersuchung zu Rechtswirklichkeit und Effizienz von Rechtsmitteln I. Rechtsvergleichender Teil II. Empirischer Teil (2000).

<sup>74</sup> Vgl etwa *Soyer*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 67.

<sup>75</sup> IdS *Birkbauer*, Gutachten, 18. ÖJT 2012 III/1 und III/2, 14 f; zustimmend *Pleischl*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2, 78 f.

<sup>76</sup> Mahnend: *Ratz*, Referat, 18. ÖJT 2012 III/2.

che umzusetzen, minimal sind. Eine Teilreform, welche die normativen Defizite des Rechtsmittelverfahrens beseitigt, ohne „das Kind mit dem Bad auszuschütten“, ließe sich demgegenüber rasch realisieren. Sowohl die Richterschaft als auch (Teile der bzw) die Anwaltschaft wären für ein solches gesetzgeberisches Vorhaben uE zu gewinnen.

Die Eckpunkte, die eine Teilreform des kollegialgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens zu adressieren hätte, sollen abschließend im Lichte der in diesem Beitrag unter Pkt III. dargelegten Schwachstellen kurz skizziert werden.

## 2. Notwendigkeiten de lege ferenda

Ohne den OGH zu einer Tatsacheninstanz zu machen, sollte der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5 a StPO in sei-

nem Anwendungsbereich erweitert werden. Der Gesetzgeber sollte darüber hinaus klarstellen, dass der OGH über materielle Rechtsfragen stets öffentlich zu verhandeln hat, es sei denn, der Nichtigkeitswerber macht eine schlechterdings unvertretbare Rechtsansicht geltend. Im Zusammenhang mit den oben aufgezeigten formalen Hürden ist die gesetzgeberische Klarstellung erforderlich, dass Gerichtsfehler auch bei Untätigkeit des Verteidigers nicht zu Lasten des Angeklagten gehen dürfen – plakativ gesprochen, dass keine „Manuduktionspflicht“ des Verteidigers gegenüber dem Erstgericht besteht.

# Rechtliche Grundlagen und praktische Probleme des Revisionsverfahrens in Deutschland<sup>1</sup>

Der Beitrag gibt einen Überblick über die rechtlichen Grundstrukturen des strafrechtlichen Revisionsverfahrens in Deutschland. Der Schwerpunkt des Beitrags liegt jedoch nicht auf der Beschreibung der rechtlichen Funktionsweise dieses Rechtsmittels, sondern auf den gravierenden Defiziten, die die Rechtsanwendungspraxis durch den Bundesgerichtshof als oberstes Revisionsgericht erkennen lässt. Es wird aufgezeigt, dass die Rechtsprechung häufiger den Eindruck erweckt, die gesetzlichen Vorschriften zielgerichtet als Steuerungsinstrument zur Erlangung eines jeweils gewünschten Ergebnisses anzuwenden. Die Schwäche des geltenden Revisionsrechts in Deutschland liegt darin, dass die relevanten Rechtsvorschriften eine entsprechend zielorientierte Auslegung ermöglichen.

## I. ÜBERBLICK ÜBER DIE RECHTLICHEN GRUNDSTRUKTUREN DES DEUTSCHEN REVISIONSVERFAHRENS

1. Das Revisionsverfahren ist eine reine Rechtsinstanz, die bei allen schwereren Straftaten, die erstinstanzlich vor den Land-<sup>2</sup> und Oberlandesgerichten<sup>3</sup> verhandelt werden, als einziges Rechtsmittel zur Verfügung steht. Die Berufung als zweite Tatsacheninstanz kommt nur bei weniger gravierenden Strafvorfällen, die erstinstanzlich vor den Amtsgerichten verhandelt werden, zur Anwendung. Das Berufungsurteil kann seinerseits mit dem Rechtsmittel der Revision (vor dem Oberlandesgericht) angefochten werden. Der Grund dafür, dass bei leichteren Straftaten ein dreizügiger Instanzenzug, bei schweren und schwersten Straftaten hingegen nur ein zweizügiger Instanzenzug zur Verfügung steht, liegt darin, dass beim Amtsgericht stets nur *ein* Berufsrichter<sup>4</sup> entscheidet, während bei erstinstanzlichen Verhandlungen an den Land- oder Oberlandesgerichten mindestens *zwei* oder sogar *drei* Berufsrichter an der Entscheidung beteiligt sind. Die Beteiligung mehrerer Berufsrichter soll eine größere Sorgfalt bei der Schuldfeststellung und bei

der Rechtsfolgenbestimmung gewährleisten und deshalb eine zweite Tatsacheninstanz entbehrlich machen.<sup>5</sup>

2a. Das Revisionsverfahren ist so strukturiert, dass das angefochtene Urteil grundsätzlich *unbeschränkt* auf Rechtsfehler überprüft werden kann. Der Revisionsführer muss die Revision innerhalb von einer Woche nach Urteilsverkündung<sup>6</sup> einlegen (§ 341 Abs 1 StPO) und diese innerhalb eines Monats nach Urteilszustellung begründen (§ 345

<sup>1</sup> Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 20. 10. 2017 im Rahmen der vierten gemeinsamen Sitzung der österreichischen STRAKO/ÖRAK sowie des deutschen STRAUDA/BRAK in Leipzig gehalten hat. Gesetzesangaben beziehen sich auf deutsche Gesetze.

<sup>2</sup> Das sind gem § 24 Abs 1 Nr 1 und 2 GVG alle Straftaten, die im konkreten Einzelfall eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe oder die Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung erwarten lassen oder die ausschließliche Zuständigkeit einer Strafkammer als Schwurgericht oder Staatsschutzkammer nach § 74 Abs 2, § 74a GVG begründen. Darüber hinaus ist die erstinstanzliche Zuständigkeit des Landgerichts gem § 24 Abs 1 Nr 3 GVG gegeben, wenn die Staatsanwaltschaft aus einem der dort abschließend aufgezählten Gründe Anklage vor dem Landgericht erhebt.

<sup>3</sup> Das sind gem § 120 Abs 1 und 2 GVG die dort genannten Staatsschutzdelikte.

<sup>4</sup> Als Strafrichter allein, als Vorsitzender des Schöffengericht mit zwei Laienrichtern (Schöffen).

<sup>5</sup> Vgl SSW-Brunner, StPO<sup>2</sup> (2016) Vorbemerkung zu §§ 312ff Rz 4.

<sup>6</sup> Eine Ausnahme regelt § 341 Abs 2 StPO.



**TIDO PARK**  
Der Autor ist Inhaber der Kanzlei PARK | Wirtschaftsstrafrecht in Dortmund (Deutschland), die auf das Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisiert ist. Tido Park ist Fachanwalt für Straf- und Steuerrecht, Honorarprofessor an der Universität Münster und Mitglied im Strafrechtsausschuss der BRAK. Er ist Mitherausgeber verschiedener Fachzeitschriften und durch zahlreiche Fachpublikationen ausgewiesen.

2018/62

Abs 1 StPO).<sup>7</sup> Er muss in seiner Revisionsbegründung deutlich machen, in welchem Umfang er das Urteil anfiucht und ob er Gesetzesverletzungen in sachlich-rechtlicher Hinsicht oder in verfahrensrechtlicher Hinsicht rügt (§ 344 StPO).

2b. Die sog *Sachrüge*, also die Beanstandung des Urteils in materiell-rechtlicher Hinsicht, bedarf keiner Begründung und keiner näheren Konkretisierung. Sie ist bereits zulässig erhoben, wenn der Beschwerdeführer innerhalb der einmonatigen Revisionsbegründungsfrist in allgemeiner Form die Verletzung materiellen Strafrechts rügt. Das Revisionsgericht muss dann das Urteil umfassend auf etwaige sachlich-rechtliche Rechtsfehler überprüfen.

2c. Macht der Revisionsführer *Verstöße gegen Verfahrensrecht* geltend, muss er fristgerecht einen konkreten Rechtsfehler benennen und gem § 344 Abs 2 Satz 2 StPO die zugrunde liegenden Tatsachen angeben, anderenfalls ist die Verfahrensrüge unzulässig erhoben. Dabei muss der Rechtsfehler beweisbar sein, wobei der Beweis regelmäßig nur durch das Hauptverhandlungsprotokoll (vgl § 274 StPO),<sup>8</sup> uU auch durch das Urteil selbst<sup>9</sup> oder im Wege des Freibeweises,<sup>10</sup> erfolgen kann. Ist diesen Anforderungen Genüge getan und das Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler nicht ausgeschlossen, ist die Rüge begründet und führt zur vollständigen oder teilweisen Aufhebung des Urteils. Üblicherweise wird die Sache zugleich im Umfang der Urteilsaufhebung zur neuen Verhandlung zurückverwiesen.

2d. Stellt der Generalbundesanwalt einen entsprechenden Antrag und hält das Revisionsgericht die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet oder zugunsten des Angeklagten für begründet, entscheidet es gem § 349 Abs 2 bzw 4 StPO im Beschlusswege ohne mündliche Verhandlung. Ansonsten entscheidet der BGH nach Durchführung einer Revisionshauptverhandlung durch Urteil.

Insoweit klingt die rechtliche Architektur des Revisionsrechts zunächst nach einem effektiven und in der Anwendung relativ einfachen Rechtsmittel. Betrachtet man allerdings die Rechtswirklichkeit, zeigt sich ein grundlegend anderes Bild.

## II. DIE RECHTSWIRKLICHKEIT DER REVISION IN DEUTSCHLAND

### 1. Zahlenmaterial

Zunächst ein paar Zahlen: Jeder der fünf Strafsenate des BGH bearbeitet pro Jahr durchschnittlich zwischen 600 und 650 Revisionen, wobei die Aufhebungspraxis insgesamt relativ homogen ist.<sup>11</sup> Hinsichtlich der *Aufhebungsquoten* sind allerdings erhebliche Unterschiede zwischen Revisionen der StA und solchen von Verteidigern erkennbar. Nach statistischen Auswertungen zurückliegender Jahre waren in den ausgewerteten Zeiträumen von Revisionen der Staatsanwaltschaft etwa 55–60% ganz oder zumindest teilweise erfolgreich,<sup>12</sup> während dies bei Angeklagtenrevisionen insgesamt in weniger als 10% der Fall war.<sup>13</sup> Als *teilweise er-*

*folgreiche* Revision werden in diesem Sinne solche verstanden, bei denen das Revisionsziel zwar nicht vollständig erreicht wurde, sich die Rechtsposition des Beschwerdeführers aber messbar verbesserte; nicht enthalten sind also bloße Schuldspruchberichtigungen oÄ.<sup>14</sup> Besonders deutlich wird der Unterschied, wenn man die vollständig erfolgreichen Revisionen gegenüberstellt: Hier stehen einem Erfolgsanteil der StA-Revisionen von etwa 40% nur 3% vollumfänglich erfolgreicher Angeklagtenrevisionen gegenüber.<sup>15</sup>

Die unterschiedlichen Erfolgsquoten zwischen StA- und Angeklagtenrevisionen muss man allerdings etwas relativieren: Zum einen ist zu berücksichtigen, dass eine beträchtliche Anzahl der Angeklagtenrevisionen – in den letzten Jahren mehr als 30%<sup>16</sup> – sich darauf beschränkt, nur die allgemeine Sachrüge zu erheben, ohne eine konkrete Rechtsverletzung geltend zu machen. In diesen Fällen geht es zu meist gar nicht wirklich um einen Angriff auf das Urteil, sondern es werden andere Ziele verfolgt wie etwa die Hinauszögerung der Rechtskraft. Zwar verpflichtet die allgemeine Sachrüge das Revisionsgericht zur umfänglichen Überprüfung des Urteils in sachlich-rechtlicher Hinsicht, aber es dürfte auf der Hand liegen, dass revisionsrechtlich unmotivierte allgemeine Sachrügen geringere Erfolgsaussichten haben als substantielle konkrete Revisionsangriffe.<sup>17</sup> Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die hierarchische Struktur der StA zumindest faktisch eine gewisse Filterfunktion gewährleistet, die abwegigen Revisionen Einhalt gebietet. Bei Angeklagtenrevisionen findet sich ein derartiger Filter offenbar weit weniger, und zwar keineswegs nur in den (extrem seltenen) Fällen, in denen der Angeklagte selbst die Revision zu Protokoll der Geschäftsstelle begründet, sondern auch dann, wenn er anwaltlich vertreten ist. Die Gründe hierfür sind zum einen in mangelnder fachlicher Kompetenz und zum anderen offenbar auch in wirtschaftlicher Not mancher Verteidiger zu sehen, aufgrund derer auf Wunsch des Mandanten auch unsinnige Rügen erhoben werden. Jedenfalls beklagen sich Revisionsrichter und Bundesanwälte immer wieder über die teilweise ver-

<sup>7</sup> Bei Angeklagten-Revisionen kann dies gem § 345 Abs 2 StPO entweder durch den Angeklagten selbst zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich durch den Verteidiger erfolgen.

<sup>8</sup> Gem §§ 271 ff StPO ist das Hauptverhandlungsprotokoll aber kein Inhaltsprotokoll, sondern enthält nur die wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung. Lediglich bei den Hauptverhandlungen vor Amtsgerichten sind grds außerdem die wesentlichen Vernehmungsinhalte zu protokollieren, § 273 Abs 2 Satz 1 StPO.

<sup>9</sup> LR-Franke, StPO<sup>26</sup> (2013) § 337 Rz 48 mwN.

<sup>10</sup> BGH, StV 2013, 548 (549 f): Bei einer Verfahrensrüge wegen der Verwertung des Inhalts einer nicht in der Hauptverhandlung eingeführten SMS kann der Nachweis des Verfahrensfehlers, dass eine Einführung des Inhalts der Nachricht in die Hauptverhandlungen auch nicht durch einen Vorhalt gegenüber einem Zeugen erfolgt ist, im Wege des Freibeweises erfolgen.

<sup>11</sup> Nack, NSZ 1997, 153.

<sup>12</sup> Nack, NSZ 1997, 153 (155). Davon waren etwa 40% vollumfänglich und weitere ca 15–20% zumindest teilweise erfolgreich, vgl Barton, StRR 2014, 404 (407).

<sup>13</sup> Barton, StRR 2014, 404 (408).

<sup>14</sup> Barton, StRR 2014, 404 (407).

<sup>15</sup> Barton, StRR 2014, 404 (407).

<sup>16</sup> Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen (1999) 108 f.  
<sup>17</sup> Statistisch belegt bei Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen (1999) 137.

heerende Qualität anwaltlicher Revisionsbegründungen. Aber auch bereinigt um derartige Relativierungen haben von den „ernst gemeinten“ Revisionen solche der StA gegenüber Angeklagtenrevisionen signifikant häufiger Erfolg. Extrem selten sind übrigens erfolgreiche Verfahrensrügen. Die Erfolgsquote liegt bei unter 1%.<sup>18</sup> In den letzten Jahren haben Verfahrensrügen eigentlich nur noch im Bereich von verfahrensbeendenden Absprachen nach § 257c StPO eine halbwegs nennenswerte Rolle gespielt,<sup>19</sup> was auch daran liegen dürfte, dass das BVerfG hier verschiedentlich korrigierend eingegriffen hat.<sup>20</sup>

Insgesamt ist unübersehbar, dass der BGH eine deutliche stärkere Neigung hat, sich mit materiellen Rügen zu befassen als mit dem Verfahrensrecht. Allgemein gilt der Bereich der Verfahrensrüge mittlerweile mehr oder weniger als „totes“ Recht.

## 2. Die praktische Anwendung des Revisionsrechts durch den BGH

Wirft man einen genaueren Blick auf die praktische Handhabung des Revisionsrechts durch die Rsp, erscheint diese weit problematischer, als es die gesetzliche Konzeption erwarten ließe. Problematisch deshalb, weil die Revisionsrechtsprechung sich durch richterliche Rechtsfortbildung in weiten Bereichen sowohl von der Zweckbestimmung der Revision als auch von dem ursprünglichen Regelungsinhalt spezifischer revisionsrechtlicher Vorschriften entfernt hat.<sup>21</sup> Anhand einiger ausgewählter Aspekte sollen dieser Befund und dessen Bewertung als kritisch erläutert werden. Ausgangspunkt soll dabei die *Zweckbestimmung der Revision* sein.

Dem Rechtsmittel der Revision sind nach herrschender Meinung zwei Hauptzwecke zugewiesen, und zwar die Wahrung der Rechtseinheit und die Herbeiführung einer gerechten Einzelfallentscheidung.<sup>22</sup>

### a) Wahrung der Rechtseinheit

Was die Wahrung der Rechtseinheit angeht, sieht diese idealtypisch so aus, dass bestimmte Rechtsfragen durch den BGH für alle nachgeordneten Fachgerichte bindend entschieden werden. Tatsächlich gibt es „den BGH“ als Einheit im Grunde allerdings gar nicht mehr, sondern man muss hinsichtlich der Rsp nach konkreten Senaten differenzieren.

aa) Wie bereits erwähnt, verfügt der BGH über fünf Strafsenate. Deren Zuständigkeit bemisst sich zum einen nach regionalen Gesichtspunkten, so sind jedem einzelnen Senat die Revisionen aus bestimmten Oberlandesgerichtsbezirken zugewiesen. Zum anderen gibt es aber in einigen wenigen Bereichen auch vorrangige fachbezogene Zuständigkeiten, so ist bspw für alle Revisionen in Steuerstrafsachen der Erste Strafsenat zuständig, für Revisionen in Staatsschutzsachen der Dritte Strafsenat und in Revisionen für Verkehrsstrafsachen der Vierte Strafsenat.

bb) Es sind immer wieder voneinander abweichende Entscheidungen verschiedener Senate aufzufinden, ohne dass es zu einer Anrufung des Großen Senats für Strafsachen käme, der von Gesetzes wegen bei auftretenden RspDivergenzen zwischen einzelnen Senaten eine Vereinheitlichung der Rsp gewährleisten soll. In der Praxis scheint sich allerdings die Anrufung des Großen Senats bzw das vorgeschaltete Anfrageverfahren keiner allzu großen Beliebtheit zu erfreuen.<sup>23</sup> Verbreitet ist dabei eine Vermeidungsstrategie in Form einer Gedankenführung, die die divergierende Entscheidung des anderen Senats zwar erwähnt, jedoch darzulegen versucht, dass „hier der Fall anders“ liege oder die anderslautende Entscheidung eines anderen Senats „überholt“ sei, weshalb die Anrufung des Großen Senats nicht veranlasst sei. Dabei erscheint die angegebene Begründung keineswegs immer überzeugend. Teilweise erfolgt gar nicht erst der Versuch einer Begründung, sondern die Divergenz bleibt einfach unerwähnt. Gewissermaßen als Paradebeispiel für derartige Vermeidungsstrategien seien nur die unterschiedlichen Entscheidungen des 1., 3. und 5. Senats zum Bruttoprinzip beim Verfall genannt.<sup>24</sup>

cc) Die Uneinheitlichkeit der Rsp macht jedoch nicht bei einzelnen Senaten Halt, sondern erstreckt sich sogar auf einzelne Spruchgruppen innerhalb derselben Senate. Dazu muss man wissen, dass die BGH-Senate jeweils in einer Besetzung mit fünf Richtern entscheiden.<sup>25</sup> Jeder Senat ist aber überzählig mit üblicherweise sieben bis acht Richtern besetzt, so dass die Senate nach einer senatsinternen Geschäftsverteilung verschiedene Spruchgruppen – auch Sitzgruppen genannt – bilden. Zur „Spruchgruppendifferenz“ folgende Beispiele:

aaa) Dem damaligen Vorsitzenden des Vierten Strafsenats, Herrn Dr. E., wurde Anfang 2012 zugleich die seinerzeit vakante Vorsitzenden-Stelle des Zweiten Senats zugewiesen, und zwar ebenfalls zu 100% seiner Arbeitskraft. Am 11. 1. 2012 vormittags entschied eine Spruchgruppe

<sup>18</sup> *Schlothauer/Weider*, Verteidigung in Revisionsverfahren<sup>2</sup> (2013) Rz 2; *Dahs*, Die Revision im Strafprozess<sup>9</sup> (2017) Rz 1; *Frisch* in FS Fezer (2008) 353 (365 ff); *Rieß* in FS Eisenberg (2009) 569 ff; *Nack*, NSTZ 1997, 153 (159).

<sup>19</sup> Vgl *Frisch* in GedS Weßlau (2016) 127 (129).

<sup>20</sup> Vgl die Ausgangsentscheidung zur Zulässigkeit von Verständigungen im Strafverfahren, BVerfG, NJW 2013, 1058 ff, sowie auch BVerfG 9. 12. 2015, 2 BvR 1043/15 BeckRS 2016, 40841; BVerfG, NJW 2015, 1235 ff; BVerfG, NSTZ 2014, 592 ff; BVerfG, NSTZ 2015, 172 ff zur Mitteilungspflicht gem § 243 Abs 4 StPO.

<sup>21</sup> Dass die Revisionspraxis sich weit von den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers entfernt hat, ist übrigens keineswegs allein Verteidigermeinung (vgl etwa *Dahs*, Die Revision im Strafprozess<sup>9</sup> [2017] Rz 2; *Hamm*, Die Revision in Strafsachen<sup>7</sup> [2010] 13; *Schlothauer*, StraFo 2000, 289 [291]), sondern wird auch von Wissenschaftlern (*Barton* in GedS Weßlau, 2016, 33 [35 f]; vgl auch *ders* in FS Fezer, 2008, 333; *Frisch* in FS Fezer 2008, 353 [360]; vgl auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht<sup>29</sup> [2017] § 55 Rz 32; *Volk*, Grundkurs StPO<sup>8</sup> [2013] § 36 Rz 6) und durchaus auch von BGH-Richtern (etwa *LR-Franke*, StPO<sup>26</sup> [2013] Vor § 333 Rz 1, 4, 9 f) so wahrgenommen.

<sup>22</sup> Teilweise wird daneben auch noch die revisionsrichterliche Verantwortung bei der Rechtsfortbildung betont. Nachweise für alles bei *LR-Franke*, StPO<sup>26</sup> (2013) Vor § 333 FN 28 und 29.

<sup>23</sup> Vgl auch *Hamm*, Die Revision in Strafsachen<sup>7</sup> (2010) Rz 104: „auffällig restriktive Praxis“.

<sup>24</sup> Dazu instruktiv und mit allen Nachweisen *S. Heine*, NSTZ 2015, 127.

<sup>25</sup> § 139 Abs 1 GVG. OLG-Senate entscheiden mit drei Richtern, § 122 Abs 1 GVG.

des Zweiten Strafsenats unter seinem Vorsitz, dass die Besetzung mit einem „Doppelvorsitzenden“ gesetzeswidrig sei.<sup>26</sup> Nur zwei Stunden später am selben Tage entschied eine andere Spruchgruppe desselben Strafsenats – ebenfalls unter dem Vorsitz von Herrn Dr. E – das exakte Gegenteil,<sup>27</sup> ohne auch nur mit einem einzigen Wort auf den gegenläufigen Beschluss der anderen Spruchgruppe desselben Senats einzugehen. Damit aber nicht genug: Am selben Nachmittag – ebenfalls unter dem Vorsitz von Herrn Dr. E. – entschied auch eine Spruchgruppe des Vierten Senats über diese Rechtsfrage und ordnete den Doppelvorsitz als rechtlich unbedenklich ein.<sup>28</sup> Hinsichtlich der Abweichung gegenüber der ersten Entscheidung des Zweiten Strafsenats vom selben Tage führte der Vierte Strafsenat ausdrücklich aus, dass kein Fall der Divergenz vorliege, weil der Zweite Strafsenat diese Rechtsprechung in dem späteren Urteil vom selben Tag aufgegeben habe.<sup>29</sup> Diese rechtliche Einschätzung ist insofern erstaunlich, als der Zweite Strafsenat in der zweiten Entscheidung die Abweichung von der vorangegangenen Entscheidung der anderen Sitzgruppe desselben Senats mit keinem Wort thematisiert hat.<sup>30</sup> Dieser Umgang mit der offensichtlichen Divergenz zwischen drei unterschiedlichen Entscheidungen am selben Tag über dieselbe Rechtsfrage und unter demselben Vorsitzenden löst Befremden aus.

bbb) Im Jahr 2016 gab es ein weiteres Beispiel für eine nicht nachvollziehbare „Spruchgruppendifferenz“ innerhalb desselben Strafsenats, wieder war der Zweite Strafsenat beteiligt: Am 1. 6.<sup>31</sup> und am 22. 9.<sup>32</sup> beurteilten zwei unterschiedliche Spruchgruppen eine bestimmte Rechtsfrage aus dem materiellen Strafrecht genau gegensätzlich.<sup>33</sup> Eine Entscheidung des Großen Senats hielt die zweite Spruchgruppe für entbehrlich, weil der Entscheidung der ersten Spruchgruppe keine Bindungswirkung zukomme.<sup>34</sup> Das war zwar rechtlich in diesem Fall durchaus zutreffend.<sup>35</sup> Aber kurios daran ist, dass die beiden Spruchgruppen, die dieselbe Rechtsfrage unterschiedlich beurteilten, mit vier von fünf (!) Richtern einschließlich des Vorsitzenden personenidentisch besetzt waren.<sup>36</sup>

Eine derart uneinheitliche Spruchpraxis ist nicht nur im Hinblick auf den Revisionszweck der Wahrung der Rechtseinheit problematisch,<sup>37</sup> sondern trägt auch zur Verunsicherung der Rechtsanwender bei.

#### b) Eindruck der Beliebigkeit der BGH-Rechtsprechung

In der Uneinheitlichkeit der Rsp scheint ein Problem auf, das ein wesentliches Kernproblem der RevRsp ausmacht: Sie wird als völlig unkalkulierbar und geradezu beliebig wahrgenommen.<sup>38</sup> Revisionspraktiker und -theoretiker beklagen sich in bemerkenswerter Einmütigkeit immer wieder darüber, dass sich das Ergebnis einer Revision in keiner Weise verlässlich vorhersagen lasse und insofern keinerlei Rechtssicherheit gewährleistet sei.<sup>39</sup>

aa) Die völlige Unkalkulierbarkeit der Revisionsrechtsprechung wird insbesondere im Bereich der sog *erweiterten*

*Revision*<sup>40</sup> deutlich. Darunter versteht man revisionsgerichtliche Eingriffe in die tatrichterliche Beweiswürdigung. Diese ist – ebenso wie die Strafzumessung – nach der gesetzlichen Konzeption des Revisionsrechts „eigentlich“ der revisionsrichterlichen Kontrolle entzogen. Die Beweiswürdigung liegt vielmehr allein in der Verantwortung des Tatrichters, der den Sachverhalt gem § 261 StPO in freier Beweiswürdigung festzustellen hat.<sup>41</sup> In diese Freiheit soll das Revisionsgericht nicht eingreifen; es soll nur überprüfen, ob dem Instanzgericht bei der Anwendung des Verfahrensrechts oder des materiellen Rechts eine Gesetzesverletzung unterlaufen ist.<sup>42</sup> Mittlerweile greift der BGH indessen immer wieder in die Beweiswürdigung ein, wenn er diese für widersprüchlich oder lückenhaft hält. Gleiches gilt für die Strafzumessung. Dies wird allerdings im Einzelfall völlig unterschiedlich gehandhabt.<sup>43</sup> So kommt es bei identischen Sachverhalten vor, dass in einem Fall eine Urteilsaufhebung wegen eines revisiblen Beweiswürdigungsfehlers erfolgt, während in einer anderen Entscheidung ein revisibler Rechtsverstoß unter Hinweis auf die Unantastbarkeit der tatrichterlichen Beweiswürdigung verneint wird.<sup>44</sup> Nach welchem Muster das Pendel im Einzelfall in die eine oder andere Richtung ausschlägt, ist Geheimnis der Revisionsrichter, für den Außenstehenden jedenfalls vollkommen unerfindlich.

bb) Ein anderer Bereich, in dem sich die mangelnde Berechenbarkeit der revisionsgerichtlichen Entscheidung

<sup>26</sup> BGH StV 2012, 204.

<sup>27</sup> BGH StV 2012, 272.

<sup>28</sup> BGH, StV 2012, 209.

<sup>29</sup> BGH StV 2012, 209.

<sup>30</sup> Sie ist auch in der Sache nicht richtig, wie das Urteil BGH 8. 2. 2012, 2 StR 346/11 StV 2012, 273 zeigt; vgl. *Bernsmann*, StV 2012, 274 (275).

<sup>31</sup> BGH, NStZ 2016, 596.

<sup>32</sup> BGHSt 61, 263.

<sup>33</sup> Es ging um die Frage, ob in der Nötigung zur Betäubungsmittelherausgabe eine Schädigung des strafrechtlich geschützten Vermögens des Genötigten zu sehen sei (bejahend die stRsp).

<sup>34</sup> Es hatte sich um eine Anfrage bei den anderen Senaten gem § 132 Abs 3 Satz 1 GVG gehandelt, weil eine Abweichung von der stRsp des BGH beabsichtigt war.

<sup>35</sup> Die anfragende Sitzgruppe hat jedoch mit Urteil v 16. 8. 2017 ausdrücklich *nicht* an ihrer beabsichtigten Abweichung festgehalten und von einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen abgesehen, BeckRS 2017, 123966, Rz 9 (mit Anm. *Müller-Metz*, NStZ-RR 2017, 341 f).

<sup>36</sup> Siehe *Fischer* in FS Schlothauer (2018) 471 (480).

<sup>37</sup> Siehe *Bernsmann*, StV 2012, 274 (275): „Wenn nicht einmal ein Senat in der Lage ist, mit einer Stimme zu sprechen oder zumindest die eine Sitzgruppe die Argumente einer anderen Sitzgruppe zu diskutieren geneigt ist, steht die Rechtssicherheit verbürgende Kohärenz der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Frage“ (Hervorhebung im Original); vgl. auch *Fischer* in FS Schlothauer (2018) 471 (483).

<sup>38</sup> Vgl. *Schlothauer*, StraFo 2000, 289 (291): „Eindruck der Beliebigkeit und des Zufalls“.

<sup>39</sup> *Barton* in GedS Weßlau (2016) 33 (46); *Dahs*, Die Revision im Strafprozess<sup>9</sup> (2017) Rz 3; *Hamm*, StV 1987, 262 (267); *Schlothauer*, StraFo 2000, 289 (290); *Rieß*, Referat auf dem 52. Deutschen Juristentag, Wiesbaden 1978, L 8/17.

<sup>40</sup> Dazu *Barton* in FS Fezer (2008) 33 ff; *Frisch* in FS Fezer (2008) 353 (357 ff).

<sup>41</sup> *Barton* in GS Weßlau (2016) 33 (35); *Volk*, Grundkurs StPO<sup>8</sup> (2013) § 36 Rz 1.

<sup>42</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht<sup>13</sup> (2016) § 29 Rz 559; *Volk*, Grundkurs StPO<sup>8</sup> (2013) § 36 Rz 1.

<sup>43</sup> Vgl. LR-Franke, StPO<sup>26</sup> (2013) Vor § 333 Rz 11, der ausführt, dass diese Entwicklung dazu geführt habe, dass „der Revisionsführer die Chancen einer Revision oft schwer beurteilen kann, weil die Revisionsgerichte die Mittel zum Zugriff auf die tatrichterlichen Feststellungen und Wertungen erkennbar in unterschiedlicher und unterschiedlich intensiver Weise handhaben.“ (vgl. auch die weiteren Nachweise dort in FN 48).

<sup>44</sup> *Barton* in FS Fezer (2008) 333 (345 f); vgl. auch *Fezer*, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? (1974) 52: „doppeltes Spiel“; *ders* in FS Hanack (1999) 331 (336); *Schlothauer*, StraFo 2000, 289 (290).

gen ausprägt, sind die Anforderungen an die Begründung einer Verfahrensrüge gem § 344 Abs 2 Satz 2 StPO, wonach im Falle einer Verfahrensrüge „die den Mangel enthaltenen Tatsachen anzugeben“ sind. Diese eher schlicht anmutende gesetzliche Formulierung hatte ursprünglich nur den Zweck, dem Revisionsgericht den Gegenstand und die Angriffsrichtung der jeweiligen Verfahrensrüge zu verdeutlichen.<sup>45</sup> In der Praxis hat sie sich aber durch Richterrecht zu einem so komplizierten Geflecht von Anforderungen entwickelt, dass selbst hervorragende Rechtskenntnis, gründliche juristische Arbeit und langjährige revisionsrechtliche Erfahrung nicht davor feien, an diesen Anforderungen zu scheitern.<sup>46</sup> Vom BVerfG<sup>47</sup> musste sich der BGH in einem Einzelfall sogar den Vorwurf gefallen lassen, den Zugang zum Revisionsgericht in unzumutbarer Weise beschränkt und damit den verfassungsrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verletzt zu haben.<sup>48</sup> Revisionsführer – Verteidiger ebenso wie Staatsanwälte – werden immer wieder von den Anforderungen an das Rügevorbringen überrascht, die der BGH im Einzelfall für geboten hält.

cc) Die Unkalkulierbarkeit der Revisionsrechtsprechung zeigt sich auch in der sog Beruhensfrage. Die Vorschrift des § 337 StPO setzt für einen Revisionserfolg voraus, dass das angefochtene Urteil auf dem Rechtsfehler beruht, wobei die *bloße Möglichkeit* des Beruhens iS einer Nicht-Ausschließbarkeit genügen soll. In der Praxis scheitern sehr viele Revisionsrügen an diesem Erfordernis. Immer wieder kommt es vor, dass auch bei klaren Gesetzesverletzungen der entsprechenden Rüge der Erfolg versagt bleibt, weil angeblich das Urteil nicht auf dem Rechtsfehler beruhe. Dabei mutet mitunter der Begründungsaufwand erstaunlich an, mit welchem ausgeführt wird, weshalb angeblich noch nicht einmal die *Möglichkeit* eines Beruhens gegeben sei. Erstaunlicherweise hat der BGH in Einzelfällen sogar bei sog absoluten Revisionsgründen iSd § 338 StPO, bei denen das Beruhen von Gesetzes wegen vermutet wird, ungeachtet der gesetzlichen Fiktion der Rüge den Erfolg versagt, weil ein Beruhen des Urteils auf dem Rechtsfehler „denkgesetzlich ausgeschlossen“ sei.<sup>49</sup>

dd) Ein weiterer Punkt, der der Revisionsrechtsprechung den Vorwurf der Beliebigkeit einbringt, ist die Handhabung des Beschlussverwerfungsverfahrens gem § 349 Abs 2 StPO. Stellt der Generalbundesanwalt einen entsprechenden Antrag, kann der Senat eine Revision durch einstimmigen Beschluss gem § 349 Abs 2 StPO als „offensichtlich unbegründet“ verwerfen. Die Beschlussverwerfung war einst als Ausnahmefall gedacht, ist inzwischen aber zur absoluten Regel geworden: Mehr als 85% der Angeklagtenrevisionen erleiden dieses Schicksal.<sup>50</sup> Daran entzündet sich insbesondere in zweierlei Hinsicht erhebliche Kritik:

aaa) Das Gesetz erlaubt eine derartige Beschlussverwerfung nur in Fällen „offensichtlicher“ Unbegründetheit. Das Merkmal der Offensichtlichkeit wird von der Rsp vollständig ignoriert, es ist also keineswegs so, dass nur abwegige

Revisionen im Beschlusswege verworfen werden. Dieses Schicksal wird auch sorgfältig begründeten Revisionen in schwierigen Rechtsfragen zuteil. Der ehemalige Vorsitzende des Zweiten Strafsenats, *Fischer*, berichtet, er habe in 17-jähriger Zugehörigkeit zum BGH nicht ein einziges Mal erlebt, dass dieses Merkmal in Beratungen eine ernsthafte Rolle gespielt habe.<sup>51</sup> Eine derartige Abweichung vom klaren Gesetzeswortlaut offenbart ein bemerkenswertes und aus Verteidigersicht defizitäres Verständnis von richterlicher Gesetzesbindung.

bbb) Noch problematischer ist der Umstand, dass eine Beschlussverwerfung wegen offensichtlicher Unbegründetheit nicht mit Gründen versehen werden muss. Als Rechtfertigung dafür wird angegeben, dass es für den Revisionsführer genügen müsse, dass der Generalbundesanwalt verpflichtet sei, seinen Verwerfungsantrag zu begründen.<sup>52</sup> Der Verzicht auf das Begründungserfordernis des Revisionsgerichts ist ein Kritikpunkt, der immer wieder erhoben wird. Denn was man als Verteidiger erlebt, ist Folgendes: Man gibt sich mit einer Revisionsbegründung wirklich viel Mühe und ist auch der festen Überzeugung, einen durchgreifenden Rechtsfehler gefunden zu haben. Es folgt dann ein Verwerfungsantrag der Generalbundesanwaltschaft – häufig nicht von einem planmäßig dort arbeitenden Bundes- oder Oberstaatsanwalt, sondern von einem dorthin abgeordneten Mitarbeiter – mit einer Begründung, die, gelinde gesagt, nicht überzeugend ist. Man setzt sich also an die Erwidern iSd § 349 Abs 3 Satz 2 StPO<sup>53</sup> und legt noch einmal sorgfältig dar, weshalb der Verwerfungsantrag das Revisionsvorbringen nicht entkräftet, zB weil eine Entscheidung falsch interpretiert oder das Revisionsvorbringen vielleicht nicht richtig verstanden worden ist. Dann kommt der Verwerfungsbeschluss, ohne sich mit einem einzigen Wort mit der Argumentation der Revisionsbegründung bzw der Erwidern auf den Verwerfungsantrag auseinanderzusetzen. Dies lässt einen ratlos und bisweilen frustriert zurück. Dabei geht es gar nicht so sehr um die Tatsache der erfolglosen Revision als solcher – als Anwalt im Allgemeinen wie auch als Strafverteidiger im Besonderen ist man es ja gewohnt, nicht immer Recht zu bekommen –, sondern um die Art und Weise der Sachbehandlung, die von vielen Revisionsverteidigern häufig schlicht als unfair und bisweilen sogar

<sup>45</sup> Statt aller LR-Franke, StPO<sup>26</sup> (2013) § 344 Rz 80.

<sup>46</sup> Die „offizielle“ Begründung der Rechtsprechung für die strengen Anforderungen an den Rügevortrag gem § 344 Abs 2 Satz 2 StPO besteht in einer sachlich zur Bewältigung des Revisionsaufkommens gebotenen Entlastung der Revisionsgerichte, vgl etwa BVerfGE 88, 118 (124).

<sup>47</sup> BVerfG 25. 1. 2005, Az 656, 657, 683/99 Rz 114.

<sup>48</sup> Dass die Revisionsgerichte mehr und mehr dazu übergehen, Zweifel an der Zulässigkeit von Verfahrensrügen zwar zu äußern, jedoch offenzulassen, weil die Rüge jedenfalls *unbegründet* sei, ändert an diesem Befund wenig. Denn auch insoweit gilt, dass die Begründung, aus denen Rügen für unbegründet erachtet werden, keineswegs immer überzeugend ist.

<sup>49</sup> Vgl etwa BGH, NStZ 2006, 713; BGH, NStZ 2011, 233.

<sup>50</sup> *Fischer/Eschelbach/Krehl*, NStZ 2013, 564 (564).

<sup>51</sup> *Fischer* in FS Schlothauer (2018) 471 (474).

<sup>52</sup> BVerfG, NJW 2014, 2563 (2564); BVerfG, NStZ 2002, 487 (488 ff).

<sup>53</sup> Dazu eingehend *Park*, StV 1997, 550 ff.

respektlos empfunden wird.<sup>54</sup> Es mag ja sein, dass der begründungslosen Beschlussverwerfung eine intensive Erörterung der Revision im Senat vorausgegangen ist und dies dem Beschwerdeführer lediglich verborgen bleibt. Das Problem liegt jedoch tiefer: In einem Instanzenzug, in dem die Revision das einzige Rechtsmittel auch bei schwersten Vorwürfen ist, letztinstanzlich durch einen Beschluss ohne Begründung zu entscheiden, erscheint auch unter dem Gesichtspunkt rechtsstaatlicher Rationalität nicht nachvollziehbar. Denn der Nachweis der Willkürfreiheit wird in einem Rechtsstaat üblicherweise gerade durch eine nachvollziehbare Entscheidungsbegründung erbracht. *Fezer* weist insoweit zutreffend darauf hin, dass „*der aus der Begründungslosigkeit der Verwerfung folgende Charakter der Beschlussverwerfung als bloßer Machtanspruch*“ das eigentliche Problem des revisionsrechtlichen Beschlussverwerfungsverfahrens darstelle.<sup>55</sup>

### c) Keine Rechtfertigung durch den Revisionszweck der Einzelfallgerechtigkeit

aa) Ausgangspunkt für all diese Überlegungen war die Zweckbestimmung des Revisionsrechts. Nun könnte man auf die Idee kommen, die uneinheitliche und unkalkulierbare Rsp sei vielleicht im Hinblick auf den Revisionszweck der Wahrung der Rechtseinheit und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit kritisch zu sehen, aber diene doch möglicherweise dem weiteren Revisionszweck der Gewährleistung der Einzelfallgerechtigkeit.

Hier liegt jedoch gerade der Kern der Kritik: Von außen betrachtet entsteht immer wieder der Eindruck, dass es für den Erfolg einer Revision weniger darauf ankommt, ob das angefochtene Urteil wirklich rechtsfehlerhaft zustande gekommen ist, als vielmehr darauf, ob das Urteil nach der eigenen Beurteilung des Senats im Ergebnis richtig ist.<sup>56</sup> Dies gilt nicht nur, aber insbesondere zu Lasten des Angeklagten. Das langjährigen BGH-Richtern zugeschriebene Wort, man werde doch ein „goldrichtiges Urteil“ nicht aufheben,<sup>57</sup> kommt einem hier in den Sinn. Entlarvend ist insoweit auch der Spitzname „Olli-Kahn-Senat“, den der Erste Strafsenat vor einigen Jahren erhalten hat: Die Anlehnung an den früheren Fußballtorwart Olli Kahn erfolgte deshalb, weil jener in dem Ruf stand, häufiger sog „unhaltbare“ Bälle zu halten<sup>58</sup> – diese Qualität wird in Bezug auf Urteile offenbar auch dem Ersten Senat zugesprochen. Bemerkenswert ist, dass dieser Spitzname keineswegs nur außerhalb des BGH Anklang fand, sondern auch innerhalb des BGH – auch bei anderen Senaten – durchaus amüsiert zur Kenntnis genommen wurde.

bb) Wenn der Eindruck entsteht, dass der BGH – überspitzt formuliert – macht, was er will, um zu dem von ihm gewünschten Ergebnis zu kommen, dann mag er dies subjektiv zwar im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit tun. Aber auch wenn dieses ein wichtiger Zweck der Revision ist, soll nach der gesetzlichen Konzeption die Einzelfallgerechtigkeit nur innerhalb der Schranken des Revisions-

rechts hergestellt werden, weil die Wahrung der Verfahrensförmlichkeiten gerade in einem formalisierten Rechtsgebiet wie dem Revisionsrecht ebenfalls zur Einzelfallgerechtigkeit gehört. Indem ein Revisionsgericht sich anmaßt, von seiner Warte aus beurteilen zu können, welches die sachlich richtige Entscheidung ist,<sup>59</sup> überschreitet es die ihm revisionsrechtlich zugebilligte Befugnis. Dies zeigt sich gerade im Bereich der Verfahrensrügen: Zu meinen, man müsse ein „goldrichtiges“ Urteil nicht wegen eines bloßen Verfahrensfehlers aufheben, verkennt die Bedeutung der Formwahrung für ein rationales, rechtsstaatliches Verfahren. Dies hat auch viel mit Rechts- und Entscheidungskultur zu tun.<sup>60</sup>

### d) Rolle des BGH bei der „Deal“-Problematik

Die mangelnde Berechenbarkeit der revisionsrechtlichen Entscheidungen – gerade zu Lasten des Angeklagten – ist ein Hauptproblem der – wenn man so sagen will – „Glaubwürdigkeitskrise“ der Revisionsrechtsprechung.<sup>61</sup> Sie ist auch ein Aspekt, der nach meiner persönlichen Meinung im Zuge der gesamten Diskussion über den strafrechtlichen „Deal“ viel zu kurz gekommen ist. Denn ein Verteidiger, der halbwegs bei Trost ist, kann nicht allen Ernstes in der Instanz mit Blick darauf verteidigen, dass der BGH es schon richten werde, wenn der Angeklagte in eine aus Verteidigersicht eigentlich unangemessene Verfahrensabsprache genötigt werden soll. Und damit sind nicht die Extremfälle der Sanktionsschere gemeint, in denen der BGH dann doch einmal eingegriffen hat, sondern die vielen alltäglichen Fälle etwa im Grenzbereich der Bewährung. Welcher verantwortungsbewusste Verteidiger hätte sich in einer derartigen Situation nicht auf einen eigentlich als unbillig empfundenen „Deal“ eingelassen, weil er ein Scheiternlassen mit anschließendem Gang zum BGH wegen der dort bestehenden Unkalkulierbarkeit als unverantwortlich angesehen hätte?

## III. REFORMÜBERLEGUNGEN

Es gibt in alle Richtungen verschiedenste Reformvorschläge, die jedoch fast immer Einzelaspekte betreffen. Hier sollen nur ein paar Stichworte genannt werden:

<sup>54</sup> Der Eindruck, eine Begründung der Revisionsverwerfung sei deshalb nicht erfolgt, weil diese auf argumentative Schwierigkeiten gestoßen wäre, erscheint nicht immer fernliegend, vgl *Wohlers* in FS Schlothauer (2018) 505 (506) mwN; *Schlothauer*, StV 2004, 340 (341).

<sup>55</sup> *Fezer* in FS Schlothauer (2018) 505 (512) mwN.

<sup>56</sup> *Schlothauer*, StraFo 2000, 289 (290).

<sup>57</sup> Vgl den Verweis auf die entsprechende Äußerung eines ehemaligen Bundesrichters bei *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen (1999) 262, sowie bei *Jahn*, Legal Tribune Online v I. 6. 2010, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-verfahren-gaefgen-gegen-deutschland-wichtige-rechtsfragen-am-falschen-sachverhalt-aufgehaengt/> (abgerufen am 26. 10. 2017).

<sup>58</sup> Vgl DER SPIEGEL 31/2013, S 44.

<sup>59</sup> *Barton*, Die Revisionsbesprechung des BGH in Strafsachen (1999) 261 ff, spricht insoweit von „apokryphen Entscheidungskriterien“.

<sup>60</sup> Vgl *Fischer* in FS Schlothauer 2018, unter VI. Ausblick.

<sup>61</sup> Vgl DER SPIEGEL 31/2013, 44: „Karlsruher Lotterie“ (dort bezogen auf die mutmaßliche Abhängigkeit des Verfahrensausgangs von der Person des Berichterstatters).

1. Die Vorschläge reichen von organisatorischen Maßnahmen innerhalb des BGH wie der Aufstockung der Senate<sup>62</sup> und der wissenschaftlichen Mitarbeiter<sup>63</sup> oder der Entscheidungsberatung stets nach dem Zehn-Augen-Prinzip<sup>64</sup> bis zu gesetzlichen Neuregelungen wie der Vorschaltung eines Kammerentscheidungsverfahrens ähnlich dem beim BVerfG,<sup>65</sup> der ersatzlosen Streichung des Beschlussverwerfungsverfahrens<sup>66</sup> bzw der Einführung einer Begründungspflicht für Verwerfungsbeschlüsse<sup>67</sup> oder ein bindendes Antragsrecht auf Durchführung einer Revisionshauptverhandlung,<sup>68</sup> um nur einige zu nennen.<sup>69</sup> Auch wurde vorgeschlagen, die starre einmonatige Revisionsbegründungsfrist entsprechend der für die Urteilsabsetzungsfrist nach der Dauer der Hauptverhandlung gestaffelten Regelung des § 275 Abs 1 StPO anzupassen, für Verfahren mit umfangreichen Hauptverhandlungen also entsprechend zu verlängern,<sup>70</sup> was gerade für Verfahren extremen Umfangs dringend geboten erscheint. Ganz aktuell, erst von Ende September 2017, ist die Forderung des Zweiten Deutschen Strafkammertages – das ist eine Zusammenkunft von Vorsitzenden Richtern von Strafkammern und Strafsenaten der Oberlandesgerichte –, auch die Sachrüge mit einer Begründungspflicht zu versehen, die allgemeine Sachrüge also abzuschießen.<sup>71</sup>

2. Einige dieser Vorschläge wurden auch in der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens erörtert.<sup>72</sup> Herausgekommen, dh ins Revisionsrecht übernommen worden, ist dort allerdings an nennenswerten Neuerungen nur die Einstellungsmöglichkeit für das Revisionsgericht gegen Auflagen gem § 153a Abs 2 StPO, also nichts Grundlegendes.

3. Das Problem ist, dass in Deutschland derzeit keine wirklich grundsätzliche Diskussion über das Rechtsmittel der Revision als Ganzes stattfindet, die Revision wird deshalb zutreffend auch als „erstarrtes Recht“ bezeichnet.<sup>73</sup> Daran sind allerdings auch die Strafrechtswissenschaft und die

verbandsmäßig organisierte Anwaltschaft nicht ganz unerschuldigt.<sup>74</sup> Abgesehen davon, dass es derzeit in der deutschen Strafrechtswissenschaft so gut wie keine ausgewiesenen Revisionspezialisten gibt, werden in der wissenschaftlichen Diskussion seit langem lediglich hin und wieder punktuell revisionsrechtliche Einzelfragen erörtert. Gleiches gilt für die Anwalts- bzw Strafverteidigerverbände, die das Thema ebenfalls nicht grundlegend genug angehen. Es scheint so etwas wie resignative Distanz vorzuherrschen. Dadurch wird insgesamt den Revisionsgerichten viel zu weitgehend die revisionsrechtliche Deutungshoheit überlassen. Angesichts der offenkundigen derzeitigen Revisionsdefizite erscheint es überfällig, in eine solche Diskussion einzutreten. Es ist gewissermaßen eine „Revision der Revision“ geboten.

<sup>62</sup> *Strauda* lt *Keck*, Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision (2016) 343.

<sup>63</sup> Zu letzterem *Meyer-Göfner* in FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (2009) 668 (671 f).

<sup>64</sup> *Fischer/Eschelbach/Krehl*, StV 2013, 395 (401 f); *Hamm/Krehl*, NJW 2014, 903.

<sup>65</sup> *Schlothauer*, StV 2004, 340 (343).

<sup>66</sup> *Strauda* lt *K Keck*, Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision (2016) 343.

<sup>67</sup> *Döllen/Meyer-Mews*, StV 2005, 4 (5); *Wohlers*, JZ 2011, 78 (81); *Norouzi*, StV 2015, 773 (775).

<sup>68</sup> *Meyer-Mews/Rotter*, StraFo 2011, 14 ff.

<sup>69</sup> Auch wird die Einführung der Verpflichtung vorgeschlagen, dem Revisionsführer vor einer beabsichtigten Beschlussverwerfung ein schriftliches Votum des Berichterstatters zur Stellungnahme zu übersenden, ehe dann ein zweiter Berichterstatter dem Senat mündlich vorträgt und ein weiteres Votum abgibt; *Keck*, Das Beschlussverfahren in der strafprozessualen Revision (2016) 381 ff.

<sup>70</sup> *Grabenwarter*, NJW 2002, 109 ff; *Geipel*, StraFo 2011, 9 ff.

<sup>71</sup> Abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/strafkammertag-in-wuerzburg-richter-formulieren-forderungskatalog-fuer-effektivere-strafverfahren> (abgerufen am 30. 10. 2017)

<sup>72</sup> Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens von Oktober 2015, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht\\_Reform\\_StPO\\_Kommission.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 30. 10. 2017.)

<sup>73</sup> *Rosenau*, Editorial StV 12/2017.

<sup>74</sup> Vgl auch *Fischer* in FS Paefßgen (2015) 752; *Wohlers* in FS Schlothauer (2018) 505 (512).



**STEFAN SCHUMANN**  
Der Autor ist Assistenzprofessor an der Johannes Kepler Universität Linz.

2018/63

# Aktuelle EU-Vorhaben und Vorlagen im Strafrecht

## Fremdrechtsvollstreckung im Strafverfahren durch Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft – Kompetenzerweiterung durch OGH-Vorlage „§ 363 a StPO doppelt analog“?<sup>1</sup>

Der Beitrag befasst sich mit aktuellen Fragen des Zusammenwirkens von Unions- und nationalem Strafverfahrensrecht. Wesentliche Strukturen der im Oktober 2017 beschlossenen Europäischen Staatsanwaltschaft und ihrer konzipierten Tätigkeit als auch transnational tätige Ermittlungsbehörde sowie erste Folgerungen für die Strafverteidigung werden diskutiert. Im zweiten und dritten Teil setzt sich der Beitrag mit einem Vorlagebeschluss des OGH zum EuGH über die Frage einer analogen Anwendung des § 363 a StPO zur Wahrung auch der Rechte aus der Europäischen Grundrechtecharta im Strafverfahren auseinander und nimmt dies zum Anlass, die Möglichkeit zur Nutzung des Vorabentscheidungsverfahrens auch im nationalen Strafverfahren zu diskutieren.

### I. FREMDRECHTSVOLLSTRECKUNG BEI TRANSNATIONALEN ERMITTLUNGEN UND BEWEISMITTELTRANSFER – ZUR ERRICHTUNG UND ZU DEN FOLGEN EINER EUROPÄISCHEN STAATSANWALTSCHAFT (RATSBESCHLUSS v 12. 10. 2017)

#### 1. Sektorale Einführung eines (weitestgehend) einheitlichen grenzüberschreitenden Strafverfahrens

Das – je nach Standpunkt – eher Heilsversprechen oder aber Schreckgespenst einer Europäischen Staatsanwaltschaft geistert seit nunmehr zwei Jahrzehnten durch die Sphären des Europäischen Strafrechts, genauer gesagt: der justiziellen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Strafsachen. Erste detailliertere Konzeptionen einer Europäischen Staatsanwaltschaft lassen sich auf das unter Leitung von *Delmas-Marty* erarbeitete *Corpus iuris zum Schutz der finanziellen Interessen der EU*, in der Erstfassung von 1997,<sup>2</sup> zurückverfolgen. Die Verhandlungen um die jetzt beschlossene Verordnung liefen seit 2013.

Auf der Tagung des Justiz- und Innenministerrats am 12./13. 10. 2017, genauer am Donnerstag, dem 12., war die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft dann beschlossene Sache. Allerdings im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit<sup>3</sup> von 20 der insgesamt 28 Mitgliedstaaten der Union.<sup>4</sup> Dass man es bewusst vermieden hat, den Beschluss am zweiten Sitzungstag, einem Freitag, dem 13., zu fassen, ist nicht zu vermuten. Inhalt und Tragweite des Beschlusses jedenfalls bieten nachdrücklich Anlass, sich auch von Seiten der Strafverteidigung intensiv mit den darin verankerten Konzepten einer Fremdrechtsvollstreckung bei transnationalen Ermittlungen und den weitreichenden Möglichkeiten eines grenzüberschreitenden Beweismitteltransfers auseinanderzusetzen. Denn die nun beschlossene Ausgestaltung stellt konzeptionell eine Vertiefung der Regelungen gegenseitiger Anerkennung dar. Im sachlichen (im

Wesentlichen deliktsbezogen bestimmten) Zuständigkeitsbereich der Europäischen Staatsanwaltschaft wird für grenzüberschreitende Sachverhalte ein fallkonkret einheitliches Ermittlungsverfahren geschaffen. Die schon bis dato mit der zwingenden gegenseitigen Anerkennung zahlreicher Formen strafrechtlicher Entscheidungen vorgenommene Vertiefung klassischen Rechtshilferechts wird ausgebaut und mit einer einheitlichen Verfahrensleitung überwölbt. Aus transnationaler Rechtshilfe wird so nach und nach ein einheitliches transnationales Strafverfahren. In der strafjustiziellen Zusammenarbeit greift also der funktionale Ansatz der europäischen Integration (Spill-over-Effekt) noch immer – ein Integrationsschritt zieht nahezu zwangsläufig das sachlogische Bedürfnis weiterer Integration nach sich,<sup>5</sup> weil dieser Integrationsfortgang gerade von Seiten der Justiz als zentralen Akteuren nachgefragt ist. Dies galt und gilt auch für die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft.<sup>6</sup> Es ist nun an der Anwaltschaft, nicht nur den im Zuge der Umsetzung der im Jahre 2009 beschlossenen EU-Roadmap erreichten Zugewinn an

<sup>1</sup> Der Autor ist Assistenzprofessor und Habilitand an der Abteilung für Unternehmensstrafrecht und Strafrechtspraxis der JKU Linz und als Rechtsanwalt (RAK München) zugelassen. Der Beitrag ist der um einige Nachweise ergänzte Vortrag des Autors auf der 11. Arbeitssitzung der STRAKO des ÖRAK am 21. 10. 2017. Die dort weiters diskutierte Frage eines unionsrechtlich abgeleiteten Schutzanspruchs vor Auslieferung an Drittstaaten bleibt der Verschriftlichung in einem weiteren Beitrag vorbehalten.

<sup>2</sup> *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union* (Druckfassung 1998); ferner *dies/Vervaele* (Hrsg.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States* (2000). Aus der Literatur vgl. jüngst etwa *Brodowski*, *StV* 10/2017, 684 ff.; *Böse*, *JZ* 2/2017, 82 ff.; *Rackow*, *KrimPoz* 5/2017, 295 ff.

<sup>3</sup> Zur rechtlichen Einordnung einer verstärkten Zusammenarbeit *Schumann*, *Die Union, EIN Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts? Chancen und Risiken differenzierter Integration als Methode europäischer Zielerreichung*, in *Leidenmüller/Eder/Weingartner/Winkler* (Hrsg.), *Grundfreiheiten Grundrechte Europäisches Haftungsrecht* (2012) 257 ff.

<sup>4</sup> Es nehmen teil: Österreich, Belgien, Bulgarien, Kroatien, Zypern, die Tschechische Republik, Estland, Deutschland, Griechenland, Spanien, Finnland, Frankreich, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Portugal, Rumänien, Slowenien und die Slowakei.

<sup>5</sup> *Schumann*, *Anerkennung und ordre public am Beispiel der Vollstreckungshilfe bei freiheitsentziehenden Sanktionen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts* (2016) 384.

<sup>6</sup> Siehe ua den Richterappell von Genf v 1. 10. 1996 etc, zur Begründung des Bedarfs nach einer Europäischen Staatsanwaltschaft herangezogen etwa durch KOM(2001) 0715 fin, S 10 (Grünbuch Europäische Staatsanwaltschaft).

Beschuldigten- und Verteidigungsrechten im Interesse des Klienten nutzbar zu machen, sondern sich auch mit dem mit der beschlossenen Europäischen Staatsanwaltschaft einhergehenden verfahrensrechtlichen Regelungen auseinanderzusetzen, die bestehenden eigenen Möglichkeiten auszuloten und dort, wo legislativer oder praktischer Nachbesserungsbedarf für die Gewährleistung eines fairen Verfahrens aus Verteidigungssicht besteht, solches einzufordern, damit aus diesem Projekt kein Freitag, der 13., für die Strafverteidigung in grenzüberschreitenden Fällen zu werden droht.

## 2. Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft

### a) Deliktsbezogene sachliche Zuständigkeit und Ausdehnungsbestrebungen

Die Europäische Staatsanwaltschaft soll als neue Einrichtung der EU zuständig sein „für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer [solche] Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union [begangen haben], die in der [im Juli dieses Jahres beschlossene PIF-RL] vorgesehen und in der VO über die EuStA bestimmt sind“.<sup>7</sup> Die sog PIF-RL ist die am 5. 7. 2017 beschlossene RL 2017/1371/EU über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, umzusetzen bis zum 6. 7. 2019. Kurz: Es geht um die Verfolgung von Straftaten zu Lasten der finanziellen Interessen der EU, jedenfalls bislang. Aber schon jetzt wird eine Ausdehnung der Zuständigkeiten etwa auf Fälle von grenzüberschreitendem Terrorismus gefordert.<sup>8</sup>

### b) Abgrenzungskriterien zur Konzentration der Europäischen Staatsanwaltschaft auf Fälle von wirtschaftlicher Erheblichkeit

Einer der größten Streitpunkte in der Ausgestaltung der EuStA war die Zuständigkeitsverteilung. Grob skizziert wird diese begründet nach dem Territorialitätsprinzip – dabei ist zu beachten, dass an der EuStA als Form verstärkter Zusammenarbeit<sup>9</sup> nicht alle Mitgliedstaaten teilnehmen – und dem aktiven Personalitätsprinzip. Begrenzt wird eine solcherart eröffnete Zuständigkeit der EuStA durch eine allerdings niedrig angesetzte *De-minimis*-Regel (Schaden unter € 10.000,-). Zudem begrenzen Schwerpunktregeln die Zuständigkeit der EuStA, die danach nicht besteht, wenn fallkonkret in der Schwere des Tatvorwurfs die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallenden Begleitdaten überwiegen. Auch bereits eingeleitete mitgliedstaatliche Verfahren können die Zuständigkeit der EuStA zunächst einmal ausschließen, diese hat aber ein zeitlich und sachlich limitiertes Evokationsrecht.

### c) Zuständigkeit für das gesamte Strafverfahren bis zur endgültigen rechtskräftigen Entscheidung

Dass im Art 4 einer stark verfahrensbezogenen Regelung, wie sie die VO über die EuStA ist, von „der Untersuchung,

Verfolgung und Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen haben“,<sup>10</sup> statt von Verdächtigen bzw Beschuldigten gesprochen wird, der Schuldspruch damit sprachlich vorweggenommen zu sein scheint, sollte hoffentlich kein schlechtes Omen für das *standing* der Beschuldigten- und Verteidigungsrechte in solchen Verfahren sein, in denen die Europäische Staatsanwaltschaft wegen solcher – präzise gesagt – Verdachtslagen nicht nur Ermittlungen führen und Strafverfolgungsmaßnahmen ergreifen, sondern auch vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahrnehmen soll, bis das Strafverfahren endgültig abgeschlossen ist.<sup>11</sup> Nicht einbezogen ist damit die Strafvollstreckung, die in den Mitgliedstaaten noch mehr als das materielle und mindestens ebenso wie das Verfahrensrecht erheblich unterschiedlich ausgestaltet ist. Gerade sie entscheidet aber im Fall verhängter Freiheitsstrafen für den Verurteilten maßgeblich über die tatsächlich „erlebte“ Sanktion.<sup>12</sup>

### d) EuStA als hybride Einrichtung: Operative dezentrale Ebene unter engmaschiger Kontrolle der zentralen Ebene

Die geschilderten Zuständigkeitsregeln klingen prima vista nach europäischem Zentralismus, tatsächlich zeigt sich jedoch eine differenziertere Ausgestaltung. Die Europäische Staatsanwaltschaft wird nämlich eine hybride Einrichtung mit zentralen wie dezentralen Elementen sein. Die Verordnung spricht von „einer einheitlichen Behörde mit dezentralem Aufbau“. Auf die Details des Aufbaus kann hier nicht eingegangen werden, vielmehr ist dieser nur insoweit zu skizzieren, als es für die Fragen der Strafverteidigung in Verfahren, die zukünftig von der Europäischen Staatsanwaltschaft, voraussichtlich ab Ende 2020, geführt werden, notwendig ist.

aa) Auf der *zentralen Ebene* wird die *Europäische Staatsanwaltschaft im Wesentlichen aus einem Europäischen Generalstaatsanwalt und einem Europäischen Staatsanwalt je Mitgliedstaat* bestehen. Gemeinsam bilden sie das sog Kollegium. Es ist für die allgemeine Aufsicht, strategische Fragen und allgemeine Fragen zuständig. Das Kollegium als solches trifft jedoch nicht die hier interessierenden operativen Entscheidungen. Aber das ist nur die halbe Wahrheit, wie sich sogleich zeigen wird.

bb) Auf der *dezentralen Ebene* werden *in jedem Mitgliedstaat mindestens zwei Delegierte Europäische Staatsanwälte aus dem nationalen Justizsystem heraus ernannt, der Status als „normaler“ innerstaatlicher Staatsanwalt bleibt daneben bestehen (Doppelhutmodell)*. Diese Delegierten Europäischen Staatsanwälte sind für die von ihnen eingeleiteten

<sup>7</sup> Art 4 Satz 1 VO EuStA.

<sup>8</sup> So Kommissionspräsident Juncker in seiner Rede zur Lage der Union vom 13. 9. 2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_de.htm)

<sup>9</sup> Siehe oben FN 3.

<sup>10</sup> Kursivsetzung durch den Autor.

<sup>11</sup> Art 4 Satz 2 VO EuStA.

<sup>12</sup> Ausführlich dazu Schumann, Anerkennung und ordre public (2016).

oder ihnen zugewiesenen Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen, für Anklageerhebung und -vertretung vor Gericht zuständig. Das klingt im Grundsatz nach Verfahrensleitung.

cc) Der Delegierte Europäische Staatsanwalt unterliegt aber bei wichtigen Weichenstellungen entsprechend des einheitlichen Behördencharakters der EuStA einer *engen Kontrolle und Weisung durch die zentrale Ebene*.

Das ist kein Widerspruch zur zuvor getroffenen Feststellung, nach der das zentrale Kollegium keine operative Kontrolle ausübt. Es werden nämlich aus dem Kreis des Kollegiums sog Ständige Kammern gebildet. Sie bestehen aus einem Vorsitzenden und zwei weiteren ständigen Mitgliedern. Diese Kammern sind es, welche die von den Delegierten Europäischen Staatsanwälten geführten Ermittlungen und Verfolgungsmaßnahmen überwachen und leiten sollen. Insbesondere treffen sie, gegebenenfalls auf Basis eines Entwurfs des Delegierten Europäischen Staatsanwalts, die Entscheidungen über Anklageerhebung, Einstellung, vereinfachte Verfahren, Verweisungen an die nationalen Behörden und Wiederaufnahmeentscheidungen.

Im konkreten Verfahren als Bindeglied zwischen den Ständigen Kammern und die Delegierten Europäischen Staatsanwälte zwischengeschaltet ist jeweils ein Europäischer Staatsanwalt, also ein Mitglied der zentralen Ebene, dem Kompetenzen der Ständigen Kammern übertragen werden können.

### 3. Weitgehend einheitliches anwendbares Verfahrensrecht führt zur Fremdrechtsvollstreckung in transnationalen Fällen

Das anwendbare Verfahrensrecht bestimmt sich (weitgehend) nach der Anbindung des zuständigen Delegierten Europäischen Staatsanwalts.

#### a) Beurteilungsspielräume und Gefahr des forum shoppings

Damit stehen jedoch nicht 20 unterschiedliche Verfahrensrechte zur freien Auswahl, vielmehr ist der zuständige Delegierte Staatsanwalt nach den Kriterien des Schwerpunkts der strafbaren Handlung oder des Großteils von mehreren miteinander verbundenen Straftaten zu bestimmen. Ergibt dies keine klare Zuständigkeit, so sind der gewöhnliche Aufenthaltsort des Beschuldigten, seine Staatsangehörigkeit oder der Ort des größten Schadenseintritts heranzuziehen.<sup>13</sup> Fällen des forum shoppings wird damit zwar entgegenwirkt; sie sind aber keinesfalls ausgeschlossen. So ist schon die Bestimmung des Schwerpunkts der Tat(en) nicht selten mit einem Beurteilungsspielraum verbunden. Die gleichrangige Benennung dreier Kriterien auf der zweiten Beurteilungsebene (Aufenthaltsort, Staatsangehörigkeit, Ort des größten Schadenseintritts) eröffnet weiteren Spielraum.

#### b) Mindestinstrumentarium an verfügbaren Ermittlungsmaßnahmen und (bedrohter?) Schutz der anwaltlichen Schweigepflicht

Die Verordnung verlangt in Art 30, dass in Fällen, in denen das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe (sog Minimax-Strafe) zumindest vier Jahre beträgt, bestimmte Ermittlungsmaßnahmen seitens der StA angeordnet oder beantragt werden können. Dazu gehört das klassische Instrumentarium von Durchsuchung, Sicherstellung und Überwachung, zunächst scheinbar einschränkungslos. Die nachfolgenden Absätze des Art 30 sehen Beschränkungsmöglichkeiten nach Maßgabe des nationalen Rechts vor. So erlaubt Abs 2 die Anwendung von Beschränkungen nach Maßgabe des geltenden innerstaatlichen Rechts bei Berufsgeheimnisträgern, die rechtlich zur Geheimhaltung *verpflichtet* sind. Hier fragt sich: Bezieht dies auch die Ausübung des autonomen anwaltlichen Rechts zu schweigen nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO ein, wenn der Mandant den Anwalt von der Schweigepflicht entbunden hat, also nur noch eine Berechtigung, nicht länger aber eine Verpflichtung zur Geheimhaltung besteht?

#### c) Fremdrechtsvollstreckung, richterliche Genehmigungserfordernisse und andere Konfliktfälle

Anlass zu kritischer Nachfrage bietet auch Art 31 der VO, der die Anordnung grenzüberschreitender Ermittlungen betrifft und sich auf alle Arten der zuvor in Art 30 VO EuStA benannten Maßnahmen bezieht. Danach soll der verfahrensführende Delegierte Europäische Staatsanwalt *nach seinem eigenen Recht diese Maßnahmen auch zur Umsetzung in einem anderen Mitgliedstaat anordnen* und dem im betreffenden anderen Mitgliedstaat ansässigen Delegierten Europäischen Staatsanwalt mit der *Durchführung* nach dessen Recht beauftragen – ganz iS grenzüberschreitender gegenseitiger Anerkennung. Nur im Falle, dass nach dem Recht des Ortes der Ermittlungsmaßnahme eine richterliche Genehmigung erforderlich ist, hat der unterstützende Delegierte Europäische Staatsanwalt nach dem Recht seines Mitgliedstaats diese einzuholen. Wird diese verweigert, so ist die Anordnung der Maßnahme zurückzuziehen.

Die Einbindung der richterlichen Genehmigung nach dem Recht des Vollstreckungsstaatsanwalts – genauer: Vollstreckungsstaats – ist aus Sicht der Strafverteidigung intuitiv überzeugend, werden so doch kumulativ die Anordnungsvoraussetzungen aus ermittelungsleitenden und Durchführungsstaat herangezogen.

Was aber ist bei Ermittlungsmaßnahmen unterhalb der Schwelle des Erfordernisses richterlicher Genehmigung? Hier könnte im Konfliktfall, wenn also die Maßnahme aus Sicht des Vollstreckungsstaats nicht tragfähig ist, die allgemeine Klausel des Art 31 Abs 5 lit b VO EuStA weiterhelfen. Danach hat der unterstützende/vollstreckende Dele-

<sup>13</sup> Art 26 Abs 1, 4 VO EuStA.

gierte Europäische Staatsanwalt sich einerseits mit seinem aufsichtsführenden Europäischen Staatsanwalt in Verbindung zu setzen und zugleich sich mit dem anordnenden Delegierten Europäischen Staatsanwalt zu beraten, um – so wörtlich – „die Angelegenheit in beiderseitigem Einvernehmen zu regeln.“

#### d) Informalisierungsprozesse im Strafverfahren als Gefahr für die Verteidigung

Insgesamt drängt sich dabei der Eindruck auf, die Informalisierung der Rechtshilfe werde hier fortgeschrieben. Informalisierungsprozesse aber bergen die Gefahr, dass sie einer richterlichen Überprüfung mangels klaren Prüfungsmaßstabs nicht zugänglich sind. Etwas Beruhigung verschafft wieder Art 32 VO EuStA. Danach werden die zugewiesenen Maßnahmen im Vollstreckungsstaat nach dem Recht des Vollstreckungsstaats durchgeführt. Formvorschriften und Verfahren, die der auftraggebende Delegierte Europäische Staatsanwalt angegeben hat, sind grundsätzlich einzuhalten. Die im Streben nach möglichst umfassenden Anordnungs- und Beweismitteltransfer sich abzeichnende Informalisierung jedenfalls droht die Möglichkeit zu wirksamer Verteidigung, wie sie das Fair-trial-Prinzip des Art 6 EMRK, Art 48 Abs 2 EU-GRC verlangt, zu beeinträchtigen. Der Rechtshilfespezialist *Schomburg* hat einmal festgestellt, das Schwierigste sei die Auffindung des anwendbaren Rechts.<sup>14</sup> Ähnliches gilt hier: Nur in Kenntnis des anwendbaren Verfahrensrechts kann der anwaltliche Beistand seine vom EGMR beschriebene Aufgabe als „watchdog of procedural regularity“ wahrnehmen.<sup>15</sup> Double defence, begleitet von entsprechenden Verfahrenshilferegelungen, scheint in diesen Fällen geboten. Die Schwierigkeit der Rechtslage dürfte angesichts der geschilderten Regelungen gegeben, der *merits test* als Voraussetzungen einer allfälligen Verfahrenshilfeanordnung bestanden zu sein.

#### e) Rechtsschutz vor nationalen Gerichten

Auf die allgemeine Garantie der Verteidigungsrechte in Art 41 sowie den grundsätzlich vor den nationalen Gerichten zu suchenden Rechtsschutz soll aus Umfangsgründen hier nur verwiesen werden.<sup>16</sup>

## II. ZWISCHENBEMERKUNG: EU-EINFLUSS UND DURCHSETZUNG IM NATIONALEN STRAFVERFAHREN

Die vorherigen Überlegungen zur Ausgestaltung, genauer transnationalen Verzahnung des Strafverfahrensrechts mehrerer Mitgliedstaaten bei zukünftig von der Europäischen Staatsanwaltschaft geführten Strafverfahren mögen Zweifel daran aufkommen lassen, ob der Einfluss des Europarechts auf das österreichische Strafverfahrensrecht aus Sicht der Strafverteidigung zu begrüßen ist. Wenn dieser Eindruck aufgekommen sein sollte, ist dem ein differenzierteres Bild entgegenzusetzen.

Die RLn zur Stärkung der Beschuldigtenrechte – insbesondere die RL 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Verteidigerbeistand – leisten einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung des österreichischen Strafverfahrensrechts. Zu denken ist etwa an die (sich zeitlich überschneidend mehrfache) Reform des § 59 StPO in den Jahren 2016/2017. Hingegen stellt die Neufassung des § 164 Abs 2 Satz 2 und 3 StPO nach hier vertretener Auffassung nicht den von der RL geforderten tatsächlichen, effektiven Zugang zu anwaltlichen Beistand dar, weil temporär sowohl die Dolmetsch- als auch die Beratungsfunktion des anwaltlichen Beistands suspendiert sind.<sup>17</sup> Der Anwalt wird – jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut, anders oftmals in der Praxis – vielmehr auf die Rolle des stummen Protokollführers zurückgeworfen.

Kurz gesagt, scheint es mir hier notwendig, die Unzulänglichkeit der österreichischen Umsetzung im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH vorzulegen. Der Luxemburger Gerichtshof hätte so die Möglichkeit, diese Regelung an den sekundärrechtlichen Vorgaben des Art 3 Abs 3 lit b der RL, aber auch an den unionsprimärrechtlichen Regelungen des Art 48 Abs 2 der EU-Grundrechtecharta zu messen. Dessen knapper Wortlaut – „Jedem Angeklagten wird die Achtung der Verteidigungsrechte gewährleistet.“ – umfasst nach den Erläuterungen zur Charta die gesamten Gewährleistungen der Art 6 Abs 2 und 3 EMRK. Und der EGMR in Straßburg hat in der Folge der *Salduz-E*, namentlich in der Rs *Demirkaya vs Türkei*, nachdrückliche Hinweise dafür gegeben, dass der Zugang zu effektivem Beistand auch während der Vernehmung gewährleistet sein muss, um dem Erfordernis des Art 6 Abs 3 lit c EMRK zu genügen.<sup>18</sup>

## III. EUROPÄISCHER GRUNDRECHTSSCHUTZ IM STRAFVERFAHREN DURCH DEN OGH – § 363 a StPO DOPPELT ANALOG?

### 1. Vorlagefrage: § 363 a doppelt analog als Ausfluss des unionsrechtlichen Loyalitätsgebots?

Der Anlass, diese Diskussion und die Aufforderung, den Weg zum EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV zu suchen, an dieser Stelle nochmals aufzubringen, findet sich in einem aktuell beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahren.<sup>19</sup> Mit diesem wirft der OGH – im Wege einer abstrakten Vorlagefrage zum Loyalitätsprinzip zwischen den Mitgliedstaaten und der EU (nur über diese Auslegung des Unionsrechts

<sup>14</sup> *Schomburg*, StV 1998, 153 (154).

<sup>15</sup> EGMR 30. 9. 1985, 9300/81, *Can/Österreich*, EuGRZ 1986, 274.

<sup>16</sup> Ausführlich *Böse*, JZ 2/2017, 82ff.

<sup>17</sup> *Schumann* in *Stuefer/Pleischl* (Hrsg), *Strafrecht und Strafverteidigung* (2016) 21 (26).

<sup>18</sup> EGMR 13. 10. 2009, 31721/02 § 15; ausführlich *Schumann* in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), *Jahrbuch Öffentliches Recht* (2011) 27, 42ff; *Soyer/Schumann* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), *WK StPO* § 58 Rz 9ff.

<sup>19</sup> OGH 23. 1. 2017, 13 Os 49/16d; EuGH laufende Rs C-234/17 (XL ua).

entscheidet EuGH) – in seiner Vorlagefrage eine potentiell als bahnbrechend zu bezeichnende, aber inhaltlich diskussionsbedürftige<sup>20</sup> Frage zu seiner, des OGH eigenen Rolle bei der Gewährleistung der EU-Grundrechtecharta (GRC) auf, die auch eine Reaktion auf die umstrittene E des VfGH zur EU-GRC zu sein scheint.<sup>21</sup> Die Vorlage des OGH ist aufgrund eines Beschlusses eines Verstärkten Senats ergangen.

Mit der Vorlage knüpft der OGH an die unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art 4 Abs 3 EUV an. Das dort verankerte Loyalitätsgebot verlangt zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts (Effizienzgebot) die Gewährleistung eines äquivalenten, dem innerstaatlichen Recht gleichgelagerten Schutzes für das Unionsrecht (Äquivalenzgebot). Der OGH wirft nun die Frage auf, ob das Loyalitätsgebot in den genannten beiden Ausprägungen – Effizienz und Äquivalenz – gebiete, „eine nationale Regelung zu einem Rechtsbehelf – hier § 363 a StPO und die dazu maßgebende Rechtsprechung [. . . nämlich die analoge Anwendung ohne vorheriges Erkenntnis des EGMR]<sup>22</sup> – über ihren Wortlaut hinaus nicht nur auf Fälle anzuwenden [. . .], in denen jemand vorbringt, in einem Konventionsrecht verletzt worden zu sein, sondern auch auf Fälle, in denen eine Verletzung von aus dem Unionsrecht erwachsenden Grundrechten vorgebracht wird“. Kurz: Gleich der mit seinem Grundsatzerkennnis aus 2007 eröffneten Möglichkeit, statt nachgelagertem Schutz der EMRK-Rechte über oft erst nach Jahren getroffenes Erk des EGMR zu gewähren, nunmehr die Erneuerung auch ohne vorherige Anrufung des EGMR anordnen zu können,<sup>23</sup> strebt der OGH mit der jetzigen Vorlage danach, eine ähnliche Zuständigkeit zur Gewährleistung innerstaatlich letztinstanzlichen Schutzes der EU-GRC noch im laufenden Strafverfahren – positiv gesprochen – zu ermöglichen, vielleicht auch kritisch, aber mit Blick auf Art 92 Abs 1 B-VG zu überlegen, in seinen Händen zu konzentrieren.

## 2. Erwägungen des OGH

Zu Recht führt der OGH für eine solche, dann klar analoge Anwendung des § 363 a StPO ins Treffen, dass die Grundrechte der GRC im Mindestmaß jene Reichweite wie die Grundrechte nach der EMRK haben. Dies ergibt sich aus der Homogenitätsklausel des Art 52 Abs 3 EU-GRC. Der OGH argumentiert, es könnte sich daher beim Vorbringen, in einem Grundrecht nach der GRC verletzt zu sein, um einen ähnlichen Gegenstand und Rechtsgrund handeln wie beim Vorbringen, in einem Konventionsrecht verletzt zu sein, auf das § 363 a StPO dem Wortlaut nach abstellt.

## 3. Kritische Würdigung

### a) Der OGH als Wahrer der Grundrechtseinheit?

Bedeutet das also eine Konzentration der Gewährleistung der EMRK wie der EU-GRC im österreichischen Strafver-

fahren in den Händen des OGH? Immerhin ist die durch die Rsp des OGH 2007 begründete Möglichkeit der unmittelbaren Anrufung des OGH teleologisch-rechtsfortbildend reduziert oder analog § 363 a StPO vom EGMR seit dem Beschluss in der Rs *ATV Privatfernseh-GmbH* vom Herbst 2015<sup>24</sup> als „effective remedy“ anerkannt. Die Nutzung dieser Möglichkeit, gerade bei Entscheidungen über Rechtsbehelfe innerhalb des laufenden Verfahrens, ist damit zwingender Bestandteil der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs und Zulässigkeitsvoraussetzung für die Individualbeschwerde vor dem EGMR. Ist dies also eine Konzentration des Schutzes der Trias erstens, innerstaatlichen und zweitens, konventionsrechtlichen und drittens, unionsrechtlichen europäischen Grundrechtsstandards im Strafverfahren in den Händen des OGH? Ist der OGH, wie *Ratz* es einmal auf einem StrafverteidigerInnentag formulierte, Verfassungs[- und nunmehr auch Unions]gericht[shof]<sup>25</sup> der ordentlichen Gerichtsbarkeit?

Käme es so, dann müsste diese Entwicklung differenziert betrachtet werden: Auf der Habenseite stünde aus Sicht der Strafverteidigung, dass damit ein durchsetzbares subjektives Recht auf zeitnahe Entscheidung über die Verletzung unionsrechtlicher justizieller Grundrechte noch im laufenden Verfahren geschaffen würde. Darauf wird sogleich zurückzukommen sein. Kritisch ließe sich betrachten: Mit der Zuständigkeit geht wohl die – wenn auch aus europarechtlicher Sicht nur faktisch vorläufige – Interpretationshoheit einher. Wiederum positiv gewendet, ließe sich die Vorlagefrage auch als ein Bemühen des OGH um effektiven innerstaatlichen Rechtsschutz und einheitliche Interpretation vergleichbarer Rechte der Grundrechtstrias verstehen.

### b) Strukturelle Unterschiede im Verhältnis des OGH zum EuGH und zum EGMR

Blickt man genauer hin und analysiert im Lichte der Unterschiede zwischen EMRK-Recht und Unionsrecht, also systemisch, so würde auch bei bejahender Antwort des EuGH auf die aufgeworfene Vorlagefrage, also bei Ausdehnung der analogen Anwendung des § 363 a StPO auf die Geltendmachung der Verletzung von Rechten, die durch die Grundrechtecharta der Union gewährleistet werden, keine der dem innerstaatlichen Schutz der EMRK im Strafverfahren vergleichbare Situation geschaffen werden. Warum nicht?

### aa) Nachgelagerte Einbindung des EGMR vs zwischengeschaltete Vorlage an den EuGH

Zum einen unterscheidet sich das Verhältnis von OGH und EuGH bei der Interpretation und Gewährleistung der in der Grundrechtecharta gewährleisteten Rechte deutlich von jenem zwischen OGH und EGMR bei der Gewährleistung der

<sup>20</sup> Siehe dazu schon Anm *Zeder*, JSt 2017, 499.

<sup>21</sup> VfSlg 19.632.

<sup>22</sup> Erläuternde Einfügung durch den Verfasser.

<sup>23</sup> 13 Os 135/06 m.

<sup>24</sup> EGMR 6. 10. 2015, 8842/09.

<sup>25</sup> Einfügung durch den Verfasser.

Rechte der EMRK. Während der EGMR erst durch Individualantrag des Betroffenen, und gerade nicht auf Initiative eines innerstaatlichen Gerichts, zum Zuge kommen kann, ist dies bei der Gewährleistung der Rechte der Grundrechtecharta gerade umgekehrt. Ein Vorabentscheidungsverfahren kann nicht der sich in seinen unionsrechtlichen Rechten verletzt wähnende Betroffene einleiten. Vielmehr sind es die Gerichte der Mitgliedstaaten, die dem EuGH die Frage nach der Auslegung des Unionsrechts, und damit verbunden implizit die Frage nach der abstrakten Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Regelung oder Rechtsauslegung mit diesem Unionsrecht, vorlegen.<sup>26</sup> Das innerstaatliche Gericht kann bzw muss noch im laufenden Verfahren vorlegen, wenn es die Auslegungsentscheidung des EuGH – hier zu den Unionsgrundrechten – zum Erlass der Entscheidung im innerstaatlichen Verfahren für erforderlich erachtet. Während ein unterinstanzliches Gericht vorlegen kann, ist das im konkreten Verfahren letztinstanzliche Gericht – bei Beschwerdeverfahren im Ermittlungsverfahren also das OLG bei entscheidungsrelevanten Zweifeln über die Auslegung – hier konkret: der Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta – zur Vorlage gem § 267 Abs 3 AEUV verpflichtet.

#### **bb) Drohende Beeinträchtigungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter?**

Könnte hier eine positive Beantwortung der Vorlagefrage durch den EuGH zu einer Verschiebung führen? Wäre dann, eine unionsrechtliche Sichtweise zugrunde gelegt, der OGH mit seiner neu gewonnenen Zuständigkeit analog § 363a StPO als im konkreten Verfahren letztinstanzliches Gericht anzusehen, so wäre bei Auslegungszweifeln im Hinblick auf die Grundrechtecharta (auch konkretisiert in den BeschuldigtenRL) und Zweifeln an der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dieser nicht mehr das OLG nach Art 267 Abs 3 AEUV zur Vorlage verpflichtet, vielmehr der OGH. Eine solche These vermag nicht zu überzeugen, ist doch der Erneuerungsantrag nach innerstaatlichem Verständnis ein außerordentlicher Rechtsbehelf. Das letztinstanzliche Gericht ist aus Sicht des Unionsrechts in Betrachtung der konkreten Fallgestaltung zu ermitteln. Außerordentliche Rechtsbehelfe bleiben außen vor. Dies schon deshalb, weil sie keine vollumfängliche Rechtskontrolle ermöglichen und damit auch das Unionsrecht nur im verbleibenden, hier auf Grundrechtsverletzungen beschränkten Prüfungsgegenstand, Maßstab bleiben kann. Es bestünde also die Gefahr, dass auf diesem Wege andere fallkonkret erhebliche Auslegungsfragen des Unionsrechts der Beurteilung durch den EuGH entzogen würden.

Hinzu kommt, dass eine (zu verneinende) Verschiebung der Letztinstanzlichkeit und damit Vorlagepflicht hin zum OGH zwar nichts an der Vorlagebefugnis der unterinstanzlichen Gerichte ändern würde. Eine Verschiebung würde jedoch insoweit eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter mit sich bringen, als dem OLG als zuvor konkret letztinstanzlichem Gericht die Entscheidungspflicht

darüber genommen würde zu beurteilen, ob eine fallerhebliche Auslegungsfrage des Unionsrechts besteht und der EuGH daher mit dieser befasst werden muss. Eine solche Verschiebung der Zuständigkeit müsste dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben und ist wohl auch vom OGH nicht intendiert.

#### **cc) Gesetzlicher Richter II: Acte-clair-Theorie und ihre Grenzen**

Allerdings zeigt sich, dass die Strafgerichte in Österreich vom Vorlagerecht kaum Gebrauch machen. Recherchiert man die Vorlageverfahren zum Europäischen Gerichtshof in Luxemburg betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mit dem Schwerpunkt Strafsachen, ein zugegebenermaßen grobes Raster, so findet sich keine von einem unterinstanzlichen österreichischen Gericht eingebrachte Vorlage. Das mag nicht verwundern, entspringt einem bloßen Vorlagerecht doch keine Pflicht unterinstanzlicher Gerichte zur Vorlage. Selbst aus der unionsrechtlichen Vorlageverpflichtung des fallkonkret letztinstanzlichen Gerichts ist nach bislang herrschender europarechtlicher Meinung kein subjektives Recht auf Vorlage abzuleiten. Aus Sicht des österreichischen Rechts, konkret nach der Rsp des VfGH, stellt aber die Verletzung einer Vorlagepflicht eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter – den EuGH – dar.<sup>27</sup> Nur der EuGH ist nämlich zur letztverbindlichen Auslegung des Unionsrechts berechtigt und verpflichtet. Insofern verspricht der vom OGH angedachte doppelte Analogieschluss zu § 363a StPO vielleicht sogar Besserung – einen stärkeren Dialog zwischen den österreichischen Strafgerichten und dem EuGH.

Vorausgesetzt, der OGH oder auch die Unterinstanzen legen, gem Art 267 Abs 2 AEUV zur Vorlage berechtigt, tatsächlich vor. Ein Entfall der Vorlagepflicht des innerstaatlich letztinstanzlichen Gerichts, Art 267 Abs 3 AEUV, ist europarechtlich die Ausnahme. Die Regel – also Vorlagepflicht – ist weit gefasst und die Ausnahme – Entfall der Pflicht – eng zu verstehen. Eine Vorlagepflicht des letztinstanzlichen Gerichts entfällt nach der *Acte-clair*-Theorie des EuGH<sup>28</sup> nur dann ausnahmsweise, wenn das nationale Gericht festgestellt hat, „dass die richtige Anwendung des [Unions]rechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der [Union] zu beurteilen.“ Genau genommen entfällt die Vorlagepflicht in solchen Fällen nicht. Sie hat, wenn keine Zweifel an der richtigen Auslegung denkbar sind, nie bestanden.

Im Einzelfall, etwa bei der Auslegung des § 164 Abs 2 StPO, würden sich durch Wahrnehmung des Vorlagerechts

<sup>26</sup> Vgl Art 267 AEUV.

<sup>27</sup> VfSlg 14390/1995.

<sup>28</sup> EuGH 283/81, *CILFIT*, Slg 1982, 3415 ff (Leitsatz 5).

neue Chancen der Rechtserkenntnis gewinnen lassen. Die Strafgerichte dürften nur nicht der Versuchung erliegen, die sich in der Rsp des deutschen BGH zeitweilig abgezeichnet hat. Der deutsche BGH in Strafsachen hat vor wenigen Jahren in seiner Rsp zu Auslegungsdiskrepanzen des *ne bis in idem*-Grundsatzes in Art 50 EU-GRC auf der einen und Art 54ff SDÜ auf der anderen Seite eine Tendenz zur Überbeanspruchung dieser *Acte-clair*-Theorie erkennen lassen.<sup>29</sup> Ein Fehlgebrauch der *Acte-clair*-Doktrin würde aus der Perspektive des österreichischen Verfassungsrechts das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzen. Es bliebe daher zu wünschen, dass dies in Österreich keine Schule macht.

#### **dd) Innerstaatlicher statt europäischer Schutz als Ausdruck des Beschleunigungsgrundsatzes?**

Ein letzter Blick soll hier den zeitlichen Konsequenzen der vom OGH aufgeworfenen Frage gelten. Strafverfahren unterliegen vor allem aufgrund ihrer Belastungswirkung dem Beschleunigungsgebot. Aus diesem Blickwinkel ist das Anliegen des OGH ambivalent. Anders als bei der nachgelagerten EGMR-Beschwerde ist das Vorlageverfahren zum EuGH in das laufende Verfahren zu integrieren. Und anders als beim „normalen“ Vorabentscheidungsverfahren etwa im Binnenmarktrecht kann die Vorabentscheidung des EuGH betreffend Auslegungsfragen zum Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf Antrag des vorlegenden Gerichts hin oder auch von Amts wegen in einem Eilverfahren gem Art 107 VfO GH ergehen. Denkbar wäre auch die Entscheidung im beschleunigten Vorabentscheidungsverfahren gem 105 VfO GH. Eine Verkürzung der normalen Verfahrensdauer von 16 auf vier bis sechs Monate,<sup>30</sup> beim Eilverfahren auf zwei Monate,<sup>31</sup> wird in der Literatur berichtet. Für das Jahr 2016 betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer im Eilverfahren, die Zeit also, für die das innerstaatliche Ausgangsverfahren ausgesetzt würde, 2,7 Monate.<sup>32</sup> Jedenfalls in größeren Causen scheint das mit Blick auf manche mehrjährigen Verfahrensdauern, aber auch mit Blick auf die Zeit, die schon eine Einspruchs- oder Beschwerdeentscheidung im Ermittlungsverfahren auf sich warten lassen kann, gut vertretbar. Schon die Unterinstanzen sollten sich daher nicht von der Vorlage entscheidungserheblicher Auslegungsfragen des Europarechts zum EuGH aus eigener Befugnis abhalten lassen.

Exkurs: Der hier diskutierte Beschluss des verSten zur Vorlage an den EuGH datiert v 23. 1. 2017. Er ist beim EuGH registriert worden mit 4. 5. 2017. Eine weitere verfahrensleitende Entscheidung war im Register des EuGH bis Mitte Oktober 2017 nicht ersichtlich. Ob – an der Durchschnittsdauer der Verfahren orientiert – nach den bislang vergangenen sieben Monaten nunmehr in weiteren neun Monaten, also etwa im Juli 2018, mit einer Antwort des EuGH zu rechnen ist, kann hier nicht prognostiziert werden. Es bleibt also spannend.

#### **4. Fazit**

Nach hiesiger Einschätzung, unvorgreiflich der Entscheidung des EuGH, ist zweifelhaft, ob der EuGH die Vorlagefrage bejahen wird. Denn das Unionsrecht lebt auch vom Dialog zwischen den innerstaatlichen, dezentralen „Unionsgerichten“ und dem EuGH, über den die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten wesentlich abgesichert ist. Das in der Vorlage angedeutete Konzept droht aber möglicherweise diesen Dialog eher zu bremsen, als ihn zu befördern. Damit mag zwar eine Arbeitsentlastung für den EuGH potentiell einhergehen, der Einheit des Unionsrechts schiene das Konzept jedoch wenig förderlich. Vielmehr bedarf es einer intensiveren Nutzung der Möglichkeiten des Art 267 AEUV, gerade auch in strafrechtlichen Verfahren.

<sup>29</sup> Auf eine mögliche Tendenz des BGH, in Strafsachen von der *Acte-clair*-Theorie auszugehen, könnten die Entscheidungen BGHSt 56, 11 (16) (bestätigt durch BVerfG, NJW 2012, 1202ff) und BGH-Beschl 19. 6. 2012, 4 Ars 5/12 NJW 2012, 2980ff = HRRS 2012 Nr 644, hindeuten. Kritisch zur Nichtvorlage in der erstgenannten Entscheidung Böse, Die transnationale Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“ und das „Vollstreckungselement“. Zugleich Besprechung von BGH-Beschl 25. 10. 2010, GA 2011, 504 (512); Merkel/Scheinfeld, Ne bis in idem in der Europäischen Union – zum Streit um das „Vollstreckungselement“, ZIS 5/2012, 206 (212f); Zeder, Auswirkungen der Grundrechte-Charta am Beispiel ne bis in idem, JSt 2012, 195 (200). Gegen einen Entfall der Vorlagepflicht argumentieren auch Burchard/Brodowski, Art 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon. Zugleich Besprechung von LG Aachen, StraFo 2010, 179 (185f). Siehe jüngst auch BVerfG, Beschl v 19. 12. 2017, 2 BvR 424/17.

<sup>30</sup> Niedobitek, Grundlagen der Union (2014) Tz 177.

<sup>31</sup> Richter, ZfRV 2010, 148.

<sup>32</sup> Telefonische Auskunft des Pressedienstes des EuGH v 19. 10. 2017.

# Redimensionierung von Opferrechten?

Die gesetzgeberischen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte rückten das Opfer – abseits seiner traditionellen Zeugenrolle – immer mehr in den Fokus des Strafverfahrens. Es stellt sich bei aller Berechtigung der Berücksichtigung von Opferinteressen aber die Frage, ob der (nationale und internationale) Gesetzgeber in letzter Zeit nicht weit über das Ziel hinausschießt, was insbesondere anhand des neu eingeführten Begriffs der „besonderen Schutzbedürftigkeit“ zu nachhaltigem Denken anregen muss.



**ROLAND KIER**  
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2018/64

## I. WOHER DIE OPFERRECHTE KOMMEN<sup>1</sup>

Die Frage nach der – wenn überhaupt möglichen – Redimensionierung von Opferrechten muss historisch betrachtet werden. Denn nur wer die Entwicklung der Opferrechte kennt, wird sich der Problematik bewusst, diese wieder eindämmen bzw in ihre natürlichen Schranken weisen zu wollen.

In den historischen Strafverfahrensrechten war das Opfer über das Mittelalter bis in die Neuzeit ein zentraler Teil des Strafprozesses. Selbst die *Constitutio Criminalis Carolina* (Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532) war noch in dieser Richtung ausgestaltet. Erstmals durch die *Constitutio Criminalis Theresiana* (Peinliche Gerichtsordnung der Kaiserin Maria Theresia vom 31. 12. 1768) wurde die Privatklage des Opfers im österreichischen Strafprozess beendet. Ab diesem Zeitpunkt war die Stellung des von der Straftat unmittelbar Betroffenen für lange Zeit auf seine Zeugenaufgabe zurückgeschraubt. Nur die Beweismiteileigenschaft interessierte den Gesetzgeber. Andere Funktionen oder gar Rechte waren aber nicht weiter interessant. Und so wurde auf das Opfer auch noch im StG von 1803 „vergessen“.

Nach dem Versuch einer gewissen Einschränkung des Inquisitionsprozesses durch die Strafproceßordnung vom 17. 1. 1850 (RGBl 1850/24) wurde dort wieder eine Rechtsgrundlage für einen Privatbeteiligtenanschluss und die Erhebung einer Privatanklage geschaffen. Die Strafproceßordnung vom 29. 7. 1853 (RGBl 1853/1951) setzte dem aber erneut ein Ende und so dauerte es bis zur Strafproceßordnung vom 23. 5. 1873 (RGBl 1873/119), um einerseits den Inquisitionsprozess endgültig zu beseitigen und andererseits dem Institut der Privatbeteiligung ein festes Fundament im Strafverfahren angedeihen zu lassen. Die Rechtslage der Opfer zu dieser Zeit lässt sich natürlich nicht mit unserer heutigen Situation vergleichen. Das zentrale Thema waren damals nämlich nur die Schadenersatzansprüche des Opfers. Alle anderen (emotionalen und psychosozialen) Bedürfnisse waren im „täterzentrierten“ Strafprozess des 19. Jahrhunderts noch nicht von Relevanz.

Erst die viktimologische Forschung der 1970er-Jahre setzte die sog „Wiederentdeckung des Opfers im Strafverfahren“ in Gang. Seither steht der kontinuierliche Ausbau der Opferrechte im Kampf mit den damit eingeschränkten Beschuldigtenrechten. Und dieser Ausbau gestaltete sich in fortlaufenden Schritten, die unter anderem auch ei-

nem äußerst erfolgreichen Lobbying der Opferhilfevereine und -organisationen – die sich im Gesetzgebungsprozess sehr oft durchgesetzt haben – zu verdanken sind.

Die **StPONov 1978** (BGBl 1978/169) sah nunmehr Verständigungspflichten bei Verfahrenseinstellung oder Anklagerücktritt (§ 48 a idF BGBl 1978/169), die Verpflichtung der Gerichte bei einer Verurteilung ebenso über die Ansprüche des Privatbeteiligten zu entscheiden und nur dann auf den Zivilrechtsweg zu verweisen, wenn die Ergebnisse des Strafverfahrens nicht ausreichten (§ 366 Abs 2 idF BGBl 1978/169) oder auch die Möglichkeit eines staatlichen Vorschusses auf Entschädigungszahlungen (§ 373 a idF BGBl 1978/169) in der StPO vor. Auch hier fokussierte der Gesetzgeber einzig auf die zivilrechtlichen Ansprüche.

Doch das **StRÄG 1987** (BGBl 1987/605) nahm zum ersten Mal auf die besonderen psychosozialen Bedürfnisse der Opfer Bedacht. Mit diesen nationalen Bemühungen (auch von Opferhilfevereinen und -organisationen) gingen aber auch internationale Schritte auf dem Gebiet des Opferschutzes, zB eineinhalb Jahrzehnte später der Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 15. 3. 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (RB 2001/220/JI; ABl L 2001/82) einher, der wiederum auf die nationalen Gesetzgebungen ausstrahlte.

Mit dem **StRÄG 1987** wurde dann in weiterer Folge der Versuch unternommen, der sekundären Viktimisierung der Opfer entgegenzutreten, wobei hier der Gedanke vorherrschte, dass neben der primären Schädigung des Opfers durch die Tathandlung selbst, eine weitere – sekundäre – Schädigung durch die „informellen und formellen Reaktionen auf die Opfersituation“ eintreten kann. Das Verhalten der am Strafverfahren Beteiligten (Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft, Gericht, Verteidigung, Beschuldigter/Angeklagter) gegenüber dem Opfer kann sich zB in Form geringschätziger bzw auch herabwürdigender (oftmals auch ständig wiederholter) Befragung oder Behandlung etc manchmal noch negativer auf die psychische Verfassung des Opfers auswirken als die Primärtat selbst.

Das damalige Gesetzeswerk sah folglich die Einführung von Belehrungspflichten der an der Strafverfolgung beteiligten Behörden hinsichtlich der Rechte des Verletzten im Strafprozess (§ 47 a Abs 1 idF BGBl 1987/605), die Ver-

<sup>1</sup> Dieser erste Teil ist großteils bzw nahezu wortgleich der Kommentierung des Autors in WK-StPO § 10 Rz 1 ff entnommen. Auf die dort angeführten weiterverweisenden Literaturzitate sei explizit hingewiesen.

pflichtung zur Bedachtnahme auf dessen höchstpersönlichen Lebensbereich (§ 47a Abs 2 idF BGBl 1987/605, § 228 Abs 2 idF BGBl 1987/605), die Einführung von Auskunftsbefreiungen, die Einführung der Zeugnisverweigerungsrechte der Opfer von Sexualstraftaten (§ 153 Abs 2 idF BGBl 1987/605) wie auch die Möglichkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung über derartige Delikte (§ 229 Abs 2 idF BGBl 1987/605) zum Zwecke der Verhinderung sekundärer Viktimisierung vor. Nicht vergessen werden darf aber auch die Möglichkeit des Opfers zur Beiziehung einer Vertrauensperson bei der Vernehmung, woraus in der Folge die erst ab 2006 eingeführte psychosoziale Prozessbegleitung hervorging (§ 162 Abs 1 und 2 idF BGBl 1987/605).

Der nächste Schritt im Bereich der Opferrechte wurde schließlich durch das **StPÄG 1993** (BGBl 1993/526) gesetzt, indem für gewisse Behörden die Anzeigepflicht in jenen Fällen eingeschränkt wurde, in denen die Durchführung von amtlichen Aktivitäten ein gewisses Vertrauensverhältnis voraussetzte (zB Jugendämter, Familien- oder Suchtgiftberatungsstellen) oder aber wenn und solange hinreichende Gründe für die Annahme vorlagen, die Strafbarkeit werde binnen kurzem durch schadensberichtigende Maßnahmen (zB tätige Reue iSd § 167 StGB) entfallen (§ 84 Abs 2 idF BGBl 1993/526). Ebenso wurde dem folgend das Entschlagsrecht der Psychiater, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer und Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung über das, was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist (§ 152 Abs 1 Z 5 idF BGBl 1993/526), in die StPO aufgenommen und damit das Recht der Opfer, derartige Einrichtungen in Anspruch zu nehmen, ohne dabei Gefahr zu laufen, dass der Inhalt dieser Beratungen zum Gegenstand des öffentlichen Verfahrens würde, festgelegt. Dass dies manchmal zu einer Beeinträchtigung der materiellen Wahrheitsfindung führen kann, hat der Gesetzgeber dabei wissentlich hingenommen. Als wesentlichste Neuerung im Bereich des Opferschutzes ist aber in diesem Gesetzeswerk die Einführung der kontradiktorischen Einvernahme zu vermerken, die damals erstmals eine eingeschränkte Befragung im Interesse des Zeugen, besonders mit Rücksicht auf sein geringes Alter oder seinen seelischen oder gesundheitlichen Zustand, ermöglichte und damit der sekundären Viktimisierung entgegenwirken wollte (§ 162a Abs 2 idF BGBl 1993/526). Auch sah die Novelle ein damit einhergehendes Entschlagsrecht von Unmündigen, welche Opfer einer Straftat wurden, nach Durchführung einer kontradiktorischen Einvernahme (§ 152 Abs 1 Z 3 idF BGBl 1993/526) vor bzw wurde für diese eine obligatorische Beiziehung einer Vertrauensperson bei dieser Vernehmung eingeführt (§ 162 Abs 3 idF BGBl 1993/526). Ebenfalls dem Opferschutz diente damals auch die Normierung der anonymisierten Zeugeneinvernahme bei Gefährdungssituation des Zeugen/Tatopfers (§ 166a idF BGBl 1993/526) wie auch die Möglichkeit der über Antrag gewährten schonenden (in

Abwesenheit des Angeklagten durchgeführten) Vernehmung von Zeugen in der Hauptverhandlung (§ 250 Abs 3 idF BGBl 1993/526). Letztlich sah § 162 Abs 2 und 3 BGBl 1993/526 das Recht der Beiziehung einer Vertrauensperson für sämtliche Zeugen vor.

Die Entwicklung der Opferrechte machte aber niemals halt. Durch das **StrÄG 1996** (BGBl 1996/762) mussten einem Schöffensenat in Sittlichkeitsverfahren (§§ 201 bis 207 StGB) zumindest ein Richter oder ein Schöffe des Geschlechts des Angeklagten und des Geschlechts des Opfers angehören (§ 13 Abs 5 idF BGBl 1996/762) und bei Geschworenengerichten zumindest jeweils zwei Geschworene dieses Kriterium erfüllen (§ 300 Abs 2a idF BGBl 1996/762).

Das **StrÄG 1998** (BGBl I 1998/153) gewährte schließlich – auch über 14-jährigen – Personen, die durch die dem Beschuldigten zur Last gelegte strafbare Handlung in ihrer Geschlechtssphäre verletzt worden sein könnten, die Möglichkeit auf schonende kontradiktorische Einvernahme. Mit dem ging dann auch deren Entschlagsrecht einher und wurde ihnen insbesondere das Recht verbrieft, eine kontradiktorische Einvernahme auch zu verlangen (§ 152 Abs 1 Z 2a, § 162a Abs 3 idF BGBl I 1998/153). Man folgte damit der Erkenntnis, dass auch bei über 14-jährigen Opfern von Sexualdelikten die massive Gefahr „sekundärer Viktimisierung“ besteht. Auch hier wurde die damit einhergehende Beeinträchtigung der materiellen Wahrheitsfindung vom Gesetzgeber akzeptiert. Folglich wurde genau deshalb auch die kontradiktorische Befragung von unter 14-jährigen Sexualopfern verpflichtend – und nicht nur über deren Antrag – eingeführt (§ 162a Abs 3 idF BGBl I 1998/153). Folglich sah auch das StrÄG 1998 die mögliche Beiziehung eines Sachverständigen bei der kontradiktorischen Einvernahme von anderen – und nicht nur unmündigen – Zeugen (§ 162a Abs 2 letzter Satz StPO idF BGBl I 1998/153) vor und erweiterte die Möglichkeit der abgesonderten Einvernahme von Zeugen in der Hauptverhandlung auf sämtliche Fälle, in denen es vom Gericht im Interesse des Zeugen oder der Wahrheitsfindung als zweckmäßig erachtet wurde (§ 250 Abs 3 idF BGBl I 1998/153).

Dem folgte mit der **StPNov 1999** (BGBl I 1999/55) die Ausweitung des außergerichtlichen Tatausgleichs auf die Erwachsenenkriminalität durch die Einfügung der Diversionsregelungen in die StPO (§§ 90a ff idF BGBl I 1999/55). Nunmehr musste das Opfer in die Bemühungen um einen außergerichtlichen Tatausgleich miteinbezogen werden und war das erfolgreiche Zustandekommen desselben von dessen Zustimmung abhängig, sofern das Opfer eine solche nicht aus nicht berücksichtigungswürdigen Gründen verweigerte (§ 90g Abs 2 idF BGBl I 1999/55). Auch sah die Novelle die Verpflichtung vor, die Interessen des Opfers zu berücksichtigen und im größtmöglichen Ausmaß zu fördern (§ 90i Abs 1 idF BGBl I 1999/55). Der Beschuldigte sollte fortan nicht nur die materiellen Nachteile des Opfers ausgleichen, sondern sich unter Zuhilfenahme eines Kon-

fliktreglers auch mit den emotionalen Auswirkungen seines Handelns im Seelenleben des Opfers auseinandersetzen (§ 90g idF BGBl I 1999/55).

Den internationalen Bemühungen um den Opferschutz, wie eben dem oben erwähnten Rahmenbeschluss, ist es geschuldet, dass der Gesetzgeber den bislang wohl wesentlichsten Schritt im Bereich des Opferschutzes – das **StrPRG 2004** (BGBl I 2004/19) – setzen musste. Während noch im Diskussionsstadium zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens und selbst noch in der Regierungsvorlage zum Strafprozessreformgesetz die Opferrechte nur in Grundzügen vorgesehen waren, ist es der Verdienst der Opferschutzeinrichtungen, dass diese Rechte im Gesetzwerdungsprozess immer weiter ausgebaut wurden. Das Ergebnis dieser Bemühungen finden wir heute über die ganze StPO verstreut (zentral in den §§ 10, 65ff StPO).<sup>2</sup>

Als einzige Einschränkung von Opferrechten seit den 1970er-Jahren ist das **Budgetbegleitgesetz 2009** (BGBl I 2009/52) zu erwähnen, dass diese Rechte aufgrund der damit einhergehenden teils extrem ausufernden Belastung der Staatsanwaltschaften und Gerichte in Teilbereichen reduzierte.

Die Regelungswut des Gesetzgebers im Bereich der Opferrechte ebte aber dennoch nie ab. Das **BGBl I 2009/142** sah folglich für Opfer von Gewalt in Wohnungen (§ 38a SPG) oder Opfer gem § 65 Z 1 lit a eine Antragstellung auf unverzügliche Verständigung vom ersten unbewachten Verlassen der Justizanstalt und der bevorstehenden oder erfolgten Entlassung des Strafgefangenen durch Veranlassung des Anstaltsleiters vor (§ 149 Abs 5 StVG idF BGBl 2009/142).<sup>3</sup>

Auch wollte man durch das **strafrechtliche Kompetenzpaket (BGBl I 2010/108)** erhöhte Transparenz staatsanwaltlicher Entscheidungen erreichen und führte deshalb ua die Begründungspflicht des § 194 Abs 2 StPO auf Antrag des Opfers ein.

Doch auch der internationale Gesetzgeber setzte seine Bemühungen fort und verpflichtete schließlich durch die **RL Opferschutz**<sup>4</sup> den innerstaatlichen Gesetzgeber zum Handeln, worauf im Folgenden noch eingegangen wird.

Durch das **BGBl I 2013/2** wurde schließlich die Regelung des § 156d StVG abgeändert und kommt Opfern von Sexualstraftaten iSd § 52a StGB, die eine Verständigung nach § 149 Abs 5 StVG beantragt haben, nunmehr das Recht auf Äußerung zu einem Antrag des wegen dieser Taten verurteilten Strafgefangenen auf Vollzug einer zeitlichen Freiheitsstrafe in Form des elektronisch überwachten Hausarrests zu. Wird ein derartiger Vollzug in der Folge bewilligt, so ist ein solches Opfer hiervon auch zu verständigen. Für die Wahrnehmung dieser Antrags- und Anhörungsrechte hat das Opfer einer im § 52a Abs 1 StGB genannten strafbaren Handlung Anspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung in sinngemäßer Anwendung des § 66 Abs 2 StPO (§ 156d Abs 3 StVG).

Noch im selben Jahr wurden die Opferrechte durch das **Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013 (BGBl I 2013/**

**116)** in Form einer Erweiterung des § 66 Abs 2 zweiter Satz StPO dergestalt geändert, dass für Opfer, die in ihrer sexuellen Integrität verletzt worden sein könnten und das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, zwingend eine psychosoziale Prozessbegleitung beizugeben ist.

Durch das **StPRÄG 2013** (BGBl I 2013/195) wurde – in Umsetzung der RL 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 10. 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren – durch die damalige Novellierung des § 66 Abs 1 Z 5 idF des BGBl I 2013/195 vorerst nur das Recht auf Dolmetschleistungen nach § 56 Abs 2 und 7 idF des BGBl I 2013/195 übernommen, hingegen das Recht auf schriftliche Übersetzung der wesentlichen Aktenstücke (§ 56 Abs 1 iVm Abs 3 idF des BGBl I 2013/195) noch einer weiteren Novellierung vorbehalten.

Auch das **StPRÄG 2014** (BGBl I 2014/71) machte die Anwendung des damit eingeführten Mandatsverfahrens des § 491 idF BGBl I 2014/71 unter anderem davon abhängig, dass die Rechte und gerechtfertigten Interessen des Opfers keine Beeinträchtigung erfahren (§ 491 Abs 1 Z 3 idF BGBl I 2014/71).<sup>5</sup> Um diese Interessen festzustellen, wurde dabei auch eine Einvernahmefähigkeit des Gerichts hinsichtlich des Opfers vorgesehen bzw auch darauf verwiesen, dass auch die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 69 vorgesehen ist (§ 491 Abs 3 idF BGBl I 2014/71). Wurden die Rechte und gerechtfertigten Interessen nicht berücksichtigt, wurden dem Opfer auch die Möglichkeit der Erhebung eines Einspruchs gegen die Strafverfügung eingeräumt (§ 491 Abs 6 idF BGBl I 2014/71).

Letztlich zeigt in besonderem Maße auch das **StPRÄG I 2016** (BGBl I 2016/26) auf, wozu der innerstaatliche Gesetzgeber durch die internationalen Bestrebungen auf dem Gebiet des Opferschutzes verhalten ist. Diese Novelle zielte nämlich – in der Folge des sog „Budapest-Fahrplans“ der Europäischen Union – auf die Umsetzung jener Vorgaben ab, die Österreich aus der RL Opferschutz erwachsen. Die gewünschte weitere Verbesserung der Rechtsstellung von Opfern im Strafverfahren wurde somit durch die Einführung des Begriffs der „besonderen Schutzbedürftigkeit“ von Opfern in die StPO (§ 10 Abs 2, §§ 66a, 156 Abs 1 Z 2, § 172 Abs 4 idgF) sowie auch die Erweiterung des Opferbegriffs des § 65 Z 1 lit a sowie b bewerkstelligt. Gleich-

<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass gewisse für die Opferrechte relevante Teile des StrPRG 2004 (BGBl I 2004/19) bereits durch die StPONov 2006 (BGBl I 2005/119) vorab in Kraft traten. So wurden zB die juristische und psychosoziale Prozessbegleitung durch § 49a aF sowie die Informations- und Verständigungspflichten durch § 47a aF etc in die StPO eingefügt.

<sup>3</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass diese Norm in Folge der Umsetzung der RL Opferschutz durch das BGBl I 2016/26 dergestalt geändert wurde, dass nunmehr allen Opfern gem § 65 Z 1 StPO dieses Recht zukommt. Darüber hinaus sind seither die Opfer auch über allfällige dem Strafgefangenen zum Schutz des Opfers erteilte Weisungen zu informieren (§ 149 Abs 5 StVG idgF).

<sup>4</sup> RL 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl L 315 vom 14. 11. 2012.

<sup>5</sup> Für jugendliche Angeklagte wurde das Mandatsverfahren übrigens generell ausgeschlossen, § 32 Abs 4 JGG idF BGBl I 2014/71.

zeitig wurden auch die konkreten Opferrechte in § 66 Abs 1 und § 80 Abs 1 erweitert und die durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2013 (BGBl I 2013/195) noch bestehenden Vorbehalte bzw Einschränkungen hinsichtlich des Rechts des Opfers auf Übersetzungshilfe aufgelöst (§ 66 Abs 3 iVm § 56 idgF). Weitere opferrelevante Änderungen finden sich seither auch in § 106 Abs 4 und § 149 Abs 5 StVG idgF.<sup>6</sup>

## II. WOHN DIE OPFERRECHTE GEHEN (SOLLTEN)

Betrachtet man somit die Entwicklung der Opferrechte in den letzten Jahrzehnten, so zeigt sich damit nicht nur eine zentrale Aufwertung der prozessualen Stellung des mutmaßlichen Opfers im Strafverfahren, sondern auch, dass es dennoch durch all diese Novellierungen zu keiner gänzlichen Gleichstellung der Beschuldigten- und Opferrechte gekommen ist und dies nach Meinung des Verfassers auch in Zukunft verhindert werden sollte. Mit *Miklau* dienen die vorrangigen Beschuldigtenrechte nämlich der Abwehr des Beschuldigten gegen die Übermacht des Staats bei der Strafverfolgung: „Oft wird – in mehr oder weniger saloppen Formulierungen oder auch unausgesprochen – davon ausgegangen, der (mutmaßliche) Täter und das (mutmaßliche) Opfer müssten im Strafverfahren gleich behandelt werden, gleiche Rechte haben usw. Diese oberflächliche Einstellung lässt außer Acht, dass sich der Strafprozess als Anklageprozess (nur) gegen den oder die Beschuldigten (Angeklagten) richtet und aus der Anklägersicht deren Verurteilung herbeiführen will, die in empfindlichem Rechtsverlust (an Freiheit, Vermögen etc) bestehen kann. Gegen die Strafverfolgung und das Strafübel, auf das sie abzielt, muss sich der Beschuldigte im Rechtsstaat mit entsprechend wirksamen Verteidigungsrechten, wie sie in der Menschenrechtskonvention grundgelegt sind, wehren können. Dazu kommt der Umstand, dass der Strafprozess selbst das Mittel ist, um auf rechtsförmigem Wege festzustellen, ob der Tatverdächtige wirklich Täter – und ob das mutmaßliche Opfer wirklich Opfer – ist. Schon von diesem Ausgangspunkt her kann von einer Gleichstellung der beiden keine Rede sein. Dem Opfer kann das Strafverfahren per definitionem kein (zusätzliches) rechtliches Übel auferlegen, mag es im Einzelfall auch als Fortsetzung eines traumatischen Erlebens empfunden werden oder nicht die erwartete Klärung und Genugtuung erbringen. Im Bereich der Wiedergutmachung kann das Strafverfahren zu ausgleichenden Vorteilen für das Opfer führen oder beitragen, aber keine Nachteile mit sich bringen. Vereinfacht gesagt: Der Tatverdächtige/Täter kann im Strafprozess nur verlieren (oder nicht), das Opfer nur gewinnen (oder nicht). Unter diesen Prämissen kann es verfahrensrechtliche Gleichheit von vornherein nicht generell geben.“<sup>7</sup> Aus dieser zutreffenden Analyse heraus ist aber ebenso abzulehnen, dem Opfer die gänzlich gleichen Rechte wie dem Ankläger zu gewähren, da dadurch dem Angeklag-

ten zwei oder mehrere „Verfolgungseinrichtungen“ mit unterschiedlicher Motivationslage gegenüberstünden.

Was aber tut der Gesetzgeber? Im Bereich der Opferrechte – so sehr diese auch grundsätzlich notwendig und zweckmäßig sind – wird in vielen Bereichen mittlerweile über das Ziel hinausgeschossen. Der innerstaatliche Gesetzgeber ist zwar zur Umsetzung der europäischen Vorgaben verpflichtet, tut dies aber in exzessiver Weise. Dazu kommt, dass bereits der europäische Gesetzgeber im Bereich der Opferrechte überbordend vorgeht.

Dies kann nirgends so treffend beobachtet werden wie anhand folgender Beispiele:

Wie bereits zuvor erwähnt wurde durch StPRÄG I 2016 der § 66a in die StPO eingeführt. Danach haben Opfer das Recht auf ehestmögliche Beurteilung und Feststellung ihrer **besonderen Schutzbedürftigkeit** nach Maßgabe ihres Alters, ihres seelischen und gesundheitlichen Zustands sowie der Art und konkreten Umstände der Straftat. Dh, dass grundsätzlich jedes Opfer iSd § 65 StPO schutzbedürftig sein kann, insofern kumulativ die drei Voraussetzungen vorliegen.

Als besonders schutzbedürftig gelten aber – von diesen Kriterien unabhängig – **jedenfalls** Opfer, die

1. in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung verletzt worden sein könnten,
2. Gewalt in Wohnungen (§ 38a SPG) ausgesetzt gewesen sein könnten,
3. minderjährig (§ 74 Abs 1 Z 3 StGB) sind.

Nach § 66a Abs 2 StPO haben derart besonders schutzbedürftige Opfer das Recht

1. zu verlangen, im Ermittlungsverfahren nach Möglichkeit von einer Person des gleichen Geschlechts vernommen zu werden,
2. die Beantwortung von Fragen nach Einzelheiten der Straftat, deren Schilderung sie für unzumutbar halten, oder nach Umständen aus ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich zu verweigern (§ 158 Abs 1 Z 2 und 3, Abs 2 StPO),
3. zu verlangen, im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung auf schonende Weise vernommen zu werden (§§ 165, 250 Abs 3 StPO), und zwar ein minderjähriges Opfer, das durch die dem Beschuldigten zur Last gelegte Straftat in seiner Geschlechtssphäre verletzt worden sein könnte, jedenfalls auf die in § 165 Abs 3 StPO beschriebene Art und Weise, gegebenenfalls durch einen Sachverständigen,
4. zu verlangen, die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung auszuschließen (§ 229 Abs 1 StPO),
5. unverzüglich von Amts wegen iSd § 172 Abs 4, § 177 Abs 5 und § 181 a StPO informiert zu werden,

<sup>6</sup> Auf die weniger weitreichenden Erweiterungen der Opferrechte durch die StPNov 2000 (BGBl I 2000/108), das vor allem die Opferrechte im Zivilverfahren betreffende zweite Gewaltschutzgesetz 2009 (BGBl I 2009/40), das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (BGBl I 2009/135), das BGBl I 2013/58, das STRÄG 2015 (BGBl I 2015/112) sowie das BGBl I 2015/57 sei hier nur der Vollständigkeit halber hingewiesen.

<sup>7</sup> FS Burgstaller 293 (301).

6. einer Vernehmung eine Person ihres Vertrauens beizuziehen (§ 160 Abs 2 StPO).

Diese Rechtslage führt aber nunmehr zur äußerst skurrilen Situation, dass **zB das 17-jährige Opfer eines Fahrraddiebstahls** das Recht hat, eine kontradiktorische Einvernahme zu verlangen! Somit wird unabhängig vom zugrundeliegenden (eben auch Bagatell-)Delikt jedem Minderjährigen das Recht gewährt, sich kontradiktorisch einvernehmen zu lassen. Bedenkt man die praktische Erfahrung, dass die Möglichkeiten der Verteidigung bei derartigen „abgeschoteten“ Befragungen erheblich erschwert sind, so ist dies bei Opfern, die in ihrer sexuellen Integrität und Selbstbestimmung verletzt worden sein könnten, eindeutig nachzuvollziehen, jedoch nicht bei schlichtweg jedem Jugendlichen, der durch die mutmaßliche Tathandlung nicht einmal theoretisch traumatisiert worden sein kann.

Auch ist wohl wenig nachvollziehbar, weshalb Opfer derartiger Straftaten verlangen können, im Ermittlungsverfahren „nach Möglichkeit“ (also nicht obligatorisch, aber doch) **von einer Person des gleichen Geschlechts vernommen** zu werden. Ist dies bei Sexualstraftaten selbstredend, so ist dies im Falle eines Fahrraddiebstahls fernab jeglicher Nachvollziehbarkeit – und dennoch geltende Rechtslage!

Zwar war der Ansatz der RL Opferschutz, dass durch die „frühzeitige individuelle Beurteilung der besonderen Schutzbedürfnisse eines Opfers, bei deren Vorliegen sich daraus weitergehende Rechte **zum Schutz vor sekundärer und wiederholter Viktimisierung, Einschüchterung und Vergeltung** [...] ableiten“<sup>8</sup> sollten, doch kann in den beschriebenen Fällen nicht ernsthaft von einer solchen Gefahr ausgegangen werden. Folglich werden in solchen Fällen die Beschuldigtenrechte von einem exzessiven innerstaatlichen Gesetzgeber einem überbordenden „Opferschutz“ geopfert, welcher aber in dieser angewandten Breite keine sachliche Rechtfertigung vorzuweisen vermag.

### III. IST EINE REDIMENSIONIERUNG VON OPFERRECHTEN ÜBERHAUPT MÖGLICH?

Die Beantwortung dieser Frage hängt wohl zum einen Teil von der Stärke der hinter den jeweiligen Interessen

stehenden Gruppierungen ab. Ob nun die Opferinteressen in Österreich weit stärker vertreten sind als die Beschuldigteninteressen, ist eine nicht klar zu beantwortende Frage. Würde man im Strafverfahren die Opferinteressen als den Beschuldigteninteressen vorrangig ansehen, so würde dabei das eigentliche Grundproblem im Sinne *Miklaus* völlig außer Acht gelassen, dass nämlich nur der Beschuldigte im Strafverfahren etwas Beträchtliches zu verlieren hat, während das Opfer dort niemals etwas verlieren kann.

Geht die Entwicklung aber weiterhin in jene Richtung, die sich verstärkt in den letzten zehn Jahren nachvollziehen lässt, so geht das zu Lasten der Beschuldigtenrechte. Dann würden nämlich wirklich in absehbarer Zukunft die Opfer die gleichen Rechte wie die Beschuldigten haben. Diesfalls stehen dem Beschuldigten aber de facto zwei „Staatsanwälte“ gegenüber, gegen deren Übermacht er sich dann auch nicht mehr sachlich wehren kann.

Daher kann der Appell nur lauten, dass es einen **Einhalt bei der ständigen Ausweitung der Opferrechte** geben muss! An eine Redimensionierung – also eine Einschränkung – wagt man ohnehin nicht mehr zu denken, da die – für den Gesetzgeber meist relevante – „öffentliche Meinung“ überhaupt nur das Opfer und nie den Täter sieht. Im Bereich der von wirtschaftlicher Bedürftigkeit losgelösten Gewährung juristischer Prozessbegleitung (§ 66 Abs 2 StPO) ist der Wertungswiderspruch normativ aber derart eklatant, dass eine legitime Redimensionierung erforderlich erscheint. Ob aber die Opfer bzw die anwaltliche Opfervertretung tatsächlich noch mehr an Rechten benötigen, darf wahrlich bestritten werden. Der aktuelle Normenbestand ist wohl mehr als ausreichend, die Interessen eines Opfers im Strafverfahren durchzusetzen und auf dessen Bedürfnisse gebührend Bedacht zu nehmen.

<sup>8</sup> ErläutRV StrPRÄG I 2016 1058 BlgNR 25. GP 7 unter Hinweis auf Art 23 und 24 RL Opferschutz.



# Rechtssicher Bauen

Loseblattwerk in 1 Mappe und Online-Zugang  
inkl. 11. Akt.-Lfg. Stand Oktober 2017.  
EUR 199,-  
ISBN 978-3-214-08901-6

Im Abonnement zur Fortsetzung vorgemerkt.

Mit dem beigefügten Gutscheincode erhalten Sie den Zugang zur Online-Version

Straube · Aicher · Ratka · Rauter (Hrsg)

## Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht

Band II – Rechtssicher bauen,  
inklusive 11. Aktualisierungslieferung

Der Weg zum rechtssicheren Bauen: Bauleistung umsichtig abwickeln, Baupreise klug kalkulieren, bei Mehrkosten richtig agieren, Vereinbartes durchsetzen, durch Warnpflicht Schaden abwenden, Haftungsrisiken erkennen u.v.m.!

Die 11. Aktualisierungslieferung enthält Aktualisierungen der Kapitel:

- Bauleistung
- Leistungsänderungen
- Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz
- Warnpflicht
- Übernahme
- Vorvertragliche Prüf- und Aufklärungspflicht
- **Neuer Beitrag:** Aufklärungs- und Warnpflichten beim funktionalen Bauvertrag – Prüf- und Warngegenstand im Vergleich zum konstruktiven Bauvertrag.

**Die Herausgeber:**

Univ.-Prof. i.R. Dr. **Manfred P. Straube** und em. Univ.-Prof. Dr. **Josef Aicher** werden ab dieser Aktualisierung von Univ.-Prof. DDr. **Thomas Ratka** und Dr. **Roman A. Rauter** unterstützt. Das Team arbeitet weiterhin zusammen mit Autoren aus der Baubranche, Wissenschaft, Rechtsanwaltschaft und Richtern.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)  
Kohlmarkt 16 · 1014 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ 

**228 Im Gespräch**

Justiz zeitgemäß gestalten

**231 Termine****232 Chronik**

Legal Tech Konferenz Wien

Anwaltsrichtertreffen in Wien

9. Neujahrsempfang der Rechtsanwaltskammer Wien

Neue Ausbildung zum „Law Office Manager“

**236 Für & Wider**

Aliquote Anrechnung von Teilzeitbeschäftigungen auf die Kernzeit

**238 Aus- und Fortbildung****244 Rezensionen****249 Zeitschriftenübersicht**

# Im Gespräch

## Justiz zeitgemäß gestalten

**In der Hauptversammlung der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter (RIV) am 23. 11. 2017 wurde Mag. Sabine Matejka zur neuen Präsidentin gewählt. Im Gespräch mit ÖRAK-Mitarbeiter Mag. Christian Moser konnten einige gemeinsame Interessen von Rechtsanwälten und Richtern festgestellt werden.**

2018/65

**Sehr geehrte Frau Präsidentin, herzliche Gratulation zu Ihrer Wahl. Konnten Sie sich bereits in Ihre neue Funktion einarbeiten?**

Da ich schon in den letzten vier Jahren Vizepräsidentin war, habe ich bereits einige Projekte übernommen. Jetzt sind die Aufgaben aber wesentlich mehr geworden, auch der Medienkontakt ist intensiver.

**Ebenfalls in der Hauptversammlung im November wurde eine Satzungsänderung beschlossen, mit der ein Ethikrat installiert wurde. Was sind dessen Aufgaben?**

Der Ethikrat ist dem Vorstand der RIV beigegeben und soll von sich aus bzw auch im Auftrag des Vorstands Ethikfragen behandeln. Diese können sich aufgrund gesellschaftlicher Entwicklungen stellen oder auch aus Änderungen im Bereich der Justiz ergeben.

**Warum ist ein solcher Ethikrat notwendig geworden?**

Die Welser Ethikerklärung gibt es nun seit zehn Jahren, und wir wollen uns mit diesem Thema weiter befassen. Gerade im Zusammenhang mit sozialen Medien stellen sich Fragen, die man vor zehn Jahren noch nicht bedacht hat. Mit dem Ethikrat haben wir ein Gremium geschaffen, das sich intensiv mit diesen Problemstellungen auseinandersetzt, diese weiterentwickelt und auch Ansprechpartner ist, wenn ein Kollege eine Frage aus persönlichem Umfeld hat. Beispielsweise, ob ein bestimmtes politisches Engagement auf Gemeindeebene noch mit dem Richterberuf vereinbar ist.

**Im November sorgte die schriftliche Urteilsbegründung eines Grazer Richters für Aufsehen, der die vernommenen Zeugen als unglaubwürdig darstellte und dies mit teils beleidigenden Aussagen begründete. Die Welser Ethikerklärung hätte hingegen eine sachliche Begründung verlangt. Mit welchen Mitteln kann die Einhaltung dieser selbstauferlegten Ethikregeln im Stand eingefordert werden?**

Wir haben keine Mittel zur Durchsetzung, das ist auch der Ethikrat nicht. Wir wollten explizit keine Disziplinarinstanz, sondern ein beratendes Gremium sein. Wichtig ist, Aufklärungsarbeit zu leisten, auch bereits in der Ausbildung durch verpflichtende Veranstaltungen. Ich selbst halte ein zweitägiges Seminar für die Richteramtswärter



im OLG-Sprengel Wien ab, das sich ausschließlich Ethikfragen widmet. Letztlich ist es eine Entwicklung. Wir wollen Bewusstsein und Reflexion schaffen und die Gesellschaft zum Nachdenken animieren. Das ist wesentlich wichtiger, als im Einzelfall eine Entscheidung zu besprechen oder zu verurteilen.

**Seit längerem wird die Diskussion geführt, ob religiöse Symbole im Gerichtssaal einen Platz haben sollen. Wie ist Ihr Standpunkt dazu?**

Die Richtervereinigung tritt immer schon für ein gänzlich neutrales Auftreten ein, sowohl was die Person des Richters/der Richterin betrifft als auch die Räumlichkeiten, in denen Parteienverkehr und Verhandlungen stattfinden. Wir wollen weder religiöse noch politische Symbolik, sondern eine völlig neutrale Lösung erzielen. Auch die Bestimmung über die Ablegung des Eides im Zivilverfahren sollte geändert werden, da die aktuelle Regelung gegen die negative Religionsfreiheit verstößt.

**Ein erster Wunsch an den neuen Justizminister?**

Wir haben dieses Thema schon an seinen Vorgänger herantgetragen und konkrete Vorschläge gemacht, wie man mit kleinen gesetzlichen Regelungen das Problem lösen könnte. Bundesminister *Wolfgang Brandstetter* hat daraufhin den Auftrag für ein Gutachten an eine Verfassungsrechtlerin erteilt. Dieses Gutachten werden wir mit dem neuen Justizminister *Josef Moser* besprechen.

**Weitere Themen für den Ethikrat könnten sich möglicherweise durch die fortschreitende Digitalisierung ergeben. Vor allem in den USA und Großbritannien gibt es Bestrebungen, Algorithmen zu entwickeln, die eigenständig Gerichtsentscheidungen treffen können oder beispielsweise Rückfallsquoten von Straftätern berechnen und damit Einfluss auf die Strafhöhe nehmen. Wird der Richterberuf schon bald überflüssig werden?**

Überflüssig wird er nicht werden. Bei Hilfstätigkeiten in der Recherche können derartige Tools durchaus sinnvoll sein, aber nicht für die eigentliche Entscheidungsfindung und Beweisaufnahme. Ein Algorithmus funktioniert immer nur so gut, wie er programmiert ist und welche Daten eingegeben werden. Wenn ich aus meiner eigenen Praxis überlege, wie wenige Daten ich in einem Verfahren habe und wie viele ich erst erfragen muss, kann ich mir das nur sehr schwer vorstellen.

Wo ich aber Auswirkungen vermute, ist im Vorfeld. Wenn sich große Unternehmen und Versicherungen im Zuge von außergerichtlicher Streitbeilegung solcher Systeme bedienen, glaube ich, dass einiges vom Gericht wegwandern wird. Das spüren wir bereits jetzt, und ich denke, auch die Anwaltschaft bemerkt diesen Trend bereits.

---

## Rechtsdurchsetzung ist eine wichtige Aufgabe des Staates.

---

**Sie sprechen Verfahren wie Mediation oder Collaborative Law an. Wo sehen Sie etwaige Vorteile gegenüber dem ordentlichen Gerichtsverfahren?**

Alternative Streitbeilegungsmethoden haben sicher in gewissen Bereichen eine Berechtigung, wenn es um eine schnelle und intensive Befassung mit einer Rechtssache geht, oder im Konsumentenbereich, um eine niederschwellige, schnelle Lösung herbeizuführen. Man muss aber aufpassen, dass der Trend nicht zu weit geht und das Recht nur mehr in privaten Institutionen behandelt wird. Ich sehe Rechtsdurchsetzung als eine wichtige Aufgabe des Staates. Die Justiz sollte ein Angebot bieten, mit einem Zugang zum Recht, der so niederschwellig ist, dass man nicht unbedingt auf solche privaten Wege ausweichen muss.

**Der ÖRAK kritisiert die im Europa-Vergleich unverhältnismäßig hohen Gerichtsgebühren in Österreich. Können Sie einen Zusammenhang zwischen der Höhe der Gerichtsgebühren und dem Ausweichen auf alternative Streitbeilegungsmethoden erkennen?**

Ich glaube, dass man das differenziert sehen muss. Wir haben sehr viele Verfahren, wo man nicht behaupten kann, dass die Gerichtsgebühr ein Thema ist – gerade im bezirksgerichtlichen Verfahren. Im Bereich hoher Streitwerte und

im Rechtsmittelbereich kann man natürlich darüber diskutieren, ob die Höhe der Gebühren noch gerechtfertigt ist. Das ist aber durchaus ein geringer Prozentsatz der Verfahren und trifft nicht den Durchschnitts-Österreicher. Dazu kommt, dass die großen Gebühreneinnahmen der Justiz nicht aus dem Zivilverfahren, sondern im Wesentlichen aus dem Grundbuchverfahren stammen. Man sollte das System durchaus evaluieren, aber ich glaube nicht, dass die Gebühren generell zu hoch sind.

**Ein Nebenprodukt der fortschreitenden Technologisierung sind Überlegungen des BMJ, Zivil-Gerichtsverhandlungen auf Video aufzuzeichnen und damit das Schriftprotokoll zu ersetzen. Wie viel können Sie dieser Idee abgewinnen?**

Wenig bis nichts. Wir sehen nicht viel Sinn, speziell wenn es als Ersatz des Schriftprotokolls gilt. Erstens ist es sehr aufwendig, im Nachhinein das ganze Video durchzusehen; zweitens besteht das Problem, dass man das Video herausgeben muss und nicht verhindern kann, dass es auf YouTube gestellt oder für andere Zwecke missbraucht wird. Das ist nicht, was man fördern sollte. Wir sehen auch einfach keinen Vorteil darin. Es ist nicht Sinn und Zweck der Sache, Videoaufzeichnungen zu machen, um sich eine Schreibkraft zu sparen. Anstatt dessen sollte man doch eher ein bisschen mehr in die Personalressourcen beim Gericht investieren. Da hätten wir alle wesentlich mehr davon.



**Der ÖRAK sieht das genauso. Wo gibt es noch überschneidende Interessen zwischen Richtern und Rechtsanwälten?**

Eine interessante Entwicklung für uns alle ist der digitale Akt, der auch für die Rechtsanwälte Vorteile bringen wird hinsichtlich des Zugangs zu den Dokumenten im Akt. Für die Richter ist das Abgehen vom Papierakt durchaus eine Herausforderung. Wir sind in die Entwicklung und die Pilotprojekte stark eingebunden und sehen, dass sich die gesamte Verhandlungssituation verändern wird. Deshalb sollten wir auch mit den Rechtsanwälten engen Kontakt pflegen, um die Entwicklung in die richtige Richtung zu betreiben.

In beider Interesse ist sicherlich auch, dass die Justiz mit einem ausreichenden Budget ausgestattet wird. Wir hatten heuer schon massive Probleme und konnten viele Projekte

gar nicht oder nur zeitverzögert umsetzen. Im Kanzleibereich gibt es durch den Personalabbau extreme Probleme, und in ein paar Jahren kommt eine hohe Pensionierungswelle auf uns zu. Wir werden dann viele Serviceleistungen einfach nicht mehr erbringen können und es wird zu Verfahrensverzögerungen kommen. Das ist weder in unserem noch im Interesse der Anwaltschaft. Daher sollten wir gemeinsam dafür auftreten, dass die Justiz eine entsprechende Ausstattung bekommt.

**Da höre ich erneut Wünsche an den neuen Justizminister heraus. Welche Erwartungen haben Sie generell an den neuen Justizminister?**

Ich hoffe natürlich, dass der Zugang ein offener ist und aus der Praxis Anregungen und Anliegen aufgenommen werden. Wir sind an sich in guter Kooperation mit dem Justizministerium und in die meisten Arbeitsgruppen eingebunden. Mittlerweile ist auch im GOG gesetzlich geregelt, dass die RIV bei wichtigen Änderungen beizuziehen ist. Schön wäre es, wenn es ähnliche Regelungen auch im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit gebe.

Ein Justizminister, der sich für Ressourcen stark macht, wäre sehr wichtig. Ebenso ein kooperativer Zugang, um mit der Praxis gemeinsam an Problemen und Weiterentwicklungen zu arbeiten.

**Wie stehen Sie generell zur Überhand nehmenden Anlassgesetzgebung der letzten Jahre?**

Damit hatten wir nie eine Freude, weil Gesetze wohl überlegt entworfen und mit einer ausreichenden Begutachtungsfrist zur Stellungnahme versehen werden sollten. Dass die Fristen nicht immer ausreichend waren, darin sind wir uns sicherlich mit der Anwaltschaft einig. Genauso wie der ÖRAK ist auch die RIV immer bemüht, zu Gesetzen, die uns betreffen oder die wir aus grundrechtlichen Erwägungen für wichtig halten, Stellungnahmen abzugeben und auf Probleme hinzuweisen. Dazu braucht es aber ausreichend Zeit, um sich damit befassen zu können. Anlassgesetzgebung sollte grundsätzlich vermieden werden.

---

**Die Justiz muss mit einem ausreichenden Budget ausgestattet werden.**

---

**Im Jahr 2016 lag der Frauenanteil bei Richtern und Staatsanwälten bereits bei 53,1% und ist weiterhin im Steigen ...**

2017 lag dieser Wert bereits bei rund 55%, was in etwa dem Prozentsatz der Absolventen der juristischen Fakultäten entspricht. Ich sehe das aber auch durchaus kritisch. Dass sich Frauen für den Beruf interessieren ist gut, aber man

sollte sich auch die Frage stellen, warum sich immer weniger Männer für den Beruf interessieren. Mangelt es an Attraktivität? Man muss als Arbeitgeber jedenfalls etwas bieten – ein wesentliches Thema ist dabei auch das Gehalt.

**Ist der Richterberuf zu schlecht bezahlt?**

Ich glaube, dass das System insgesamt nicht mehr zeitgemäß ist. Gerade für die Jungen ist es schwierig, in der Ausbildung vier Jahre lang mit dem Richteramtsanwärtergehalt auskommen zu müssen. Für die Änderung des Pensionssystems haben wir keinen Ausgleich bekommen. Auch die unterschiedliche Entlohnung von Staatsanwälten und Richtern ist zu hinterfragen. Daneben ist noch mitzubedenken, dass viele Berufseinsteiger Rahmenbedingungen wie Teilzeitmodelle, Altersteilzeit oder ein Sabbatical erwarten, die es im Richterberuf derzeit einfach nicht gibt. In Hinblick darauf, die besten Kandidaten für den Richterberuf gewinnen zu wollen, sind diese Dinge zu überdenken.

**Dann wünschen wir Ihnen viel Erfolg, diese Forderungen der RIV auch durchsetzen zu können. Teilweise kämpfen wir Seite an Seite.**

Wir suchen auch immer wieder den Kontakt mit der Rechtsanwaltschaft und besprechen uns. Das halte ich für sehr wichtig.



**Danke für das Gespräch!**

---

**Sabine Matejka, geb 1974 in Wien, verheiratet; studierte Rechtswissenschaften an der Universität Wien; seit 2008 Richterin am BG Leopoldstadt, seit 2013 im Vorstand der Richtervereinigung, seit 2017 deren Präsidentin**

---

**Geldwäsche – Was der/die Kanzleimitarbeiter/ in wissen muss**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
8. 3. 2018 WIEN

**Geldwäsche – Was der/die Kanzleimitarbeiter/ in wissen muss**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
12. 3. 2018 INNSBRUCK

**What's news? Wissens-Update für Kanzleimitarbeiter/innen**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
13. 3. 2018 WIEN

**Kurrentien-Spezialseminar in Mietrechtssachen Vertretung von Hauseigentümern und Hausverwaltungen**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
14. 3. 2018 WIEN

**Clubtreffen der Rechtsanwälte/innen em und Rechtsanwaltswitwen/witwer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
22. 3. 2018 WIEN

**Einführungsseminar**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
5. 4. 2018 WIEN

**Grundbuch I**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
9. 4. 2018 WIEN

**Liegenschafts-/Vertragsrecht und Immobiliensteuerrecht für Kanzleimitarbeiter/innen**

„Vom Kaufvertrag zum Grundbuch“  
Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
11. 4. 2018 WIEN

**Firmenbuch I**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
23. 4. 2018 WIEN

**Datenschutz in der RA-Kanzlei**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
24. 4. 2018 SALZBURG

**Kurrentien-Spezialseminar Forderungseintreibung für Banken und Kreditinstitute**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
25. 4. 2018 WIEN

**Firmenbuch II**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
14. 5. 2018 WIEN

**ErbRÄG 2015 „Erben und Vererben – Was Ihre Mitarbeiter/innen seit 1. 1. 2017 darüber wissen sollten“**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
16. 5. 2018 WIEN

**M&A – Rechtliche & steuerliche Optimierung**

Business Circle Management Fortbildungs GmbH  
16. 5. 2018 WIEN

**Clubtreffen der Rechtsanwälte/innen em und Rechtsanwaltswitwen/witwer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
17. 5. 2018 WIEN

**Zivilverfahren**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
7. 6. 2018 WIEN

**Firmenbuch III**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
11. 6. 2018 WIEN

**Sommer-Blockseminar (BU-Kurs)**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
18. 6. 2018 WIEN

**Juristen-Seminar: Praktisch angewandte Kriminalpsychologie für Jurist/inn/en sowie Personalist/inn/en im Zivil- und Strafrechtsbereich**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)  
28. 6. 2018 WIEN

**Unternehmensjuristen-Circle**

Business Circle Management Fortbildungs GmbH  
7./8. 6. 2018 STEGERSBACH

**Beteiligung an Start-ups aus Sicht des Investors**

Business Circle Management Fortbildungs GmbH  
12. 6. 2018 WIEN

**Tax-Circle**

Business Circle Management Fortbildungs GmbH  
21./22. 6. 2018 WAIDHOFEN/YBBS

## Legal Tech Konferenz Wien

**E**rstmals veranstaltete Future-Law, eine Plattform von multidisziplinären Partnern, die **Legal Tech Konferenz** in Wien. Die eintägige Vortragsreihe fand am 29. 11. 2017 im Hotel Park Hyatt Vienna statt. Thema war der zukünftige Einfluss von Legal Tech auf staatliche Institutionen, Kanzleien, die öffentliche Hand und Rechtsabteilungen.



**Präs. Enzinger berichtete von den jüngsten Entwicklungen in der Rechtsanwaltskammer Wien.** Foto: Caspar Vinschgau

Die Vortragenden kamen ebenso wie die Teilnehmer der Konferenz aus unterschiedlichen Bereichen und waren ein bunter Mix aus Rechtsanwälten, Universitätsprofessoren, Beschäftigten im öffentlichen Dienst sowie aus der Privatwirtschaft. Der Präsident der Rechtsanwaltskammer Wien, Univ.-Prof. Dr. *Michael Enzinger*, berichtete von der Umstellung auf den elektronischen Akt in der Wiener Kammer und den Überlegungen, in Zukunft die Blockchain-Technologie nutzen zu wollen. Im Einsatz ist diese bereits in Schweden und in Georgien, wo das Grundbuch auf Blockchain umgestellt wurde. *Mats Snäll* vom schwedischen Landesvermessungsamt und *Marc Taverner* von der Bitfury Group gaben hautnahe Einblicke. Auch in der heimischen Justiz schreitet die Digitalisierung weiter voran. Am ASG Wien und drei weiteren Landesgerichten läuft momentan das Pilotprojekt des digitalen Gerichtsakts, der ohne jegliche Papierakten auskommt, wie Mag. *Christian Gesek* vom BMJ berichtete.

Einig waren sich alle Vortragenden, dass künstliche Intelligenz, die selbständig wie ein Mensch denken kann, (noch) nicht existiert. Allerdings gibt es schon hochintelligente Programme, die mithilfe ausgeklügelter Algorithmen und gefüttert mit Unmengen an Daten komplexe Entscheidungen treffen und in unterschiedlichsten Anwendungsbereichen menschliche Arbeit nahezu gleichwertig ersetzen können. Daher wird sich auch der Rechtssektor in den nächsten Jahren stark verändern. Die Angst, dass Arbeitsplätze durch die Digitalisierung wegrationalisiert werden könnten, war hingegen nicht präsent. Im Gegenteil: Auch in der Vergangenheit gingen im Zuge des technischen Fortschritts Arbeitsplätze nicht verloren, sondern verteilten sich auf andere Bereiche. Die Juristen und im Besonderen die

Rechtsanwälte werden sich aber den Veränderungen im Rechtsbereich nicht verschließen können und haben jetzt die einmalige Chance, aktiv die Zukunft mitzugestalten.



**Die erstmals stattfindende Legal Tech Konferenz war bis auf den letzten Platz belegt.** Foto: Caspar Vinschgau

Abschließend kann festgehalten werden, dass Legal Tech in Österreich erst am Aufkommen ist. Andere Länder haben hier schon einen kleinen Vorsprung, während Österreich hingegen in der Justiz weit voraus ist, was elektronische Kommunikation und Abwicklung von Verfahren betrifft.

Mit etwa 200 Teilnehmern war die Konferenz, die federführend von Mag. *Sophie Martinetz* von Future-Law organisiert wurde, gut besucht. Neben zahlreichen interessierten Rechtsanwälten wohnten Vertreter der öffentlichen Hand, Start-up-Unternehmer aus dem Legal-Tech-Bereich sowie einige Angehörige der „next generation“, die kostenlose Tickets über ein Auswahlverfahren erhalten hatten, der Veranstaltung bei. Nach dem offiziellen Teil gab es im soeben eröffneten Start-up & Innovation Hub *weXelerate* in der Praterstraße ein Get-Together und ausreichend Möglichkeit zum Networking.



**Auch aus der Privatwirtschaft wurden Wünsche an die Software-Entwickler herangetragen.** Foto: Caspar Vinschgau

**CHRISTIAN MOSER**  
ÖRAK, Juristischer Dienst

## Anwaltsrichtertreffen in Wien

**A**m 6. 12. 2017 fand das jährliche **Treffen der Berufsrichter und Anwaltsrichter in den Berufungssenaten des Obersten Gerichtshofes in Disziplinarangelegenheiten der Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter** im Festsaal des OGH statt. Dr. *Michael Buresch*, der Sprecher der Anwaltsrichter, durfte diesmal über 60 Gäste aus allen Bundesländern begrüßen und führte durch ein ergiebiges Programm. Zunächst diskutierten Rechtsanwalt Prof. Dr. *Fritz Wennig* und Senatspräsident Prof. Dr. *Michael Danek* darüber, ob eine Diversion im anwaltlichen Disziplinarverfahren möglich ist. Weitere Vorträge kamen vom Vizepräsidenten des Disziplinarrats der Rechtsanwaltskammer Wien, Mag. *Stefan Lehner*, LL.M., zu den Funktionen des Verfolgungsantrags und des Einleitungsbeschlusses, sowie vom Vizepräsidenten der Rechtsanwaltskammer Wien, Dr. *Michael Rohregger*, über das Zusammenspiel der Berufsüberwachung durch den Ausschuss und die Disziplinargegerichtsbarkeit. Im Anschluss wurden aktuelle Fragen aus den Disziplinarräten diskutiert.

Abschließend ehrte ÖRAK-Präsident Dr. *Rupert Wolff* die 2017 ausgeschiedenen Berufs- und Anwaltsrichter und dankte ihnen für ihre langjährige Tätigkeit. Wie immer fand der Abend seinen Ausklang bei einem gemütlichen Abendessen in einem nahegelegenen Restaurant.



Seit 2014 sind die Berufungssenate in Disziplinarangelegenheiten beim OGH angesiedelt. Die davor zuständige Behörde, die Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission (OB DK), wurde mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 aufgelöst.

Foto: Alexander Dittenberger

**CHRISTIAN MOSER**

ÖRAK, Juristischer Dienst

## 9. Neujahrsempfang der Rechtsanwaltskammer Wien

**Anlässlich des alljährlichen Neujahrsempfangs lud die Rechtsanwaltskammer Wien am 16. 1. 2018 zum Gedankenaustausch in die Nationalbibliothek.**

**I**m Zuge des diesjährigen Neujahrsempfangs der Rechtsanwaltskammer Wien begrüßte Präsident Univ.-Prof. Dr. *Michael Enzinger* in seiner Festrede nicht nur ein neues Jahr, sondern sieht aufgrund des Wechsels im Ministerium auch neue Chancen für die Anwaltschaft:

„Mit dem Wechsel an der Spitze hält auch ein neuer Reformschub der Bundesregierung in der Justiz Einzug. Die Koppelung des Justizressorts mit der Staatsreform ist eine eindeutige Aufwertung der Justiz. Auch die Übersied-

lung des Verfassungsdienstes vom Kanzleramt in das Justizressort ist ein wichtiges, positives Signal. Schon vor Jahreswechsel wurden einige unserer jahrelangen Forderungen festgeschrieben: die Stärkung der anwaltlichen Verschwiegenheit, die Zulassung von Privatgutachten und die Trennung von Gutachtern im Ermittlungs- und im Hauptverfahren, höhere Entschädigungen für freigesprochene Angeklagte, aber auch der Ausbau und die Erleichterung der Berufung sowie die allgemeine Verfahrensbe-

schleunigung. Ob und inwiefern diese Themen umgesetzt werden, werden wir eingehend beobachten. Wir erhoffen uns jedenfalls ein langfristiges Entwicklungskonzept für die Justiz.“

Neben den Erwartungen an das neu geordnete Justizressort wurden im Rahmen des Neujahrsempfangs auch wichtige Zukunftsthemen wie die Digitalisierung der Branche beleuchtet. Zudem wurde erstmalig eine Leistungsschau der Rechtsanwaltskammer Wien in Form eines Leistungsberichts für das Jahr 2017 erstellt, der unter dem Titel „Wir für Sie – Leistungsbericht 2017 – Perspektiven“ die vielfältigen Funktionen und Serviceleistungen der Rechtsanwaltskammer Wien vorstellt. Auf den mehr als 60 Seiten sind auch die ersten Ergebnisse der Neustrukturierung der Rechtsanwaltskammer, die Präsident *Enzinger* für die Rechtsanwaltskammer Wien sowie Präsident *Gartner* für die Disziplinargerichtsbarkeit bereits umgesetzt haben, ebenso wie ein Ausblick, welche Neuerungen das neue Jahr bringen wird, nachzulesen.

Unter den zahlreichen Gästen waren ua VfGH-Vizepräsidentin Dr. *Brigitte Bierlein*, OGH-Vizepräsidentin Dr. *Elisabeth Lovrek*, OLG-Präsident Dr. *Gerhard Jelinek*, der Präsident der Österreichischen Notariatskammer Univ.-Doz. DDr. *Ludwig Bittner*, Volksanwalt Dr. *Peter Fichtenbauer*, der Präsident der Finanzprokuratur Dr. *Wolfgang Peschorn*, Generalprokurator Dr. *Franz Plöchl* sowie Justiz-Sektionschef Mag. *Christian Pilnacek*.

Traditionell wurde im Rahmen des Neujahrsempfangs das Ehrenzeichen der Wiener Rechtsanwaltschaft dem langjährigen Vizepräsident des Disziplinarrats Dr. *Tassilo Neuwirth* verliehen. Der seit 1970 als Rechtsanwalt tätige Verkehrsrechtsexperte und ehemalige Vizepräsident des Disziplinarrats Dr. *Tassilo Neuwirth* wurde für seine Verdienste rund um seine langjährige ehrenamtliche Tätigkeit im Disziplinarrat honoriert. Überreicht wurde das Ehrenzeichen von Präsident *Michael Enzinger*.

---

#### PRESSESTELLE RECHTSANWALTSKAMMER WIEN



**Foto 1:** Verleihung des Ehrenzeichens der RAK Wien an Tassilo Neuwirth



**Foto 2:** Rund 130 Gäste folgten der Einladung und waren in der Österreichischen Nationalbibliothek zu Gast Fotos: Doris Kucera

## Neue Ausbildung zum „Law Office Manager“

**D**ie Rechtsanwaltskammer für Kärnten hat in Kooperation mit der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt das Qualifizierungsprogramm zum „Law Office Manager“ (LOM) ins Leben gerufen. Das Programm umfasst ein Praktikum auf entgeltlicher Basis in einer Kärntner Rechtsanwaltskanzlei sowie die kostenlose Teilnahme an spezifischen Weiterbildungsveranstaltungen für Kanzleimitarbeiter/-innen in den Bereichen Zivilprozess-, Grundbuchs-, Exekutions- und Insolvenzrecht.

„Die Anforderungen an die Qualität der Arbeit von Rechtsanwaltskanzleien steigen. Diese Anforderungen können Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte alleine und persönlich nicht mehr vollständig erfüllen“, sagt Dr. Gernot Murko, Präsident der Rechtsanwaltskammer für Kärnten. Es sei daher zwingend erforderlich, dass qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die nicht bloß die Fähigkeit zum selbstständigen Arbeiten und gute EDV-Kenntnis aufweisen, sondern auch grundlegende Rechtskenntnisse vermittelt erhalten haben, beigezogen werden. „Zukünftige Absolventen eines der ‚Wirtschaft und Recht‘-Studien an der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt besitzen diese Qualifikationen“, betont Univ.-Prof. Dr. Johannes Heinrich.

Bereits einige Kärntner Rechtsanwaltskanzleien haben ihr Interesse an diesem Programm bekundet und bieten Praktikumsplätze für Studierende an.

Weitere Informationen: [www.aau.at/rechtswissenschaften/praxis/#LOM](http://www.aau.at/rechtswissenschaften/praxis/#LOM)



Präsident Dr. Gernot Murko Foto: Helge Bauer

### SUSANNE LAGNER-PRIMOSCH

Kammeramtsdirektorin der Rechtsanwaltskammer für Kärnten



## Ein Kommentar, der satt macht.

2017. XL, 1872 Seiten.  
Geb. EUR 298,-  
ISBN 978-3-214-10813-7

Böhm · Pletzer · Spruzina · Stabentheiner

### GeKo Wohnrecht

Band 1: Mietrecht und zugehörige Vorschriften

Das gesamte Wohnrecht verständlich dargelegt. Der Band I beinhaltet den ersten Teil zu einer umfassenden Darstellung des gesamten Wohnrechts. Er behandelt neben dem MRG und den bestandrechtlichen Vorschriften des ABGB auch die relevanten mietrechtlichen Nebengesetze (RichtWG, KIGG, SpSchG, LPG und andere) sowie die maßgeblichen verfahrensrechtlichen Vorschriften.

Band II (WEG, MaklerG, BauRG) und Band III (WGG, BTVG) erscheinen 2018.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at) Kohlmarkt 16 · 1010 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ

2018/66

## Aliquote Anrechnung von Teilzeitbeschäftigungen auf die Kernzeit

Eine zeitgemäße Überlegung oder eine Aufweichung der Ausbildungsqualität?



FRANZ RAFFASEDER  
RAA in Linz und Mitglied des Ausschusses der OÖRAK

Gem § 2 Abs 2 RAO erfordert die Eintragung in die Liste der RA eine **mindestens dreijährige praktische Verwendung bei einem RA („Kernzeit“)**. Gem § 2 Abs 1 RAO ist die praktische Verwendung bei einem RA nur anrechenbar, „*soweit diese Tätigkeit hauptberuflich und ohne Beeinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit ausgeübt wird*“.

Nach der derzeitigen Praxis wird das genannte Erfordernis mit einer **Vollzeitbeschäftigung** iSd AZG gleichgesetzt. **Teilzeitbeschäftigungen** als RAA werden demgegenüber – ab einem Ausmaß von 20h/Woche und mit Ausnahme der gem § 2 Abs 1 RAO ausdrücklich privilegierten Fälle nach MSchG, VKG, AVRAG und BEinstG – lediglich **aliquot auf die nicht zwingend bei einem RA zu absolvierende Ersatzzeit** angerechnet. Dauert die Periode einer Teilzeitbeschäftigung länger als die maximal anrechenbare Ersatzzeit, verschiebt sich dadurch der Zeitpunkt der Eintragungsfähigkeit mitunter beträchtlich.

Vergleichbare Probleme bestehen für teilzeitbeschäftigte RAA iZm der Erlangung der **Substitutionsbefugnis gem § 15 Abs 2 RAO** („große LU“). Voraussetzung dafür ist entweder die Ablegung der RAP oder eine zumindest 18-monatige Verwendung bei einem RA samt Gerichtspraxis. Die **Zulassung zur RAP** erfordert wiederum gem § 2 Abs 1 RAPG eine mindestens zweijährige Verwendung bei einem RA. Da diese Tatbestände inhaltsgleich mit der Bestimmung des § 2 Abs 2 RAO interpretiert werden, sind teilzeitbeschäftigte RAA abseits der gesetzlichen Privilegierungen auch nach langjähriger Praxis und bester Qualifikation von jenen (weiten) Teilen des Berufsbildes ausgeschlossen, für die absoluter Anwaltszwang besteht.

Die dargestellte Anrechnungspraxis steht im Einklang mit der Rsp des VfGH. Demnach gewährleistet das Erfordernis einer Vollzeitbeschäftigung, dass RAA umfassend mit allen Facetten des Berufsbildes vertraut gemacht werden können (VfSlg 14.873). Die genannte Entscheidung entstammt freilich einer Zeit, als der RAO eine aliquote Anrechnung von Teilzeitbeschäftigungen auf die Kernzeit noch gänzlich unbekannt war. Durch mehrfache Novellierungen des § 2 Abs 1 RAO hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich jedoch eine Erleichterung beim Berufszugang für (werdende) Eltern sowie aus anderen berücksichtigungswürdigen Gründen geschaffen. Problematisch ist an der lex lata freilich der Umstand, dass ein Anspruch auf eine anrechenbare Teilzeitbeschäftigung nach MSchG und VKG jeweils längstens **bis zum Ablauf des siebten Lebensjahres oder einem späteren Schuleintritt des Kindes**

und vor allem nur dann besteht, wenn das Dienstverhältnis bei Antritt der Teilzeitbeschäftigung **ununterbrochen drei Jahre gedauert** hat (§ 15h Abs 1 MSchG; § 8 Abs 1 VKG). Insb für BerufseinsteigerInnen besteht demgegenüber längstens **bis zum Ablauf des vierten Lebensjahres des Kindes** die Möglichkeit, mit dem Dienstgeber eine gesetzlich privilegierte Form der Teilzeitbeschäftigung zu vereinbaren (§ 15i MSchG; § 8a VKG). Eine auch nach dem vierten Geburtstag des Kindes weiterbestehende Teilzeitbeschäftigung kann dann auf die Kernzeit ebenso wenig angerechnet werden wie eine erst nach diesem Zeitpunkt begründete.

Das schematische Abstellen der RAO auf die Tatbestände von MSchG, VKG, AVRAG und BEinstG mag den Nachweis der Anrechnungsvoraussetzungen erleichtern. In ihrem Kern verfolgen die genannten Normen allerdings völlig andere Regelungsziele als die genuin berufsrechtliche Problematik der Ausbildungsdauer. Die gesetzgeberische Regelungstechnik steht damit in einem **Spannungsverhältnis zum Verbot unsachgemäßer Differenzierungen**; ein Grund für die aufgezeigten Unterscheidungen – keine zwingende Anrechnungsmöglichkeit insb für BerufseinsteigerInnen; Anrechnung auf die Kernzeit für RAA mit Kindern bis drei Jahren, keine Anrechnung bei Kindern ab vier Jahren(!) – ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die RAO lediglich aus legitistischen Gründen bei Normen anderer Stoßrichtung anknüpft und Unbilligkeiten im Einzelfall dabei schlicht in Kauf nimmt.

Auch die Argumentation des VfGH, während der dreijährigen Kernzeit könnten RAA **umfassend mit allen Facetten des Berufsbildes vertraut** gemacht werden, geht angesichts der Heterogenität der anwaltlichen Tätigkeiten in den unterschiedlichen Kanzleistrukturen an der Wirklichkeit vorbei. Ein gesetzliches Gebot, während der Ausbildung als RAA in mehreren Kanzleien tätig zu sein, ist der RAO fremd. Eine sechsjährige Teilzeitbeschäftigung mit 20h/Woche birgt für RAA somit zumindest ebenso viele Berührungspunkte mit dem anwaltlichen Tätigkeitsspektrum wie eine dreijährige Vollzeitbeschäftigung. In praxi werden **teilzeitbeschäftigte RAA** hingegen abseits der Privilegierungen nach MSchG, VKG, AVRAG und BEinstG allein auf Grund ihres arbeitsvertraglichen Status vom Anwaltsberuf ausgeschlossen, was diese gleichsam **institutionalisiert zu RAA zweiter Klasse** degradiert. Dass dieses Ergebnis nicht mit dem Verbot unsachgemäßer Differenzierungen vereinbar ist, liegt auf der Hand.

**H**aupzweck der Arbeit als RAA ist die Ausbildung und Vorbereitung für den Rechtsanwaltsberuf. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, für eine umfassende Ausbildung des RAA im Berufsbild des Rechtsanwalts Sorge zu tragen und ihn dementsprechend hauptberuflich zu verwenden (§ 21b RAO). Die Grundhaltung des Gesetzgebers ist eindeutig: Nur vollzeitbeschäftigte RAA, die zusätzlich noch Ausbildungsveranstaltungen absolvieren, werden den Anforderungen gerecht, die die rechtsuchende Bevölkerung von der Rechtsanwaltschaft erwartet.

Nur in den Fällen des § 2 Abs 1 letzter Satz RAO – zB gesetzlicher Urlaub, Verhinderung wegen Krankheit/Unfalls, Beschäftigungsverbot nach dem MSchG – sind auch Zeiten, in denen der RAA nicht hauptberuflich tätig ist, anrechenbar. Der Gesetzgeber trägt damit einer berechtigten Abwesenheit vom Dienst Rechnung. Überdies wäre eine Nichtanrechnung des Beschäftigungsverbots nach dem MSchG schon aus europarechtlichen Überlegungen (Diskriminierung nach dem Geschlecht) unwirksam.

Mit der Anrechnung dieser Teilzeitbeschäftigungen (TZB) trifft der Gesetzgeber Wertungen: Wenn er bei der Sterbebegleitung naher Angehöriger, der Begleitung schwerkranker Kinder oder bei der Einstellung von begünstigten Behinderten Herabsetzungen der Normalarbeitszeit und eine Anrechnung auf die Kernzeit zulässt, liegt dies innerhalb des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums. All diese Fälle haben – ebenso wie die privilegierte TZB nach MSchG/VKG – gemein, dass der RAA einen Anspruch auf Herabsetzung der Normalarbeitszeit hat. Klar und unmissverständlich liegt eine taxative Aufzählung vor. Besteht kein Anspruch auf Herabsetzung der Normalarbeitszeit, kann daher keine auf die Kernzeit anrechenbare TZB als RAA erfolgen, weil sonst der Grundwertung des Gesetzgebers widersprochen würde.

Die Tätigkeit eines RAA ist ein Ausbildungsverhältnis, das nicht als selbstständige Berufsausbildung – losgelöst vom Ziel, Rechtsanwalt zu werden – betrachtet werden kann. Durch eine Erweiterung der Anrechenbarkeit von TZB würde dieses Ausbildungsverhältnis prolongiert, ohne dass sich hiedurch die Qualität der Ausbildung verbessern würde. Im Gegenteil: Eine TZB gibt jedenfalls nicht jenen Einblick in die oftmals von Termin- und Fristendruck bestimmten Tagesabläufe wie ein Vollzeitverhältnis. Es bestünde die Gefahr, dass der RAA nicht als Auszubildender, sondern als halbtagsbeschäftigter Dauerkonzipient angesehen wird. Dies ist weder erstrebenswert noch von der RAO gedeckt. Im Übrigen spricht auch § 21b RAO, der zur Vollzeitbeschäftigung in der Kernzeit verpflichtet, gegen eine erweiterte Zulässigkeit von TZB.

Die Zusammenschau der einschlägigen Regelungen und der zugrunde liegenden Zwecke zeigt, dass eine interpretative Erweiterung der Ausnahmetatbestände des § 2 Abs 1 vorletzter und letzter Satz RAO qua Analogie ausscheidet. Es fehlt nämlich schon an einer dafür erforderlichen planwidrigen Gesetzeslücke.

Ginge man von der Zulässigkeit einer Analogie aus, bestünde die Gefahr, dass im Ergebnis jedwede TZB in der Kernzeit möglich wäre. Die Ausweitung der TZB in bestimmten Fällen der Kinderbetreuung oder sonstiger familienrechtlicher Verpflichtungen mag für einzelne RAA wünschenswert sein. Sie würde jedoch dazu führen, dass die Analogie nicht auf familienrechtliche Sachverhalte beschränkt, sondern auch für andere Lebenssachverhalte für zulässig erklärt wird. So würde sie wohl auf die Teilzeit-Konzipiententätigkeit eines Univ.-Prof. (die Anrechenbarkeit abl VfSlg 14.873) Anwendung finden. Auch halbtagsbeschäftigte Mitarbeiter von Rechtsabteilungen, Interessenvertretungen oder Banken könnten in den Genuss der Ausweitung kommen.

Wenn die TZB eines RAA zur Absolvierung der Kernzeit taugt, sind Beschränkungen auf familienrechtliche Sachverhalte in weiterer Folge sachlich wohl nur schwer rechtfertigbar. Am Ende dieser Entwicklung würde eine Kernzeit stehen, die immer auch in Teilzeit absolviert werden kann. Einziges Kriterium wäre die Beeinträchtigung durch eine andere berufliche Tätigkeit. Hier ist jedoch der Einzelfallbeurteilung Tür und Tor geöffnet.

Keinesfalls würde auch die Beschränkung auf eine Halbtagsbeschäftigung aufrechterhalten werden können. Wenn die Tätigkeiten nach § 2 Abs 1 letzter Satz RAO in jeder denkbaren Teilzeit absolviert werden können, besteht kein sachlicher Grund, dies bei analog zugelassenen Tätigkeiten nicht gleichfalls zu ermöglichen. Dann wäre aber nicht mehr gewährleistet, dass der RAA umfassend mit allen Facetten des Berufsbilds vertraut gemacht wird, und würde der Kontakt zum ausbildenden Rechtsanwalt massiv eingeschränkt werden.

So wünschenswert die Erweiterung von TZB in der Kernzeit für viele wäre, ist sie mit den Wertungen der RAO und dem Berufsbild des Rechtsanwalts nur schwer in Einklang zu bringen. Mangels Analogiefähigkeit und wegen der entgegenstehenden Anordnung des § 21b RAO ist eine Erweiterung de lege lata nicht möglich. Die bisherige Verwaltungspraxis der Rechtsanwaltskammer, die sich streng an der Judikatur des VfGH und der taxativen Aufzählung im Gesetzestext orientiert, ist beizubehalten. Sollten Änderungen gewünscht werden, müsste der Gesetzgeber tätig werden. Die Erweiterung der Anrechenbarkeit von TZB ist aufgrund der genannten Gründe aber auch rechtspolitisch nicht zu empfehlen.



**GERNOT MURKO**  
RA in Klagenfurt, Präsident der Rechtsanwaltskammer für Kärnten

# Aus- und Fortbildung



## Anwaltsakademie

**MÄRZ 2018**

**AUSBILDUNG**

### Schriftsätze im Zivilprozess

8. und 9. 3. FELDKIRCH

Seminarnummer: 20180308-7

**AUSBILDUNG**

### Verhandeln bei Gericht für Rechtsanwaltsanwärter – alles, was Sie noch können sollten!

8. bis 10. 3. WIEN

Seminarnummer: 20180308-8

**AUSBILDUNG**

### Anglo-amerikanisches Zivil- und Wirtschaftsrecht (Schwerpunkt Vertragsrecht)

9. 3. WIEN

Seminarnummer: 20180309-8

**FORTBILDUNG**

### Rechtentwicklung im Recht der Kapitalgesellschaften

13. 3. WIEN

Seminarnummer: 20180313-8

**FORTBILDUNG**

### Geldwäscherei-Compliance für Kanzleimitarbeiter Was muss ich wissen? Was kann ich tun?

16. 3. FELDKIRCH

Seminarnummer: 20180316-7

**FORTBILDUNG**

### Update Zivilprozess (mit EU-Verordnungen), Exekution und Insolvenz

16. 3. WIEN

Seminarnummer: 20180316-8

**AUSBILDUNG**

### Steuer- und Abgabenrecht

16. und 17. 3. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20180316-6

**FORTBILDUNG**

### Update Das neue Datenschutzrecht – ab 25. 5. 2018 gilt die DSGVO!

19. 3. WIEN

Seminarnummer: 20180319-8

**AUSBILDUNG**

### Die Ehescheidung und ihre Folgen

23. und 24. 3. ATTERSEE

Seminarnummer: 20180323-3

**FORTBILDUNG**

### Telefontraining für Kanzleimitarbeiter – 3 MODULE

23. 3. bis 20. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180323A-8

**AUSBILDUNG**

### Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren Teil III: Die Verfahren vor den Verwaltungsgerichten (LVwG, BVwG, BFG, VwGH, VfGH)

23. und 24. 3. WIEN

Seminarnummer: 20180323-8

**APRIL 2018**

**AUSBILDUNG**

### Zivilverfahren

5. bis 7. 4. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20180405-6

**AUSBILDUNG**

### Schriftsätze im Zivilprozess

5. und 6. 4. ST. PÖLTEN

Seminarnummer: 20180405-2

**AUSBILDUNG**

### Verfahren vor den Höchstgerichten des öffentlichen Rechts

6. und 7. 4. GRAZ

Seminarnummer: 20180406-5

**AUSBILDUNG**

### Gesellschaftsrecht I

6. und 7. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180406-8

**FORTBILDUNG**

### Update Die sorgfältige Testamentserrichtung

9. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180409-8

**AUSBILDUNG****Seminarreihe Steuerrecht: 4. Umsatzsteuer**

10. und 17. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180410-8

**FORTBILDUNG****Update Das neue Datenschutzrecht – ab 25. 5. 2018 gilt die DSGVO!**

11. 4. GRAZ

Seminarnummer: 20180411-5

**AUSBILDUNG****Honorarrecht**

12. und 13. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180412-8

**AUSBILDUNG****Gestaltung und Durchführung von Liegenschaftsverträgen**

13. und 14. 4. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20180413-6

**AUSBILDUNG****Arbeitsrecht**

13. und 14. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180413-8

**FORTBILDUNG****Beendigung des Hauptmietverhältnisses**

16. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180416-8

**FORTBILDUNG****Update Das neue Erwachsenenschutzrecht auch für Kanzleimitarbeiter**

16. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180416A-8

**AUSBILDUNG****Strafprozess interaktiv**

20. und 21. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180420-8

**FORTBILDUNG****Rechtentwicklung im Wirtschaftsrecht**

20. und 21. 4. LINZ

Seminarnummer: 20180420-3

**AUSBILDUNG****Verwaltungsverfahren, Verwaltungsstraferfahren und Rechtsschutz im Öffentlichen Recht I (AVG, VStG, VfGG)**

20. und 21. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180420-8

**FORTBILDUNG****Update Das neue Erwachsenenschutzrecht auch für Kanzleimitarbeiter**

23. 4. SALZBURG

Seminarnummer: 20180423-4

**FORTBILDUNG****Update Anlegerrecht – Update Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag PRO und CONTRA – Update Rechtsschutzversicherung – ausgewählte Probleme**

24. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180424-8

**FORTBILDUNG****Update Leistungsstörungen**

25. 4. WIEN

Seminarnummer: 20180425-8

**FORTBILDUNG****Update Das neue Erwachsenenschutzrecht auch für Kanzleimitarbeiter**

30. 4. LINZ

Seminarnummer: 20180430-3

**MAI 2018****AUSBILDUNG****Zivilverfahren**

3. bis 5. 5. ATTERSEE

Seminarnummer: 20180503-3

**AUSBILDUNG****Erbrecht und Vermögensnachfolge**

4. 5. DORNBIRN

Seminarnummer: 20180504-7

**AUSBILDUNG****Liegenschaftsrecht**

4. und 5. 5. GRAZ

Seminarnummer: 20180504-5

## Aus- und Fortbildung

**FORTBILDUNG****Update Immobilienertragsteuer, Grunderwerbsteuer und Gerichtsgebühren**

8. 5. WIEN

Seminarnummer: 20180508A-8

**AUSBILDUNG****Seminarreihe Steuerrecht: 5. Gebühren nach dem GebG**

8. 5. WIEN

Seminarnummer: 20180508-8

**FORTBILDUNG****Update Das neue Erwachsenenschutzrecht auch für Kanzleimitarbeiter**

14. 5. GRAZ

Seminarnummer: 20180514-5

**FORTBILDUNG****Update Bilanzanalyse für Rechtsanwälte – Analyse und Interpretation von Jahresabschlüssen**

14. 5. WIEN

Seminarnummer: 20180514-8

**FORTBILDUNG****Update Das neue Datenschutzrecht – ab 25. 5. 2018 gilt die DSGVO!****Warum Sie teilnehmen sollten:**

Bekanntlich wird die DSGVO ab 25. Mai 2018 als neues Regelwerk für die gesamte Europäische Union gelten. Sowohl auf Unternehmen als auch für Datenschutz-Verantwortliche kommen damit gravierende Änderungen zu: Rechenschaftspflicht, Stärkung der Rechte der betroffenen Personen und strengere Vorgaben für Datensicherheit. Die Zeit bis Mai 2018 ist kurz, um entsprechende Datenschutz-Audits und Projekte zur **Umsetzung der Verpflichtungen der DSGVO im Unternehmen** zu bewerkstelligen.

**Datenschutz 2018 = Recht, Organisation, Prozess und IT!** Dieser „ganzheitliche“ Ansatz wird derzeit bei der Umsetzung der Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in Unternehmen verfolgt, um ein **Datenschutz-managementsystem** (DSMS) zunächst als Projekt aufzubauen und dann im Unternehmen zu etablieren.

**FORTBILDUNG****Update Belastungen der Liegenschaft 2018**

15. 5. SALZBURG

Seminarnummer: 20180515-4

**AUSBILDUNG****Kartellrecht – das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

17. und 18. 5. WIEN

Seminarnummer: 20180517-8

**AUSBILDUNG****Ausgewählte Materien des Exekutionsrechts**

25. und 26. 5. WIEN

Seminarnummer: 20180525-8

**FORTBILDUNG****Update Familien- und Scheidungsrecht**

28. 5. ST. PÖLTEN

Seminarnummer: 20180528-2

**FORTBILDUNG****Update Ärztehaft-Pflicht**

29. 5. WIEN

Seminarnummer: 20180529-8

Der **Vortrag** beleuchtet die **wesentlichen rechtlichen Neuerungen** und zeigt, welche Schritte erforderlich sind, um die Vorgaben der DSGVO fristgerecht und effizient umzusetzen.

Planung: Univ.-Prof. Dr. *Michael Enzinger*, Präsident der Rechtsanwaltskammer Wien

Termin: Montag, 19. März 2018 = 1 Halbtage

Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE

Seminarnummer: 20180319-8

**oder**

Planung: Dr. *Martin Piaty*, RA in Graz

Termin: Mittwoch, 11. April 2018 = 1 Halbtage

Veranstaltungsort: **Graz**, Hotel Novapark

Seminarnummer: 20180411-5

Referent: Univ.-Lektor Dr. *Michael M. Pachinger*, Rechtsanwalt und Partner bei SCWP Schindhelm, Data Protection Lawyer of the Year in Austria

## FORTBILDUNG

## Telefontraining für Kanzleimitarbeiter – 3 MODULE

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Das Telefontraining bietet Ihnen in kurzer Zeit einen kompakten Einstieg und eine gute Übersicht über alle Aspekte der telefonischen Betreuung von Mandanten. Sie erhalten ein umfassendes Handwerkszeug für alle Gesprächsfälle am Telefonarbeitsplatz.

Am Ende des Seminars beherrschen Sie als Seminar-gast einen professionellen und mandantenorientierten Telefonstil. Sie sind nach dem Training sicher im telefonischen Beschwerdemanagement, im Umgang mit Anspruchsstellen, Gerichten, Behörden, Versicherungen und anderen Rechtsanwälten und haben Ihre Rhetorik am Telefon verbessert.

### Die Lernziele im Detail:

- Sie beherrschen die professionelle telefonische Visitenkarte der Kanzlei.
- Sie erlernen und vertiefen mandantenorientiertes Telefonverhalten.
- Sie führen schwierige Gespräche sicher und kompetent am Telefon.
- Sie beherrschen ein systematisches Beschwerdemanagement.
- Sie haben gelernt, besser mit den eigenen Emotionen und denen der Klienten umzugehen.

### Das Konzept:

Das Telefontraining beinhaltet in jedem Modul einen theoretischen Teil sowie ein „Training on the Job“, in dem Gespräche direkt am Telefon geübt werden. Die Teilnehmer entwickeln zusammen mit der Trainerin Leitfäden für eine passende und kompetente Gesprächsführung. Zudem erhalten sie Tipps & Tricks, wie man komplexe Inhalte am Telefon abwickelt. Die Übungstelefonate im „Training on the Job“ werden auf die jeweiligen Kenntnisse und Erfahrungen der Teilnehmer abgestimmt.

Zwischen den einzelnen Modulen stellen sich die Teilnehmer Umsetzungsaufgaben, die sie im Alltag umsetzen. Diese Aufgaben sind für den Transfer des Gelernten in den Alltag von besonderer Bedeutung und werden in der nächsten Lerneinheit reflektiert und vertieft.

---

Planung und Referentin: *Angelika Specht*, Wirtschaftstrainerin & Wirtschaftscoach  
Termin: Freitag, 23. März 2018 bis Freitag, 20. April 2018  
Veranstaltungsort: **Wien**, Rechtsanwaltskammer Wien  
Seminarnummer: 20180323A-8

---

## FORTBILDUNG

## Update Die sorgfältige Testamentserrichtung

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Dieses Seminar vermittelt einen Einblick in die Herausforderungen, welche die neuen Vorschriften zur Testamentserrichtung für die Praxis mit sich bringen. Ob zur Form oder zur sorgfältigen inhaltlichen Gestaltung: Besonderes Augenmerk wird zum einen darauf gelegt aufzuzeigen, welche Haftungsfallen es gibt, zum anderen werden Lösungsvorschläge geliefert, wie Fehler zu vermeiden sind. Wer bei der Testamentserrichtung auch zum neuen ErbRÄG 2015 kompetent beraten und Auskunft geben will, sollte sich hier up to date halten.

### Planung und Referenten:

Univ.-Prof. Dr. *Christian Rabl*, RA in Wien  
Hon.-Prof. Dr. *Elisabeth Scheuba*, RA in Wien  
Termin: Montag, 9. April 2018 = 2 Halbtage  
Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE  
Seminarnummer: 20180409-8

---

## FORTBILDUNG

## Update Zivilprozess (mit EU- Verordnungen), Exekution und Insolvenz

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Unser Seminar informiert Sie umfassend, kompetent und lebendig über folgende Schwerpunkte:

- aktuelle Rechtsprechung;
- aktuelle Rechtsänderungen im Zivilprozessrecht, Exekutionsrecht und Insolvenzrecht.

Im Mittelpunkt stehen die Entwicklungen im letzten Jahr vor dem Seminar.

### Rechtsprechung

- Judikaturbasierter und kommentierter Gesamtüberblick über den Zivilprozess;
- Schwerpunkte des Exekutionsverfahrens;
- Hauptfragen des Insolvenzrechts aus Gläubigersicht;
- Rechtsfolgen anwaltlicher Kunstfehler im Zivilverfahrensrecht.

### Rechtswentwicklung

- Änderungen der Jurisdiktionsnorm, der Zivilprozessordnung und der Gerichtsorganisation;
- Exekutionsordnungs-Novelle 2016; Änderungen des Rechtspflegergesetzes;
- praxisrelevante Neuerungen im EU-Zivilverfahrensrecht: EU-Bagatellverfahren, EU-Mahnverfahren, EU-Kontopfändungsverordnung, EU-Insolvenzverordnung;
- Update Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017

## Aus- und Fortbildung

- Einzelunternehmer: Erleichterung der Sanierung;
- Privatkonkurs: Verkürzung des Abschöpfungsverfahrens; Restschuldbefreiung ohne Mindestquote;
- Umsetzung der EU-InsVO.
- Auswirkungen des 2. Erwachsenenschutzgesetzes im Zivilprozessrecht.

Dieses (seit 1989) jährlich stattfindende, bewährte Seminar unterstützt alle Kolleginnen und Kollegen, die trotz unerlässlicher Spezialisierung als Allrounder durch übergreifende Information auf dem Laufenden bleiben wollen und müssen.

Planung: Univ.-Prof. Dr. *Michael Enzinger*, Präsident der Rechtsanwaltskammer Wien

Referent: o. Univ.-Prof. em. Dr. *Wolfgang Jelinek*, Institut für Zivilverfahrensrecht und Insolvenzrecht Universität Graz

Termin: Freitag, 16. März 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE

Seminarnummer: 20180316–8

### FORTBILDUNG

## Geldwäscherei-Compliance für Kanzleimitarbeiter Was muss ich wissen? Was kann ich tun?

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Rechtsberatende Berufe unterliegen einer strengen Anti-Geldwäscherei-Compliance. Mit der 4. EU-Geldwäscherei-RL wurden zuletzt Regelungen erlassen, die eine erneute Verschärfung der Berufspflichten mit sich brachten.

Das „BRÄG 2016“ setzt die EU-Vorgaben im nationalen Berufsrecht (RAO) um. Seither machen massive Sanktionsdrohungen (bis hin zu Geldstrafen von EUR 1.000.000,00) deutlich, dass für ausnahmslos jede Kanzlei Handlungsbedarf besteht. So hat jeder Rechtsanwalt seine Kanzlei „risikobasiert“ zu durchleuchten und eine individuelle Risikoanalyse zu verfassen. Geeignete Strategien, Verfahren und Kontrollen haben die Anti-Geldwäscherei-Compliance intern sicherzustellen. Ein Risikomanagementsystem muss die Einhaltung der Identifizierungs-Anforderungen garantieren.

Verlässliche Mitarbeiter bilden das Rückgrat einer Rechtsanwaltskanzlei. Es ist daher wesentlich, dass alle Team-Mitglieder über das Wesen von Geldwäscherei und die beruflichen Rahmenbedingungen Bescheid wissen. Das Gesetz sieht in § 21 b RAO ausdrücklich vor, dass nicht nur das juristische Personal, sondern auch die sonstigen bei einem Rechtsanwalt Beschäftigten durch geeignete und angemessene Maßnahmen mit den Compliance-Bestimmungen der RAO vertraut zu machen sind.

### Ihr Nutzen

Mit der Infopill „Geldwäscherei“ erfahren Kanzleimitarbeiter eine grundlegende Schulung in dieser brisanten Materie. Ausgehend von praktischen Beispielen wird nicht nur erklärt, woran man Geldwäscherei erkennen kann, sondern auch, welche Pflichten den Rechtsanwalt und seine Mitarbeiter treffen. Neben dem „risikobasierten Ansatz“ wird dabei vor allem auf die tägliche Praxis und eine praktikable Umsetzung der Berufspflichten eingegangen.

Planung: VPräs. Dr. *Christian Hopp*, RA in Feldkirch

Referent: Dr. *Alexander Wöß*, RA in Linz

Termin: Freitag, 16. März 2018 = 1 Halbtage

Veranstaltungsort: **Feldkirch**, Best Western Plus Central Hotel Leonhard

Seminarnummer: 20180316–7

### FORTBILDUNG

## Update Das neue Erwachsenenschutzrecht auch für Kanzleimitarbeiter

### Warum Sie teilnehmen sollten:

Das 2. Erwachsenenschutzrecht, das überwiegend am 1. 7. 2018 in Kraft tritt, löst das bisher geltende Sachwalterrecht ab. Es bringt zahlreiche Änderungen der Rechtslage mit sich, bei denen die Selbstbestimmung der betroffenen Person und die Subsidiarität der Vertretung im Vordergrund stehen. Änderungen bei der Vorsorgevollmacht, das neue Rechtsinstitut der gewählten Erwachsenenvertretung, die Ausweitung der Vertretung durch die nächsten Angehörigen („gesetzliche Erwachsenenvertretung“) und die Neugestaltung des Verfahrensrechts zählen zu den weiteren Schwerpunkten der Reform. Damit gehen neue Anforderungen an die rechtsberatenden Berufe einher. Das Seminar gibt einen praxisorientierten und kompakten Überblick über die neue Rechtslage und bietet Gelegenheit zur Diskussion.

Voraussetzung für die Eintragung in die in der Novelle vorgesehene Anwaltsliste der gerichtlichen Erwachsenenvertreter (und damit die Übernahme von mehr als 15 Erwachsenenvertretungen) ist unter anderem der Besuch einer Schulung über den Umgang mit psychisch kranken und vergleichbar beeinträchtigten Menschen. Das Seminar vermittelt daher Grundlagenwissen in diesem Bereich und regt zu Erfahrungsaustausch und Reflexion an.

Termin: Montag, 16. April 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE

Seminarnummer: 20180416–8

### oder

Termin: Montag, 23. April 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Salzburg**, Salzburger Rechtsanwaltskammer

Seminarnummer: 20180423-4

**oder**

Termin: Montag, 30. April 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Linz**, Oberösterreichische Rechtsanwaltskammer

Seminarnummer: 20180430-3

**oder**

Termin: Montag, 14. Mai 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Graz**, Steiermärkische Rechtsanwaltskammer

Seminarnummer: 20180514-5

**oder**

Termin: Montag, 4. Juni 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Feldkirch**, BTV Feldkirch – Villa Menti

Seminarnummer: 20180604-7

**oder**

Termin: Dienstag, 12. Juni 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Eisenstadt**, Technologiezentrum Burgenland

Seminarnummer: 20180612-0

**oder**

Termin: Mittwoch, 13. Juni 2018 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **St. Pölten**, Rechtsanwaltskammer Niederösterreich

Seminarnummer: 20180613-2

Planung: Dr. *Elisabeth Zimmert*, RA in Neunkirchen

Referenten: Mag. *Margot Artner*, RA, Sachwalterin bzw. Erwachsenenvertreterin und Psychotherapeutin in Wien

Univ.-Prof. Dr. *Astrid Deixler-Hübner*, Institutsvorständin, Johannes Kepler Universität – Institut für Europäisches und Österreichisches Zivilverfahrensrecht

Univ.-Prof. Dr. *Martin Schauer*, stv. Institutsvorstand, Universität Wien – Institut für Zivilrecht



Schrefler-König · Szymanski

## Fremdenpolizei- und Asylrecht

inklusive 4. Ergänzungslieferung

Loseblattwerk in 2 Mappen  
inklusive 4. Ergänzungslieferung 2017  
EUR 225,-  
ISBN 978-3-214-14469-2

Im Abonnement zur Fortsetzung vorgemerkt.

Dieses Werk ist auch online erhältlich. [www.manz.at/fremdenrecht](http://www.manz.at/fremdenrecht)

In Kraft  
seit  
1.10.2017

Das **Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017** (FrÄG 2017 – BGBl I 2017/145) verfolgt die effizientere und verstärkte Ahndung unrechtmäßiger fremdenrechtlicher Aufenthalte, öffnet die „Rot-Weiß-Rot“-Karte für **Start-ups** und ermöglicht **Forschern und Künstlern** zur Niederlassung berechtigende Aufenthaltstitel.

Die 4. EL enthält ua die wichtigsten Neuerungen, die seit 1.10.2017 in Kraft sind, vor allem in **FPG**, **NAG** und **GreKoG**. Neu aufgenommen wurden zB das **Integrationsgesetz** und das **Schengener Durchführungsübereinkommen**.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at) Kohlmarkt 16 · 1010 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ

## Legal Tech – Die Digitalisierung des Rechtsmarkts

**D**as im C. H. Beck erschienene und gemeinsam mit Vahlen und Manz vertriebene Buch „Legal Tech – Die Digitalisierung des Rechtsmarkts“ wurde von *Markus Hartung, Micha-Manuel Bues* und *Gernot Halbleib* gemeinsam herausgegeben.



Das Werk umfasst eine Vielzahl von Einzelbeiträgen von insgesamt 38 Autoren, die teilweise in deutscher und teilweise in englischer Sprache verfasst sind.

Nachdem der Begriff „Legal Tech“ ursprünglich vor allem im anglo-amerikanischen Raum diskutiert wurde, ist in jüngster Vergangenheit auch im deutschsprachigen Raum ein gesteigertes

Interesse an „Legal Tech“ und der damit verbundenen Digitalisierung des Rechtsmarkts festzustellen. Die Herausgeber versuchen, in ihrem Werk einen Überblick über die sich daraus ergebenden Entwicklungen im rechtlichen Umfeld zu geben.

In einem ersten Teil finden sich allgemeine Ausführungen zum Begriff „Legal Tech“ und den damit verbundenen Änderungen im juristischen Bereich. In einem weiteren Kapitel werden in Form von Länderberichten aus Deutschland, den USA und dem Vereinigten Königreich aktuelle Entwicklungen näher beleuchtet.

Umfangmäßig den größten Teil nimmt in der Folge die Beschreibung konkreter Anwendungsbeispiele von „Legal Tech“ ein. Dabei wird zwischen Anwendungen für Rechtsanwälte sowohl in Großkanzleien als auch in kleineren Kanzleien einerseits und in Rechtsabteilungen von Unternehmen andererseits unterschieden. Die Beschäftigung mit konkret umgesetzten und aktuellen Beispielen ist dabei als besonders positiver Aspekt hervorzuheben, weil sonst oft zwar sehr allgemein das große Potential der Digitalisierung beschrieben wird, ohne jedoch konkrete Umsetzungsbeispiele zu nennen.

In einem weiteren Kapitel werden Entwicklungen in anderen Bereichen beschrieben, wobei hier aus Anwaltssicht der zukunftssträchtige Bereich der Online-Streitbeilegung (Online Dispute Resolution – ODR) besonders interessant ist. In diesem Kapitel ist aber auch ein Querverweis auf die berufsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von „Legal Tech“ durch Rechtsanwälte enthalten.

In einem letzten Teil wird noch ein allgemeiner Überblick über die den unter dem Stichwort „Legal Tech“ verbreiteten Anwendungen zugrundeliegenden Technologien gegeben. Hier kommen sowohl Anwendungen im Bereich der künstlichen Intelligenz als auch die zuletzt in der Öffentlichkeit besonders intensiv diskutierte Blockchain-Technologie einschließlich deren Verwendung zur Implementierung von Smart Contracts zur Sprache.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Herausgeber ihr selbst gesetztes Ziel, nämlich einen Überblick über den derzeit boomenden Bereich des „Legal Tech“ zu geben, erreicht haben. Die im Werk enthaltenen Beiträge sind hochaktuell (September 2017) und ermöglichen einen raschen Einstieg in die jeweiligen Themenbereiche, wobei jeweils auch weiterführende Literaturhinweise enthalten sind. Unabhängig vom persönlichen Standpunkt in Bezug auf diese Entwicklungen kann jedem Rechtsanwalt eine Beschäftigung mit dem Phänomen „Legal Tech“ nur empfohlen werden.

### Legal Tech – Die Digitalisierung des Rechtsmarkts.

Von *Markus Hartung/Micha-Manuel Bues/Gernot Halbleib*. Verlag Manz, Wien 2018, XXI, 308 Seiten, € 89,-.

CHRISTIAN WIRTHENSOHN

## Freiheitsentzug und Menschenrechte

**B**eim vorliegenden Buch handelt es sich um einen Sammelband mit Vorträgen und Diskussionen der Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission vom 26. bis 28. 5. 2016. Bei dieser wurden Grundsatzfragen des Freiheitsentzugs, des Strafvollzugs, des Maßnahmenvollzugs und der Untersuchungshaft erörtert. Dass das Buch erst im Jahre 2017 erscheint, obwohl die Vorträge vom Mai 2016 stammen, verwundert den Leser ebenso wie der Umstand, dass prominent auf S 1 eine Eröffnungssitzung mit *BM Brandstetter* aufscheint, der aber, wie sodann aus S 3 hervorgeht, gar nicht anwesend war.



Inhaltlich-thematisch sind vor allem folgende Passagen des Buches herauszugreifen:

Auf S 67 trifft *Gratz* die – zutreffende – Feststellung, dass man (auch) iZM Reaktionen auf strafrechtlich relevantes Verhalten weltoffen sein soll, weil man daraus einerseits pragmatische Anregungen und andererseits auch die – wie er es

so schön formuliert – „Erschütterung der hierzulande gebräuchlichen Selbstverständlichkeiten“ gewinnen könne.

Dies würde mutigen Antwortgebenden die Grundlage für eine treffende Antwort auf die von *Greiter* auf S 66 unten gestellte Frage nach „für uns noch unbekanntem Alternativen für den Strafvollzug als Gefängnis“, also die Frage nach anderen effizienten Reaktionsformen auf Delinquenz, liefern . . .

Hervorhebenswert ist im Übrigen der von *Weh* auf S 86 gegebene Hinweis auf die Problematik von Übersetzungen, dahingehend, dass etwa bei einer gefährlichen Drohung die verwendeten Worte auf Russisch eine ganz andere Bedeutung haben können als auf Deutsch.

Auch die von *Murschetz* angesprochenen Probleme der Untersuchungshaft, ihrer Verhängung und Ausgestaltung (S 263 ff) sind vertiefenswert: Die eigentliche Aufgabe der U-Haft ist es, beim Verdacht erheblicher Straftaten einen Schutz vor besonders gefährlichen Tätern zu gewährleisten. Eine allzu häufige U-Haft-Verhängung auch bei Bagatelldelikten würde dem nicht gerecht!

Und auch die Ausführungen zur Fluchtgefahr sind interessant: Ist bei einer zu erwartenden Rückkehr des Verdächtigen in sein EU-Herkunftsland von der Gefahr einer Flucht auszugehen? Oder genauer: Was gilt bei einem in der EU integrierten Ausländer? Laut *Murschetz* (S 265) gebietet das Diskriminierungsverbot, auch EU-Ausländer in die Bestimmung des § 173 Abs 3 StPO einzubeziehen und bei ihnen gleich einem im Inland wohnhaften und sozial integrierten Beschuldigten das Nichtvorliegen von Fluchtgefahr anzunehmen – ein nicht nur unter europarechtlichen, sondern auch unter pragmatischen Gesichtspunkten interessantes Argument, hinsichtlich dessen es bei entsprechender Vertiefung das Für und das Wider zu erwägen gölte.

Insgesamt ist das Buch etwas uneinheitlich, was aus der Vielfalt der Referate und Wortmeldungen herrührt. Der verwendete Titel „Freiheitsentzug und Menschenrechte“ schafft es aber dennoch, eine terminologische Gesamtmatrix über die einzelnen Themenbereiche zu stülpen, und wenn man das Werk weniger als Ergebnis denn als Sammlung von Denkanstößen betrachtet, wird die Lektüre dem Leser intellektuellen Gewinn bringen.

### Freiheitsentzug und Menschenrechte – Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat.

Von *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg). Linde Verlag, Wien 2017, 298 Seiten, kart, € 52,-.

---

**ADRIAN EUGEN HOLLAEENDER**

## Die freie Anwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung

**D**ie Mandatierung durch rechtsschutzversicherte Klienten ist für einen Großteil der in Österreich tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte von immer entscheidender Bedeutung. Aufgrund der exorbitant hohen Gerichtsgebühren und des bestehenden Prozesskostenrisikos sind nichtunternehmerische Klienten, aber auch viele Klein- und Mittelbetriebe zur Führung von Rechtsstreitigkeiten nur dann in der Lage, wenn Kostendeckung durch eine Rechtsschutzversicherung gewährt wird. Auch der Beratungsrechtsschutz erfreut sich weiterhin großer Beliebtheit. In Rechtsgebieten, in denen das Anerlaufen von Sachverständigengebühren droht, kann ebenfalls zur Führung eines Rechtsstreits die Frage, ob eine Rechtsschutzdeckung besteht, wesentlich zur Entscheidungsfindung beitragen.



Der nunmehrige Trainee am Europäischen Gerichtshof und ehemalige Assistent am Institut für Rechtswissenschaften (Fachbereich Privatrecht) der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt, Mag. Dr. *Maximilian Brunner*, hat zu einem für die anwaltliche Praxis bedeutenden Thema, nämlich der freien Anwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung, im Jahr

2017 eine Monografie veröffentlicht. Sie fußt auf seiner an der Universität Wien approbierten Dissertation. Die Arbeit ist von eminenter praktischer Bedeutung.

Schon in der Einleitung legt der Autor die widerstreitenden Interessen – nämlich das Interesse des Versicherers, das Interesse des Versicherungsnehmers und das Interesse des Rechtsanwalts – dar und schildert die strukturelle Interessensdivergenz in diesem Themenbereich. Im Spannungsfeld dieser konfligierenden faktischen Interessen liegt das objektive Recht der Anwaltswahl (Seite 8).

Im zweiten Kapitel skizziert *Brunner* den rechtlichen Rahmen. Breiten Raum gewährt er der Rechtsschutzversicherungsrichtlinie (RSV-RL) sowie der Solvabilität-II-Richtlinie und deren Umsetzung durch Gesetz und Versicherungsbedingungen in Österreich. Er kommt zum Ergebnis, dass mit der Rechtsschutzversicherungsrichtlinie nicht nur ein Minimalschutz gegen Interessenkollisionen erzielt werden sollte. Vielmehr soll die Richtlinie nach Möglichkeit so interpretiert werden, dass sie dem Schutz vor Interessenkollisionen und der Errichtung des Schutzniveaus der Spartenanerkennung am ehesten gerecht wird (Kapitel II, Seite 24f). Weiters spielt das Versichererinteresse an der Geringhaltung der Kosten eine übergeordnete Rolle (Kapitel II, Seite 25).

Im Kapitel III behandelt der Autor seine Ausgangsüberlegungen zum Zweck der freien Anwaltswahl. Nach ausführlicher Darstellung der Lehrmeinungen gibt er die Entscheidung des EuGH, C-199/08, auf Seite 32 wieder. Der EuGH sieht es als ursprüngliches Ziel der RSV-RL an, jedem Versicherungsnehmer eine freie Anwaltswahl zu gewährleisten, und zwar ganz unabhängig vom Auftreten einer Interessenkollision. Dieses Ziel ist jedoch auf die Gerichts- und Verwaltungsverfahren beschränkt. *Brunner* kommt (Seite 41) zum Ergebnis, dass triftige Gründe dafür sprechen, auch die freie Anwaltswahl in Behördenverfahren als Mittel gegen Interessenkollisionen zu begreifen.

In Kapitel IV setzt sich der Autor mit dem Begriff der Interessenkollision auseinander und erläutert ihn an mannigfachen Fallbeispielen. Schlussendlich gelangt er auf den Seiten 117f zur Definition: „Eine Interessenkollision besteht, wenn die Mittel des Rechtsschutzversicherers das Rechtsschutzziel des Versicherungsnehmers qualifiziert gefährden. Eine Interessenkollision erfordert ein vom Versicherungsnehmerinteresse abweichendes Versichererinteresse in der Sache selbst.“ Im Anschluss prüft er die Richtlinienkonformität

der österreichischen Umsetzung anhand der Bestimmungen des VersVG, aber auch der ARB.

In Kapitel V setzt sich *Brunner* mit der Wirkung der Maßnahmen gegen Interessenkollisionen auseinander. Weiten Raum gewährt er der Wirkung der freien Anwaltswahl (Seiten 126 bis 131). Anhand dieser Ausführungen gelangt er in Kapitel VI zur Conclusio (Seite 135): „*Genauer Zweck der freien Anwaltswahl: Die Funktion der freien Anwaltswahl für Behördenverfahren besteht also in der Verhinderung eines zugunsten des Versicherers illoyalen Rechtsvertreters.*“ Dieses Wahlrecht soll den Versicherungsnehmer für Gerichts- und Verwaltungsverfahren möglichst in die Lage versetzen, trotz virulenter und verdeckter Gegnerschaft des eigenen Versicherers nicht von einem versicherungsnahen Anwalt vertreten zu werden.

Im Besonderen Teil (Seite 139ff) geht *Brunner* auf konkrete Fragen ein. In Kapitel VII behandelt er die Frage der Massenschäden, in Kapitel VIII die besonders praxisrelevante Frage der Selbstbehaltsklausel und der damit verbundenen Lenkung der freien Anwaltswahl. Verzichtet nämlich der Versicherungsnehmer auf sein freies Wahlrecht und akzeptiert einen vom Versicherer vorgeschlagenen Rechtsvertreter, entfällt jeder Selbstbehalt. Auf den Seiten 158ff stellt er die Judikatur des OGH (7 Ob 32/02k und 1 Ob 30/12m) dar. Er setzt sich auch mit der Judikatur des BGH auseinander.

Nach einer Kritik an der Judikatur und der Literatur kommt *Brunner* (Seite 168) zum Ergebnis, dass Klauseln, die den Versicherungsnehmer zur Auswahl eines Versicherer-anwalts verlocken, unzulässig sind. Das Ausmaß des Anreizes spielt dabei keine Rolle; jegliche Motivation hin zu einem potentiellen Rechtsfeind widerspricht dem Zweck der freien Anwaltswahl. Auf den Seiten 168ff erläutert der Autor die Zulässigkeit der Beschränkung der Auswahlentscheidung auf einen lokalen Anwalt unter Hinweis auf EuGH 26. 5. 2011, C-293/10, und die daran anknüpfende Judikatur des OGH und BGH. Er billigt im Ergebnis diese Entscheidungen.

Als (zulässigen) Lenkungsmechanismus bezeichnet *Brunner* (Seite 169 letzter Absatz) die aus Art 6.6.8. ARB 2015 vereinbarte Fälligkeit der Versicherungsleistung. Demnach erhält der Versicherungsnehmer seine Anwaltskosten frühestens nach Verfahrensabschluss in einer Gerichtsinstanz ersetzt. Legt der Anwalt des Versicherungsnehmers häufig Zwischenabrechnungen, hat der Versicherungsnehmer diese daher zunächst selbst zu begleichen. Dadurch entsteht ein Anreiz zur Auswahl solcher Anwälte, die erst nach einer abgeschlossenen Instanz zwischenabrechnen. Der Autor hält diese Regelung für zulässig; generell widersprechen derartige Lenkungsmechanismen nach Ansicht *Brunners* nur ausnahmsweise der freien Anwaltswahl. Anderes gelte aber für solche Anreizsysteme, die die Nominierung eines versicherungsnahen Anwaltes begünstigen (Seite 170).

Dass die freie Anwaltswahl die Judikatur weiter beschäftigen wird, ist selbstverständlich. So hat jüngst auch der EFTA-Gerichtshof in seinem Urteil v 27. 10. 2017 (E 21/16, *Pascal Nobile/DAS*) das Recht des Versicherungsnehmers auf freie Anwaltswahl gestärkt. Für all jene, die täglich mit der Wirkung von Rechtsschutzdeckungen für ihre Klientinnen und Klienten befasst sind, ist das Werk von *Brunner* ein Gewinn. Es durchdringt die entscheidenden Fragen der freien Anwaltswahl mit dogmatischer Präzision und gelangt zu Ergebnissen, die für die eigene Argumentation gegenüber dem Rechtsschutzversicherer mehr als vorteilhaft sind. Die Lektüre und Verwendung des Buches, das als besonders praxisrelevant zu bezeichnen ist, kann nur empfohlen werden. Dem Autor kann zu diesem Werk nur gratuliert werden.

#### Die freie Anwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung.

Von Maximilian Brunner. Verlag Österreich, Wien 2017, geb, 258 Seiten, br, € 54,-.

GERNOT MURKO

## ABGB – Kommentar Teilband §§ 1035 – 1150 ABGB

Der bewährte „Rummel-Kommentar“, in vierter Auflage nunmehr schon seit einigen Jahren von *Peter Rummel* gemeinsam mit *Meinhard Lukas* sukzessive herausgegeben, besteht nunmehr bereits aus sieben Teilbänden: Zuletzt erschien im Frühherbst 2017 die Kommentierung der §§ 1035 bis 1150 ABGB, sohin zu den Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) sowie der Vertragstypen Tausch, Kauf und Bestandverträge (Miete, Pacht). Die Bearbeitung der einzelnen Paragraphen erfolgte hierbei gleichsam paritätisch durch einerseits zwei Universitätsprofessoren, nämlich *Franz-Stefan Meissel* (§§ 1035 – 1044) und *Josef Aicher* (§§ 1045 – 1089: Tausch und Kauf), sowie andererseits durch zwei Höchstrichter, und zwar *Elisabeth Lovrek* (§§ 1090 – 1119, sohin der Großteil der Bestimmungen zu den Bestandverträgen) und *Hansjörg Sailer* (§§ 1120, 1121: Veräußerung des Bestandgegenstandes).



Einen ausgezeichneten Überblick über die unterschiedlichen Aspekte der GoA sowie zu den Bereicherungsansprüchen nach §§ 1041 und 1042 bietet *Meissel*, der dabei immer wieder auch kontroversielle Standpunkte klar herausarbeitet (s etwa § 1039 Rz 6 zur „unechten“ GoA), bevor *Aicher* die Vertragstypen Tausch und Kauf umfangreich abhandelt. Dabei werden auch aktuelle Entwicklungen und konkrete Bezugspunkte zu modernen wirtschaftlichen Konstellationen nicht ausgespart: s etwa hochaktuell § 1046 Rz 3ff

iZm Bitcoins und Swapgeschäften, wie etwa Zins-/Währungsswaps, oder § 1053 Rz 48 zum Softwareüberlassungsvertrag.

Vor dem Hintergrund, dass das – aus legistischer Sicht – stabile Bestandrecht zu einem großen Anteil laufend von der Praxis und Rsp geprägt wird, zeichnet *Elisabeth Lovrek*, Vizepräsidentin des OGH und als Senatsmitglied laufend mit einschlägigen Rechtsfragen befasst, für die Bearbeitung der §§ 1090–1119 verantwortlich. Dabei wird an einigen Stellen deutlich über den Tellerrand der Miet- und Pachtverträge hinausgeblickt, indem etwa die Kommentierung des § 1090 ein gerafftes Kapitel zu den Leasingverträgen enthält – ein verdienstvoller Mehrwert dieses Werks, zumal zum Leasingrecht wenig aktuelle, hochwertige Lit zur Verfügung steht. In ihren grundsätzlichen Ausführungen, die einen guten Überblick über verschiedene Rechtsfragen iZm dem Leasinggeschäft bieten, schlägt sich *Lovrek* auf die Seite der hL, wonach es unabdingbare Verpflichtung des Leasinggebers sei, dem Leasingnehmer einen ordnungsgemäßen Gebrauch am Leasingobjekt zu verschaffen, so dass bloß geringfügige Mängel bei gleichzeitiger Abtretung von Gewährleistungsansprüchen unschädlich seien (§ 1090 Rz 64).

Entsprechend dem Wesen des Bestandrechts sind die Ausführungen *Lovreks* wie auch jene *Sailers* zur Veräußerung des Bestandgegenstandes (§§ 1220f) von großer Kasuistik geprägt – die Autoren führen unzählige Judikate an, gehen auf die umfangreiche Lit ein und bringen beides auf den jüngsten Stand. Das Verhältnis der bestandrechtlichen Bestimmungen des ABGB zu jenen des MRG wird dabei stets klar herausgearbeitet.

Auch der nunmehr siebente Band der vierten Auflage des „Rummel-Kommentars“ bietet dem Praktiker die gewohnt wertvolle Arbeitsgrundlage bei zivilrechtlichen Problemen. Grundkonzept, Gliederung und Inhalt bereiten einen hervorragenden Boden, auf dem juristische Anwendung gedeihen kann.

#### **ABGB – Kommentar zum ABGB. Teilband §§ 1035–1150 ABGB (GoA, Vertragstypen II).**

Von *Peter Rummel/Meinhard Lukas* (Hrsg.). Verlag Manz, 4. Auflage, Wien 2017, XLIII, 516 Seiten, geb, Preis des Gesamtwerks € 530,-.

---

**RAINER WOLFBAUER**

## **EUV/AEUV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar**

**E**s ist nunmehr die 6. Auflage des allseits bekannten Kommentars erschienen. Der Kommentar hat die besondere Güte in seiner Handlichkeit und der komprimierten Darstellung der Rechtslage.



Da der BREXIT in aller Munde ist, ist die Darstellung des Art 50 EUV von besonderem Interesse, da in diesem kurz zusammengefasst das Austrittsverfahren verständlich dargestellt worden ist. Ausführlich ist in Art 45 AEUV die Freizügigkeit der Arbeitnehmer samt der sehr ausdifferenzierten Rsp des EuGH dargestellt. Was bedauerlich ist, ist die lediglich kurze Darstellung der Grundrechtscharta, in der Neuauflage wäre eine vertiefte Darstellung wünschenswert.

Dieses Werk ist ein unbedingtes Muss für die schnelle und qualifizierte Informationsbeschaffung.

#### **EUV/AEUV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar.**

Von *Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/Markus Kotzur* (Hrsg.). 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, Wien 2016, XXXIII, 1.254 Seiten, geb, € 132,70.

---

**WOLF-GEORG SCHÄRF**

## **Verwaltungsverfahren**

**D**as Verwaltungsverfahren verkörpert ein zentrales Rechtsgebiet, dessen Beherrschung im rechtsanwaltlichen Bereich schlechthin unentbehrlich erscheint. Das vorliegende Handbuch ist von seiner Form her kompakt und von seinem Inhalt her prägnant, übersichtlich und leserfreundlich. Es eignet sich solcherart als kompetenter Begleiter auf dem Weg durch die zahlreichen Verwaltungsverfahrensbestimmungen, umfasst es doch nicht nur AVG und VStG, sondern auch EGVG, VVG, ZustellG und vieles mehr. (Das Einzige, was man darin allenfalls vermissen mag, sind die das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten betreffenden Normen; diese bleiben weiterhin dem als Ergänzungsband angebotenen Buch von *Hengstschläger/Leeb* vorbehalten).



Inhaltlich ist aus der Fülle der interessanten thematischen Aspekte, die das Buch bietet, Folgendes herauszugreifen:

- 1. Das EGVG bietet für das AVG, ähnlich wie EG-JN und JN für die ZPO, den Rahmen. Warum dann aber darin nach wie vor Detailbestimmungen wie Straftatbestände für Winkelschreiberei (Art III Abs 1 Z 1 EGVG; im rezensierten Buch: S 19) oder Erschleichung der Beförderung durch eine dem öffentlichen Verkehr dienende Einrichtung (Art III Z 2 EGVG) enthalten sind, ist systematisch fragwürdig.
- 2. Von besonderer Bedeutung für die Praxis ist die Bestimmung in § 13 Abs 3 AVG (mit treffenden Anmerkungen im Buch auf S 46ff, insb die Anm 11–16). Demnach berechtigten Mängel schriftlicher Anbringen die Behörde nicht zur Zurückweisung. Vielmehr hat bei allen Mängeln – ohne die einstige Beschränkung auf Formgebühren, sohin also auch bei inhaltlichen Mängeln (vgl dazu insb Anm 11) – ein Verbesserungsauftrag zu ergehen.
- 3. Teilweise unbekannt ist, dass es trotz der Einführung der Verwaltungsgerichte immer noch Devolutionsanträge bei Säumigkeit gibt (§ 73 Abs 2 AVG), allerdings nur in einem eingeschränkten Bereich (S 147, Anm 5), während in allen übrigen (weit überwiegenden) Fällen gegen die Verletzung der Entscheidungspflicht Säumnisbeschwerde an das zuständige Verwaltungsgericht zu erheben ist. Die grundlegende Bestimmung des AVG über die behördliche Pflicht zur Entscheidung ohne unnötigen Aufschub binnen der Höchstfrist von sechs Monaten ab Einlangen eines Antrags (§ 73 Abs 1 AVG) gilt aber nach wie vor allgemein, unabhängig von der Ausgestaltung des Instanzenzugs, und bildet daher den zentralen Angelpunkt für ein Vorgehen nach Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG und § 8 VwGVG (Säumnisbeschwerde an das Verwaltungsgericht).
- 4. Was das Verwaltungsstrafrecht anbelangt, so ist hervorzuheben, dass in der Praxis leider oftmals die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 43 Abs 1 VStG, dazu im Buch Anm 4 auf S 236, wonach eine Verhandlung auch dann stattzufinden hat, wenn der Beschuldigte aufgrund einer Aufforderung zur Rechtfertigung nach § 42 VStG zur Vernehmung erscheint) vernachlässigt wird. Das verlagert oft unmittelbare Beweisaufnahmen – systemwidrig – in die Beschwerdeinstanz. Vor den Verwaltungsgerichten finden mittlerweile schon mehr Verhandlungen statt als vor den Verwaltungsstrafbehörden erster Instanz, denen dies ja eigentlich primär obläge!
- 5. Was das Zustellwesen betrifft, so ist ein häufiges Problem in § 17 Abs 3 ZustG angesprochen: Bei der Post hinterlegte Sendungen gelten als zugestellt, außer wenn der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle

nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte. Das führt in der Praxis ständig zu Problemen, insb wenn der Benachrichtigungszettel fehlt, entweder weil eine Verständigung überhaupt unterblieb (was laut Anm 5 auf S 389 einen Zustellmangel darstellt) oder weil der Zettel verlorenging (was gem § 17 Abs 4 ZustG die Gültigkeit der Hinterlegung nicht berührt). Nur lässt sich das meist nicht mehr rekonstruieren. In der Praxis hat man eine Verfahrenspartei, die eine Frist versäumt hat, weil sie keinen Bescheid erhalten hat. Ob dann durch Hinterlegung eine Zustellfiktion anzunehmen ist oder nicht, ist eine ständige Streitfrage (und ebenso die nachträgliche Feststellung, ob eine Verfahrenspartei ortsabwesend war, wobei sie ja laut dem Gesetz nicht einmal ortsabwesend gewesen sein müsste, sondern schon eine Abwesenheit von der Abgabestelle ausreichen würde, um die Hinterlegungsfiktion nicht eintreten zu lassen).

In all diesen ständig wiederkehrenden Praxisfragen ist das vorliegende Buch eine wertvolle und nicht zuletzt dank seiner kompakten Form leicht und rasch zur Hand zu nehmende Informationsquelle!

**Verwaltungsverfahren  
samt Zustellgesetz, Agrarverfahrensgesetz, Dienst-  
rechtsverfahrensgesetz und den wichtigsten Durch-  
führungsverordnungen und Staatsverträgen.**

Von *Rudolf Thienel/Klaus Zeleny*. 20. Auflage. Sonderausgabe, Verlag Manz, Wien 2017, XXXII, 572 Seiten, geb, € 74,-.

---

**ADRIAN EUGEN HOLLAENDER**

# Zeitschriftenübersicht

## AKTUELLES RECHT ZUM DIENSTVERHÄLTNIS

- 6579**     **3**    *Covarrubias Venegas, Barbara:* „Wenn Ihr Unternehmen wüsste, was es alles weiß. . .“. Wissensmanagement und Wissenstransfer im demografischen Wandel
- 6580**     **3**    *Lindmayr, Manfred:* Wichtige Änderungen ab 2018 im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht

## ARBEITS- UND SOZIALRECHTSKARTEI

- 1**         **10**    *Geiblinger, Michael:* Der Anspruch des Betriebsrats auf Erhalt deutschsprachiger Unterlagen
- 16**    *Gerhartl, Andreas:* Sozialplan als Kündigungsvoraussetzung
- 23**    *Rauch, Thomas:* Der Widerruf des Privatnutzungsrechts bei einem Dienst-PKW
- 28**    *Leitner, Michael:* Verfahren beim Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel mit Konventionalstrafregelung

## AUFSICHTSRAT AKTUELL

- 6**         **6**      *Thaler, Christian und Daniela Laherstorfer:* Geschlechterquote: Neue Verbindlichkeit für die bekannte Gender Diversity
- 12**    *Schmidl, Anton:* Unternehmensfortführung in der Krise
- 15**    *Gruber, Johannes Peter:* Datenschutz: Jetzt wird's ernst!
- 18**    *Fritz, Josef:* Exzellenz im Aufsichtsrat
- 21**    *Friedrich, Ines und Martin Schober:* Der Prüfungsvertrag: Wirksamkeit und Gestaltungsspielraum vor dem Hintergrund des PSG
- 26**    *Fritz, Josef:* Die neue Aktionärskultur (Teil II)
- 29**    *Gruber, Johannes Peter:* Wettbewerbsrecht: Die Semperit-Entscheidung

## DER GESELLSCHAFTER

- 6**         **344**    *Kalss, Susanne, Elisabeth Brameshuber und Georg Durstberger:* Die Quote im Aufsichtsrat für Kapital- und Arbeitnehmervertreter
- 362**    *Fleischer, Holger:* Mitgliedschaftliche Treuepflichten: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven
- 373**    *Walch, Mathias:* Zum Mehrheitserfordernis bei Organbeschlüssen in der AG und der Genossenschaft

## ECOLEX

- 1**         **4**      *Bele, Alexander und Jens Winter:* Aliquotierungsgebot auch für Arbeiter
- 8**      *Stella, Dominik:* Entgeltfortzahlung bei einvernehmlicher Auflösung während Dienstverhinderung – bleibt alles beim Alten?
- 10**     *Wiesinger, Christoph:* Kündigung von Bauarbeitern
- 12**     *Häusler, Mara-Sophie:* Fehlberatung und Verjährung: Wann ist eine Pflichtverletzung „eigenständig“?
- 15**     *Sonnberger, Marcus W. A.:* Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung
- 31**     *Lindtner, Michael:* Zum Aussageverweigerungsrecht im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen
- 35**     *Nueber, Michael und Sebastian Auer:* Zur Bindungswirkung von Strafurteilen im Schiedsverfahren
- 43**     *Ebner, Gabriel:* Die Löschung nach der DSGVO und das Firmenbuch
- 46**     *Hahn, Jasmin Magdalena:* Individueller Gläubigerschutz bei Spaltungen
- 50**     *Solek, Lukas und Paul Nimmerfall:* Leitfaden der Bundeswettbewerbsbehörde zu Hausdurchsuchungen
- 61**     *Kietaibl, Christoph:* Zwei Fragen zur Zulassung von Sonderüberstunden durch Betriebsvereinbarung

## FINANZ JOURNAL

- 4**         **187**    *Ryda, Wolfgang und Gertraude Langheinrich:* Verzinsungen im Rahmen der Festsetzung und Einhebung der Abgaben
- 199**    *Puchinger, Martin:* Annäherung von Arbeitern und Angestellten

## IMMOLEX

- 12**       **334**    *Rosifka, Walter:* 6. und 7. Klausel-Entscheidung: Kritische Anmerkungen
- 339**    *Prader, Christian:* Zur Erfüllung des Transparenzgebots ohne Transparenz?
- 341**    *Graf, Georg:* Transparenzprobleme bei der Gebrauchsüberlassung durch gemeinnützige Bauvereinigungen
- 345**    *Schinnagl, Michaela:* Entgeltvereinbarungen im WGG im Lichte des Transparenzgebots

## INTERDISZIPLINÄRE ZEITSCHRIFT FÜR FAMILIENRECHT

- 6**         **364**    *Barth, Peter:* Unterhaltsvorschuss und Familienbeihilfe: Werte für 2018
- 382**    *Fucik, Robert und Christoph Mondel:* Abschaffung des „Pflegerregresses“ und Zivilverfahren
- 389**    *Wintersberger, Elisabeth:* Maßnahmenvollzug: Von den „Sicherungsmitteln“ in das neue Jahrtausend- und wieder zurück?
- 397**    *Bruckbauer, Georg:* Die Übergangsregelungen für die Anwendung des reinen Viertels auf die Schenkung auf den Todesfall nach dem ErbRÄG 2015

## Zeitschriftenübersicht

- 417 *Haberstroh, Julia und Tanja Müller*: Medizinische Behandlung – Unterstützung bei Zweifeln an der Entscheidungsfähigkeit von Menschen mit Demenz

**JOURNAL FÜR ARBEITSRECHT UND SOZIALRECHT**

- 4 318 *Hattenberger, Doris*: Landes-VB Recht und (Bundes-) Arbeitsrecht – Verfassungsrecht  
 340 *Resch, Reinhard*: Begründung Rechte und Pflichten im Arbeitsrecht und im Dienstrecht  
 354 *Moser, Norbert*: Einzelvertragliche Angleichung an das VB-Recht  
 364 *Baumgartner, Gerhard*: Gehorsamsprinzip und Weisungsrecht  
 384 *Hartl, Magdalena*: Beendigung des Arbeitsvertrags – VB-Recht und allgemeines Arbeitsrecht

**JOURNAL FÜR ERBRECHT UND VERMÖGENSNACHFOLGE**

- 4 112 *Brehm, Sebastian*: Vorsorgevollmacht und gewählte Erwachsenenvertretung als Instrumente der Vermögensverwaltung und Vorsorgeplanung  
 124 *Klampfl, Christoph*: Hinzurechnung und Anrechnung auf den Erbteil  
 137 *Isola, Lisa*: Das gesetzliche Pflegevermächtnis als Entgeltanspruch im Vermächtniswege  
 149 *Holzinger, Raphael und Benedikt Hörtenhuber*: Veranlagung verstorbener Steuerpflichtiger – Teil II

**JURISTISCHE BLÄTTER**

- 12 758 *Koppensteiner, Hans-Georg*: Über Verbandsautonomie  
 768 *Brunner, Maximilian*: Privatstiftung und Motivirrtum  
 776 *Faber, Wolfgang*: Auslegung von EuGH-Entscheidungen (2.Teil)

**JUSIT**

- 6 209 *Amlacher, Norbert und Markus Andréewitch*: Rechtliche Fragen des autonomen Fahrens – Haftung (Teil II)  
 214 *Sonntag, Michael*: Keine Bearbeitung des Datenbank-Programms durch einen Datenbank-Link  
 218 *Haslinger, Markus*: Rechtliche und organisatorische Aspekte neuer Meldepflichten im Bereich der Netz- und Informationssicherheit

**ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSZEITUNG**

- 11 401 *Billeth, Mario*: Die Anmerkung der Rangordnung und der Grundsatz des bürgerlichen Vormanns  
 418 *Wolkerstorfer, Thomas*: Eintritt des Vermögensopfers bei Schenkung auf den Todesfall

**ÖSTERREICHISCHE STEUERZEITUNG**

- 23 619 *Fuchs, Josef*: Das Urteil des EuGH in der Rs *Timac Agro* und seine Auswirkungen auf die Rechtsprechung des BFH und des VwGH  
 624 *Allram, Lukas und Erik Pinetz*: VwGH zu errichtenden Umwandlungen in der Unternehmensgruppe  
 629 *Patloch-Kofler, Alexandra und Florian Petrikovics*: Festsetzung von Säumniszuschlägen während laufender Beschwerdefrist – Analoge Anwendung des § 230 Abs 6 BAO?  
 632 *Weinhandl, Stefan*: Die finanz- und höchstgerichtliche Rechtsprechung zur KÖSt in der Praxis: Eine empirische Analyse (Teil 2)

**ÖSTERREICHISCHE ZEITSCHRIFT FÜR KARTELLRECHT**

- 6 207 *Gruber, Johannes Peter*: Die Verjährung von Geldbußen

**RECHT DER WIRTSCHAFT**

- 12 807 *Prader, Christian*: Eigentümergemeinschaft ohne Wohnungseigentümer  
 811 *Fidler, Philipp*: Bürgerlicher Vertrauensschutz durch Amtshaftungsansprüche  
 831 *Pöschl, Walter und Matthias Unterrieder*: Arbeiter und Angestellte – angeglichen, aber noch nicht gleich  
 859 *Beiser, Reinhold*: Mitarbeiterbeteiligungsstiftungen im Licht des Unionsrechts  
 865 *Bodis, Andrei*: Mitarbeiterbeteiligungsstiftungen: Verstößt die Besteuerungssystematik tatsächlich gegen das Unionsrechts?  
 867 *Marchgraber, Christoph*: Zuschreibungspflicht nach Einlagenrückzahlungen iSd § 4 Abs 12 EStG?  
 874 *Eversloh, Udo*: Beschränkter Verlustabzug bei Kapitalgesellschaften gem § 8 c Satz 2 KStG idF UntStRefG 2008 verfassungswidrig

**SACHVERSTÄNDIGE**

- 4 188 *Mudri, Martin*: Möglichkeiten und Grenzen der Thermografie  
 197 *Grünberger, Anton*: Forensische Lackuntersuchung und Spurenanalyse

- 205 *Böhm, Markus*: Wohnungseigentum: Spezial- und Problemfälle bei Nutzwertgutachten  
 211 *Schmidt, Alexander*: Erklärung der Bereitschaft zur elektronischen Gutachtensübermittlung

### STEUER- UND WIRTSCHAFTSKARTEI

- 35 1465 *Varro, Daniel*: Ermittlung des Durchschnittspreises im Internetzeitalter  
 1469 *Prodingner, Christian*: Der funktionierende Mietenmarkt – ergänzende Überlegungen  
 1477 *Capelare, Jennifer, Günther Schaunig und Felix Zopf*: Das „Versicherungsverhältnis“ im Rahmen der Versicherungs- und Umsatzsteuer (Teil I)  
 1485 *Moser, Gerald*: VwGH zum Begriff der umsatzsteuerlichen Großreparatur  
 1496 *Ritz, Christoph*: Nachforderung anfechtbar – Vorsoll unanfechtbar?  
 1500 *Knechtel, Markus*: Lückenlose Überprüfung Kapitalzuflüssen  
 1507 *Schauer, Reinbert*: Ist die Rechnungslegung spendensammelnder NPO ausreichend transparent?  
 1512 *Baumüller, Josef*: Nichtfinanzieller Bericht

### TAXLEX

- 12 376 *Polivanova-Rosenauer, Tatjana*: Kryptowährung – eine weitere Anlageklasse oder ein Wirtschaftsgut sui generis?  
 382 *Petritz, Michael und Daniel Grimmer*: Initial Coin Offering – eine neue Art der Unternehmensfinanzierung und ihre steuerlichen Auswirkungen  
 388 *Zechner, Lily*: Kryptowährungen: Sind Wechselstuben, Handelsplätze und Walletanbieter umsatzsteuerpflichtig?  
 399 *Varro, Daniel*: Bitcoin-Mining: nicht steuerbares Glücksspiel?  
 404 *Weiler, Maximilian und Alexander Lang*: Das Wirtschaftliche Eigentümer-Registergesetz (WiReG)  
 409 *Scheffzig, Anna*: Wieder einmal: Organschaft & wirtschaftliche Eingliederung  
 412 *Steiger, Stefan*: Nachtrag „Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz“ – Liste mit freien Gewerben

### WIRTSCHAFTSRECHTLICHE BLÄTTER

- 12 669 *Mitterlehner, Patrick*: Zur Verschwiegenheitspflicht entsandter Aufsichtsratsmitglieder (§ 88 AktG) unter Berücksichtigung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung  
 675 *Kohl, David und Christian Wolf*: „Umbrella Claims“ im Lichte der EU-Schadenersatzrichtlinie und des KaWeRÄG 2017  
 682 *Merli, Franz*: Ein seltsamer Fall von Willkür: Die VfGH-Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Wien

### WOHNRECHTLICHE BLÄTTER

- 12 369 *Fidler, Philipp*: Elektromobilität im Wohnungseigentumsrecht  
 385 *Knoll, Matthias und Marco Scharmer*: IWD – Die Datenschutz-Grundverordnung – eine enorme Herausforderung, nicht nur im Immobilienunternehmen

### ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHT, INTERNATIONALES PRIVATRECHT UND RECHTSVERGLEICHUNG

- 6 244 *Raschauer, Nicolas*: Die Umsetzung des EU-Finanzmarktrechts in Liechtenstein  
 263 *Wietzorek, Michael*: Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen Gerichtsentscheidungen und Schiedssprüchen in der Republik Seychellen  
 273 *Hidding, Franziska und Cedric Hornung*: Frankreich nach der Vertragsrechtsreform – auf dem Weg zur culpa in contrahendo?  
 280 *Kronthaler, Christoph und Andrea Schwangler*: Versendungskauf und Werklieferungsverträge nach österreichischem und deutschem Verbraucherrecht

### ZEITSCHRIFT FÜR FINANZMARKTRECHT

- 12 576 *Schopper, Alexander*: Zwingende rechtliche Vorgaben bei Kreditvergaben durch die Europäische Investitionsbank  
 585 *Heiss, Helmut*: Neues, nicht so Neues und Weiterführendes zum Gerichtsstand der Direktklage gegen den Haftpflichtversicherer nach der EuGVVO  
 589 *Sopp, Guido*: Neuerungen bei der aufsichtlichen Konsolidierung – EBA Draft RTS zu Art 18 CRR

### ZEITSCHRIFT FÜR GESUNDHEIT

- 4 108 *Kallab, Stefan und Klaus Schwaighofer*: Zur Herausgabepflicht der Krankengeschichte, insbesondere im psychiatrischen, psychologischen und psychotherapeutischen Bereich  
 113 *Renner, Bernhard*: Krankheit und Behinderung im Steuerrecht (Teil II)  
 120 *Wirrer, Michael*: „Machtwechsel bei Apotheken“ iSd § 12a MRG

**ZEITSCHRIFT FÜR INSOLVENZRECHT UND KREDITSCHUTZ**

- 6     **202** *Jenny, Clemens*: Rechnungslegungsbegehren und Insolvenzverfahren  
**206** *Bollenberger, Raimund*: Zur Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Insolvenzgläubigern  
**211** *Edel, Ingeborg und Gottfried Gassner*: Insolvenzanfechtung nach der EuInsVO – in kleinen Schritten zur Auslegungsklarheit  
**216** *Mayr, Marietta*: Insolvenzfestigkeit des Veräußerungs- und Belastungsverbot

**ZEITSCHRIFT FÜR VERBRAUCHERRECHT**

- 6     **188** *Schneider, Birgit*: Das neue Privatinsolvenzrecht  
**193** *Schacherreiter, Judith*: Klägergerichtsstand für Privatanleger bei fehlerhafter Kapitalmarktinformation?  
**196** *Ruschitzka, Laura*: Das neue Pauschalreisegesetz

**ZEITSCHRIFT FÜR VERGABERECHT**

- 6     **327** *Kopf, Hanns-Thomas*: Berücksichtigung von Mitarbeiterübernahmen gemäß Betriebsübergang-RL bei öffentlichen Ausschreibungen  
**331** *Wiesinger, Christoph*: Die Bedeutung der ILO-Abkommen im österreichischen Vergaberecht

**ZEITSCHRIFT FÜR VERGABERECHT UND BAUVERTRAGSRECHT**

- 12    **538** *Kropik, Andreas*: Mehrkostenforderungen von Bauunternehmern (Teil 2) – Beweistiefe, Grenzen der Nachweismöglichkeiten und Berechnungsmöglichkeiten

**ZEITSCHRIFT FÜR VERKEHRSRECHT**

- 12    **392** *Netzer, Andreas*: Genehmigungspflichtige Rechtsakte  
**397** *Hiesel, Martin*: Verkehrsrecht und Vertrauensschutz  
**400** *Knibbe, Ulrich*: Funparks (Snowparks)  
12 a   **430** *Pürstl, Gerhard*: 50 Jahre KFG – 20 Jahre FSG  
**434** *Klar, Wolfgang*: Das vernetzte Fahrzeug als erster Schritt der Automatisierung  
**438** *Kranabetter, Alexander und Gernot Philipp*: Flexibler 80er auf der Salzburger Stadtautobahn  
**447** *Piska, Christian*: Die neue deutsche Maut  
**449** *Zleptnig, Stefan*: Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Digitalen Vignette  
**452** *Stabentheiner, Johannes*: Die Haftung des Pistenhalters und vergleichbarer Sportanlagenbetreiber  
**461** *Gschöpf, Marwin*: Die deliktische Haftung von Skifahrern und anderen Wintersportlern  
**468** *Schacherreiter, Judith*: Ergo Insurance und Gjensidige Baltic  
**472** *Fucik, Robert*: Verkehrsunfälle mit Auslandsbezug  
**478** *Eberhard, Harald*: Verkehrsstrafen im Ausland und ihre Vollstreckbarkeit in Österreich  
**486** *Kletečka-Pulker, Maria und Klara Doppler*: Ärztliche Melde- und Informationspflichten im Zusammenhang mit Fahruntauglichkeit  
**491** *Riesz, Thomas*: Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten von (Amts-)Ärzten im Spannungsverhältnis zur Verkehrssicherheit  
**498** *Zelenka, Ursula*: Verkehrsrechtliche Neuerungen  
**505** *Germ, Martin*: Drogen im Straßenverkehr  
**509** *Eustacchio, Andreas*: Automatisiert zum Recht  
**515** *Lachmayer, Konrad*: Von Testfahrten zum regulären Einsatz automatisierter Fahrzeuge

**ZEITSCHRIFT FÜR VERWALTUNG**

- 4     **405** *Müllner, Josef*: Zulässigkeit und Schranken der sozialhilferechtlichen Ersatzpflicht des Geschenknehmers  
**417** *Kaspar, Marina*: Mindestsicherung für Unionsbürger zwischen Brey und Dano – Eine Analyse des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 9. 8. 2016, Ro 2015/10/0050  
**425** *Klaushofer, Reinhard*: Platzverbotszonen – die perfekten Orte, um sich ungestört zu versammeln?  
**429** *Wieser, Bernd*: Der Jagdverwalter nach steiermärkischem Jagdrecht

**ZEITSCHRIFT FÜR VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT**

- 6     **476** *Kleiser, Christoph*: Die neue Rolle des Verwaltungsgerichtshofes in seiner Rechtsprechung  
**486** *Seydl, Christoph*: Der Zugang von Wirtschaftsakademikern zur Finanzgerichtsbarkeit



**254 Disziplinarrecht**

Verteidigerkosten im Disziplinarverfahren bei Freispruch

Ausgeschlossenheit von Mitgliedern des Disziplinarrats

**255 Zivilrecht/Gesellschaftsrecht**

Einlagenrückgewähr

**257 Gebühren- und Steuerrecht**

Steuerwirksames häusliches Arbeitszimmer bei überwiegender Heimarbeit: „Krankheit ja, Mutter nein?“



**MICHAEL BURESCH**  
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2018/67

## Verteidigerkosten im Disziplinarverfahren bei Freispruch

### DISZIPLINARRECHT

§ 38 Abs 2 DSt; § 393 a StPO

#### Keine analoge Anwendung des § 393 a StPO im Disziplinarverfahren.

OGH 28. 8. 2017, 23 Ds 7/17g

#### Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen Beschluss wies der Vorsitzende des Disziplinarrats den Antrag des freigesprochenen Beschuldigten auf Zuerkennung eines Verteidigerkostenersatzes gem § 393 a StPO ab.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die dagegen gerichtete Beschwerde versagt.

Sie zeigt selbst zutreffend auf, dass Gesetzesmaterialien, Judikatur (vgl RIS-Justiz RS0106585) und Erkenntnisse des VfGH (vgl zuletzt VfGH 14. 3. 2017, G 405/2016 ua; JBl 2017, 433) auch unter Bezugnahme auf Art 6 MRK eine analoge Anwendung des § 393 a StPO im Disziplinarverfahren für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter ausschließen.

#### Anmerkung:

Mit diesem „Dreizeiler“ hat der OGH die bisherige Judikatur von OBDK (AnwBl 2012, 94) und VfGH fortgesetzt,

wonach es bei einem Freispruch im Disziplinarverfahren keinen Verteidigerkostenersatz (und zwar nicht einmal die bescheidenen Beträge nach § 393 a StPO) gibt. Bleibt Folgendes anzumerken:

§ 38 Abs 2 DSt regelt nur die Kostenersatzpflicht des Beschuldigten im Fall einer Verurteilung, enthält aber weder eine positive noch eine negative Regelung über den Kostenersatz im Fall eines Freispruchs. Die Klarstellung, dass es – anders als im Strafprozess – im Fall eines Freispruchs im Disziplinarverfahren keinen Kostenersatzanspruch gibt, findet sich in den ErläutRV des DSt 1990 (1188 BlgNR 17. GP 28). Insofern liegt daher keine durch sinngemäße Anwendung der StPO (§ 77 Abs 3 DSt) zu schließende Lücke vor.

**MICHAEL BURESCH**



**MICHAEL BURESCH**  
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2018/68

## Ausgeschlossenheit von Mitgliedern des Disziplinarrats

### DISZIPLINARRECHT

§ 77 Abs 1 DSt; § 43 Abs 4 StPO

#### Mitglieder des Disziplinarrats, die im Verfahren bereits tätig waren, sind im Verfahren über einen Wiederaufnahmeantrag ausgeschlossen.

OGH 18. 9. 2017, 20 Ds 7/17k

#### Sachverhalt:

Mit Erk des Disziplinarrats v 18. 1. 2016 wurde der Beschuldigte der Disziplinarvergehen der Berufspflichtenverletzung und der Beeinträchtigung von Ehre oder Ansehen des Standes schuldig erkannt. Der erkSen setzte sich aus Dr. S. als Vorsitzenden sowie Mag. E., Mag. H., Dr. J. und Dr. L. als weitere Mitglieder zusammen.

Der dagegen gerichteten Berufung des Beschuldigten wurde mit ho Entscheidung v 20. 9. 2016, AZ 20 Os 6/16g, nicht Folge gegeben.

Mit dem nun angefochtenen Beschluss v 6. 3. 2017 wies der Disziplinarrat einen als Einspruch bezeichneten, aber die Wiederaufnahme des Verfahrens anstrebenden Antrag des Verurteilten ab, wobei dem Senat neuerlich Dr. S., Mag. H., Dr. J. und Dr. L. angehörten.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Der dagegen gerichteten Beschwerde kommt Berechtigung zu.

Nach § 77 Abs 1 DSt gelten ua für die Wiederaufnahme des Verfahrens sinngemäß die Bestimmungen der Strafpro-

zessordnung, welche nach Abs 3 im Übrigen im Disziplinarverfahren auch insoweit sinngemäß anzuwenden sind, als sich aus dem DSt nichts anderes ergibt und deren Anwendung mit den Grundsätzen und Eigenheiten des Disziplinarverfahrens vereinbar ist.

Nach § 43 Abs 4 StPO ist ein Richter von der Entscheidung über einen Antrag auf Wiederaufnahme und von der Mitwirkung und Entscheidung im erneuerten Verfahren ausgeschlossen, wenn er im Verfahren als Richter tätig gewesen ist.

Der genannte Ausschließungsgrund trifft auf den Vorsitzenden und drei weitere Senatsmitglieder des Disziplinarrats zu, weshalb der angefochtene Beschluss aufzuheben und dem Disziplinartrat die neuerliche Entscheidung über

den Antrag auf Wiederaufnahme aufzutragen ist (§ 77 Abs 3 DSt iVm § 89 Abs 2a Z 1 letzter Satz StPO; vgl 28 Os 17/14f).

#### Anmerkung:

Mitglieder des Disziplinarrats sind nicht nur vom weiteren Verfahren ausgeschlossen, wenn sie an einem Erk mitgewirkt haben, das infolge eines Rechtsmittels aufgehoben wurde (§ 43 Abs 2 StPO; vgl 28 Os 9/16g AnwBl 2017, 616), sondern auch im Verfahren über einen Wiederaufnahmeantrag (§ 43 Abs 4 StPO).

---

**MICHAEL BURESCH**

## Einlagenrückgewähr

**ZIVILRECHT/GESELLSCHAFTSRECHT**

§ 82 GmbHG; § 10 EKEG; § 187 Abs 1 UGB

### Keine analoge Anwendung des kapitalgesellschaftlichen Verbots der Einlagenrückgewähr mangels Eigenkapitalcharakters der Einlage.

OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t

#### Sachverhalt:

Die beklagte Kommanditgesellschaft wurde mit Kommanditgesellschaftsvertrag vom 21. 5. 1973 (in der in Rede stehenden Fassung im Folgenden: KGV) gegründet. Als Komplementäre der Beklagten fungieren die I\*\*\*\*\*gesellschaft mbH sowie (nunmehr) die I\*\*\*\*\* Holdinggesellschaft mbH. Am Vermögen der Beklagten sind zahlreiche atypisch stille Gesellschafter beteiligt; mit den „Zeichnern“ schloss die Beklagte stille Gesellschaftsverträge (im Folgenden: SGV) ab. Die Klägerin hatte 462 atypisch stille Gesellschaftsanteile mit einem Nominale von gesamt € 335.749,25 am Sekundärmarkt im Zeitraum 2001 bis 2006 von Dritten erworben. [...]

Einen Bilanzgewinn erzielte die Beklagte während der gesamten Geschäftstätigkeit nie. Lediglich in folgenden Jahren erzielte die Beklagte einen „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“: 1995 (€ 563.000,-), 1996 (€ 2.911.000,-) und 1997 (€ 4.474.000,-); in den übrigen Jahren war selbst der „Bilanzgewinn vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ negativ. Das „Jahresergebnis vor Vorwegbezug stiller Gesellschafter“ betrug 1995 € 1.620.579,77, 1996 € 2.348.259,13 und 1997 € 1.563.135,09; an die stillen Gesellschafter wäre in diesen Jahren jeweils ein Betrag von mehr als € 5.800.000,- zu zahlen gewesen. Darüber hinaus erwirtschaftete die Beklagte 2013 einen Jahresfehlbetrag von € 1.455.000,-; zum 31. 12. 2013 betrug der Bilanzverlust € 58.177.000,-. Die Vorwegbezüge im Zeitraum 2001 bis 2008 wurden auf dem Verrechnungskonto der Klägerin gut-

gebucht. Auf dem Verrechnungskonto der Klägerin befand sich per 31. 12. 2014 ein Saldo von € 29.455,80. Mit Schreiben vom 20. 5. 2009 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie aufgrund der Entscheidung des OGH zu 2 Ob 225/07p die Entscheidung getroffen habe, Ausschüttungen an atypisch stille Gesellschafter nur mehr dann vorzunehmen, wenn diese vom Reingewinn der Gesellschaft abgedeckt seien.

Mit Schreiben vom 15. 6. 2015 kündigte die Klägerin ihre Anteile an der Beklagten mit Wirksamkeit per 2. 1. 2016 und ersuchte um Auszahlung des Guthabens in Höhe des Klagsbetrags (€ 29.455,80) auf ihrem Verrechnungskonto binnen 14 Tagen.

In ihrer Klage begehrte die Klägerin – gestützt auf § 8 Z 1 KGV und Pkt VII lit b SGV – die Zahlung des der Höhe nach außer Streit stehenden Klagsbetrags an Guthaben auf dem Verrechnungskonto. Die Beklagte wendete demgegenüber ein, sie verfüge über ein Kommanditkapital von € 4.300,-. Die Einlagen der atypisch stillen Gesellschafter beliefen sich per 31. 12. 2013 auf € 96.062.078,32, nach entsprechender Verlustzuweisung auf € 25.270.614,45 bei einer Bilanzsumme von € 56.785.567,73 und Verbindlichkeiten von € 15.883.099,40. Die Auszahlung von Vorwegbezügen sei von der Beklagten im Jahr 2009 eingestellt worden, weil sie aufgrund der E 2 Ob 225/07p zur Auffassung gelangt sei, dass die Gewährung gewinnunabhängiger Vorwegbezüge durch eine GmbH & Co KG wie die beklagte gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoße und daher rechtswidrig sei.



**ADRIAN EUGEN  
HOLLAENDER**  
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2018/69

Das ErstG wies das Klagebegehren ab. Das BerG gab dem Klagebegehren statt. Gegen das Urteil des BerG richtete sich nunmehr die Revision der Beklagten mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils; hilfsweise wurde ein Aufhebungsantrag gestellt. Der OGH gab der Revision jedoch keine Folge.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Der Anspruch des Klägers bestünde nur dann nicht, wenn dem entweder das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 82 GmbHG oder die Regeln des Eigenkapitalersatzrechts entgegenstünden. [...] Die Argumentation der Revision ist nicht stichhaltig, die stillen Gesellschafter seien, weil sie die Beklagte finanzierten, deren wirtschaftliche Eigentümer, sodass § 82 GmbHG anzuwenden sei. Auch eine Bank, die einer Gesellschaft Kredit gewährt, wird dadurch nicht zu deren „wirtschaftlichem Eigentümer“. Dass die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters nicht ohne weiteres als Eigenkapital anzusehen ist, ergibt sich neben § 10 EKEG auch aus § 187 Abs 1 UGB. Gem § 18 Abs 1 EKEG ist dieses auf „Sachverhalte anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2003 verwirklicht werden“. Daraus folgt, dass, soweit die Klägerin vor diesem Zeitpunkt Beteiligungen erworben hat (nach dem unwidersprochenen Klagsvorbringen im Zeitraum 2001 bis 2006), das EKEG nicht anwendbar ist. [...]

Vor Inkrafttreten des EKEG hat die Rsp Einlagen des Stillen Rückzahlungsbeschränkungen unterworfen, wenn „Mitunternehmerschaft“ vorliegt, weil der Stille an den stillen Reserven bzw dem Firmenwert beteiligt ist (SZ 68/176) oder wenn die Stellung des Stillen der eines Kommanditisten angenähert ist (SZ 69/166, 208). Im vorliegenden Fall ist die Stellung des Stillen, was seine Mitwirkungsrechte betrifft, auch nicht der eines Kommanditisten angenähert: Die Klägerin kann nicht wie der Kommanditist gem § 164 UGB einer Handlung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters widersprechen, wenn die Handlung über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgeht. Sie hat auch nicht wie der Kommanditist gem § 119 iVm § 161 Abs 2 UGB das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung. Der Klägerin kann somit auch im Hinblick auf die zitierte Rsp nicht unterstellt werden, sie habe ihre Einlage als Eigenkapital der Beklagten verstanden wissen wollen. [...]

Soweit in der bisherigen Judikatur und Literatur auf den Gleichklang mit dem Steuerrecht abgestellt wird, ist zudem darauf zu verweisen, dass nach der neueren Judikatur des VwGH Mitunternehmerschaft iS des Steuerrechts nur dann vorliegt, wenn der Teilhaber Unternehmerwagnis eingeht, was nach der Rsp des VwGH erfordert, dass er an der Unternehmerinitiative und dem Unternehmerrisiko teilnimmt. [...] Die Voraussetzung, dass der stille Gesellschafter an der Unternehmerinitiative teilnimmt, ist im vorliegenden Fall jedenfalls nicht erfüllt.

Mangels Eigenkapitalcharakters ihrer Einlage kann daher das kapitalgesellschaftliche Verbot der Einlagenrückgewähr nicht analog auf die Klägerin angewendet werden.

#### Anmerkung:

Die **prominente oberösterreichische Firmengruppe**, um die es hier geht, befasste sich im großen Stil mit **Immobilien** in Österreich, Deutschland, Ungarn und Italien, aber auch mit **Medienprojekten** (etwa in Form der Beteiligung an dem Film „Georg Elser“ mit Klaus Maria Brandauer oder an der – inzwischen eingestellten – bekannten Fachzeitschrift „Wirtschaftsblatt“).

Das **Finanzierungsmodell der Gruppe** gab seit jeher **Anlass zu Auseinandersetzungen**. Viele „**stille Gesellschafter**“ – die bei näherer Betrachtungsweise **eher Geldgeber als mitunternehmerische Gesellschafter** waren – fühlten sich und ihr Geld schlecht behandelt. Nunmehr hat sich eine solche „stille Gesellschafterin“ mit ihren Ansprüchen gegen die Immobiliengruppe durchgesetzt. Daraufhin erfolgte **eine der größten Insolvenzen Oberösterreichs!**

Zunächst sei zum besseren Verständnis der Kernsachverhalt kurz rekapituliert: Die Klägerin hatte vor mehr als zehn Jahren auf dem Sekundärmarkt 462 Anteile erworben. Das Gesamtnominale betrug € 335.700,-. Aus der vertraglich zugesicherten Mindestverzinsung (sechs Prozent) wurden ihr € 29.500,- auf dem Verrechnungskonto gutgeschrieben. Mitte 2015 verlangte sie die Auszahlung ihres Guthabens. Die Gruppe verweigerte jedoch die Rückzahlung der Einlage und die Zinszahlung mit der Begründung, es handle sich um eine verbotene Einlagenrückgewähr.

In seinem 52 Seiten starken Urteil widerlegte der OGH nunmehr diese Argumentation und stellte klar, dass die **Einlagen** und die Zinsen (bzw – genauer – die Vorwegbezüge) **nicht als Eigenkapital, sondern als Fremdkapital** einzustufen sind. Dieses **Urteil war für die Gruppe brisant**, denn alle stillen Gesellschafter waren demnach berechtigt, ihr Kapital samt Zinsen zurückzufordern.

Statt nun aber an über 15.300 „stille Gesellschafter“ insgesamt 58 Mio Euro zu zahlen, erklärten sich wesentliche Teile der Gruppe für zahlungsunfähig und so kam es zu einer der größten Firmengruppeninsolvenzen Oberösterreichs: Laut den Gläubigerschutzverbänden Creditreform und KSV1870 beträgt die **Schuldensumme** – alle sechs Insolvenzanträge zusammengerechnet – insgesamt **rund 113 Mio Euro**. Allein die Dachgesellschaft soll 68,9 Mio Euro Schulden, aber nur 12,3 Mio Euro verwertbares Vermögen aufweisen. All das ist für die Gesellschafter – die de facto eher Investoren als Gesellschafter waren – erschütternd, denn sie werden wohl 80 Prozent ihres Kapitals und der Zinsen als Verlust abschreiben müssen.

**In rechtlicher Hinsicht** müsste in Wahrheit **von Anfang an** für alle Beteiligten **absehbar** gewesen sein, **dass der Auszahlung des sechsprozentigen Vorwegbezugs** an die atypisch stillen Gesellschafter **nicht**, wie behauptet, **das Verbot der Einlagenrückgewähr entgegenstand**: Das zentrale Argument der Gruppe war auf die OGH-E 2 Ob 225/07 p gegründet, ließ aber außer Acht, dass ge-

# Anwaltsprüfung ante portas?

Jetzt  
bestellen:  
☎ +43 1 531 61 655  
[rdb.at/konzipient](http://rdb.at/konzipient)

  
**KEEP  
CALM  
AND  
CHECK  
rdb.at**

*Das RDB Konzipienten-Paket.  
6 Monate online recherchieren  
in der RDB, ABGB-ON und  
2 Online-Kommentare Ihrer Wahl.*

**rdb.at/**  
wo MANZ findet /

# simpLEX Doks

Gesellschaftsrecht. Einfach. Effizient.

© George Rudy - Shutterstock.com

Jetzt  
1 Monat  
**kostenlos!**  
+43-1-53161-655

Firmenbuch genial einfach



Firmenbuchanträge in akribischer Handarbeit verfassen war gestern.  
Erstellen Sie Ihre Anträge automatisiert in wenigen Minuten.  
Datensicher und rechtssicher – 80 Antragsgegenstände.

[vertrieb@manz.at](mailto:vertrieb@manz.at) oder [www.manz.at/simplex](http://www.manz.at/simplex)

simpLEX Doks ist eine Beteiligung von **MANZ** 

genständlich die **stillen Beteiligten nicht an der Willensbildung der Kapitalgesellschaft beteiligt** waren. Dass das **Kapital von atypisch stillen Gesellschaftern bei fehlenden Mitwirkungsrechten** (das ist hier ausschlaggebend!) **kein Eigenkapital, sondern eine Verbindlichkeit der Gesellschaft** darstellt, ist offenkundig. Denn unabdingliche **Voraussetzung für** die Annahme einer **Mitunternehmerschaft** eines stillen Gesellschafters ist – nebst der Tragung eines Unternehmerrisikos (also der Teilnahme am Wagnis des Unternehmens und der Beteiligung am Gewinn und Verlust und an den stillen Reserven einschließlich des Firmenwerts) – auch die **Möglichkeit der Entfaltung einer Unternehmerinitiative**. Das ist dann der Fall, wenn **auf das betriebliche Geschehen** (zB durch ein Stimmrecht) **Einfluss genommen** und entsprechende **Kontrolle ausgeübt** werden kann.

Vereinfacht ließe sich in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zusammenfassend sagen, dass vorliegendenfalls **faktisch überhaupt keine stille Beteiligung** am Unter-

nehmen (anschaulicher formuliert: **keine Mitunternehmerschaft**), **sondern** vielmehr ein **Investment** mit einer bestimmten Mindestverzinsung vorlag, das der Sache nach dem Wesen einer Schuldverschreibung viel näher war als jenem einer stillen Beteiligung. Denn die Zeichnung zB einer Anleihe ist durch bloßes Investieren, das **Eingehen einer Unternehmensbeteiligung** hingegen durch die Möglichkeit der **tatsächlichen Mitgestaltung des Unternehmens** und der dessen Handeln prägenden **Willensbildungsprozesse** charakterisiert. Gegenständlich fehlte den „stillen Gesellschaftern“ jedoch jegliche Möglichkeit der Teilnahme an der Willensbildung und an der Kontrolle in der Kapitalgesellschaft. Folglich waren deren Einlagen nicht als Eigenkapital, sondern als Fremdkapital einzustufen. Und dass Fremdkapital nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegt, ja diesem begrifflich gar nicht unterliegen *kann*, ist evident!

---

**ADRIAN EUGEN HOLLAENDER**

## Steuerwirksames häusliches Arbeitszimmer bei überwiegender Heimarbeit: „Krankheit ja, Mutter nein?“

### GEBÜHREN- UND STEUERRECHT

§ 16 Abs 1, § 20 Abs 1 Z 2 lit d EStG 1988

**Bei Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer handelt es sich um Aufwendungen, bei denen die Schwierigkeit der Abgrenzung gegenüber den Kosten der privaten Lebensführung zur Erörterung von Gesichtspunkten der Notwendigkeit des Aufwands als Indiz für dessen berufliche Veranlassung führt.**

**Das Fehlen eines geeigneten Arbeitsplatzes an der Dienststelle ist keine rechtliche Voraussetzung, sondern nur ein Indiz für die berufliche Veranlassung des Aufwands. Ob diese vorliegt, hängt stets von der Gesamtheit der konkreten Umstände des Einzelfalls ab.**

**Ein Fall, in dem die überwiegende Benützung eines häuslichen Arbeitszimmers aus besonderen gesundheitlichen Gründen unabdingbar ist, um das zu versteuernde Einkommen zu erzielen, wird dabei anders zu beurteilen sein als etwa ein solcher, in dem es um die Optimierung einer schon gewährleisteten Kinderbetreuung oder um die Vermeidung von (anderen) Kosten geht, die für sie sonst entstehen würden.**

VwGH 18. 10. 2017, Ra 2016/13/0028

#### Sachverhalt:

Die 1984 geborene Revisionswerberin (RevWerberin) ist seit dem Jahr 2005 Angestellte einer Steuerberatungsgesellschaft in Wien, bei der sie nach dem Vorbringen in der Revision als Kundenbetreuerin in der Buchhaltung und Lohnverrechnung begann und im Streitjahr 2014 die Position einer für Arbeitseinteilung, Kontrolle des Arbeitsfortschritts und Organisation zuständigen Kanzleileiterin innehatte. Sie heiratete 2010, begann im selben Jahr mit der Errichtung

eines 2012 fertiggestellten Einfamilienhauses im nördlichen Niederösterreich und wurde im Oktober 2011 erstmals Mutter. Ab Jänner 2012 (Wiederbeginn der Beschäftigung nach der Geburt des ersten Kindes) erbrachte die RevWerberin einen Teil ihrer Arbeitsleistung von zu Hause aus, wofür sie ein häusliches Arbeitszimmer einrichtete. Im Jahr 2013 arbeitete sie „im Schnitt an drei Tagen in der Woche in der Kanzlei“ in Wien und im Übrigen zu Hause. Im Juni 2014 wurde die RevWerberin zum zweiten Mal Mutter, was



**FRANZ PHILIPP  
SUTTER**

*Der Autor ist Richter des  
Verwaltungsgerichtshofs.*

**2018/70**

eine von April bis August 2014 dauernde Unterbrechung der Beschäftigung mit sich brachte. Nach der Wiederaufnahme der Beschäftigung verrichtete sie ihre Arbeit nur mehr an zwei Tagen in der Woche in der Kanzlei in Wien und im Übrigen von zu Hause aus.

Im Einkommensteuerbescheid v 7. 4. 2015 für das Jahr 2014 versagte das FA die Anerkennung von Kosten für das häusliche Arbeitszimmer mit der Begründung, es bilde nicht den Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit der RevWerberin.

Mit dem angef Erk versagte auch das BFG die Anerkennung der Kosten für das häusliche Arbeitszimmer. Es legte dazu dar, das häusliche Arbeitszimmer habe nach Reduktion der Anwesenheit in der Kanzlei in Wien auf zwei Tage iSd § 20 Abs 1 Z 2 lit d Satz 2 EStG 1988 zwar wegen des zeitlichen Überwiegens den Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit der RevWerberin gebildet. Die „von der Judikatur geforderte Voraussetzung, ob das Arbeitszimmer nach der Art der Tätigkeit der Bf notwendig ist“, sei jedoch nicht erfüllt. Das BFG verwies dazu zunächst auf Erk des VwGH v 7. 10. 2003, 99/15/0203, und v 16. 12. 2003, 2001/15/0197, wonach es an der beruflichen Notwendigkeit für ein häusliches Arbeitszimmer fehle, wenn beim Dienstgeber ein Arbeitsraum zur Verfügung stehe, weiters auf das Erk v 31. 5. 2011, 2008/15/0126, wonach die Notwendigkeit eines Arbeitszimmers „nach der Art der Tätigkeit des Steuerpflichtigen zu beurteilen“ sei, und auf das Erk v 25. 7. 2013, 2011/15/0104. Im zuletzt genannten Erk habe der VwGH erklärt, bei Bereitstellung eines Arbeitsplatzes durch den Dienstgeber hänge die Notwendigkeit eines häuslichen Arbeitszimmers „von der Gesamtheit der konkreten Umstände des Einzelfalls“ ab. Der damals angef Berufungsbescheid sei vom VwGH aufgehoben worden, weil sich die belBeh mit der „Krankheit und Behinderung“ des Bf nicht auseinandergesetzt hatte. Im Erk v 30. 6. 2015, 2013/15/0165, habe der VwGH unter Bezugnahme auf das Erk v 25. 7. 2013, 2011/15/0104, eingeräumt, die Möglichkeit der Benutzung eines jederzeit zugänglichen Arbeitszimmers beim Arbeitgeber könnte der Notwendigkeit eines häuslichen Arbeitszimmers „allenfalls dann“ nicht entgegenstehen, „wenn ein Abgabepflichtiger aufgrund seiner Krankheit bzw Behinderung die Arbeit zum Großteil von zu Hause aus erledigen muss“. Das BFG sehe darin eine Bezugnahme auf „Umstände, die die betroffene Person geradezu dazu nötigen“, ein häusliches Arbeitszimmer in Anspruch zu nehmen. Dies sei „im gegebenen Fall nicht ersichtlich“. Die RevWerberin habe erst im Streitjahr den Mittelpunkt ihrer beruflichen Tätigkeit in das häusliche Arbeitszimmer verlegt und dazu in ihrer Beschwerde v 4. 5. 2015 dargelegt, dies sei „aufgrund der streckenmäßig großen Entfernung zu den Kanzleiräumlichkeiten sowie der Tatsache, dass ich zweifache Mutter kleiner Kinder bin“, erfolgt. Damit spreche sie nach Ansicht des BFG „die tatsächliche, in ihrem privaten Bereich gelegene Motivation ihrer verstärkten Heimarbeit an“. Auch im Vorlageantrag sei ausgeführt worden, die RevWerberin arbeite „nicht freiwillig von zu Hause

aus, sondern weil es ihr anders nicht möglich ist, als 2fache Mutter einer 40-Stunden Beschäftigung nachzugehen, um ihre Familie zu ernähren“. Für die „private Veranlassung der Heimarbeitsvereinbarung“ spreche vor allem, dass diese nach der Geburt des ersten Kindes begonnen habe und „konsequent“ im Jahr der Geburt des zweiten Kindes erweitert worden sei. Zusammenfassend sei zu erkennen, dass die RevWerberin den Mittelpunkt ihrer beruflichen Tätigkeit „aus außerhalb ihrer Erwerbstätigkeit gelegenen Gründen“ in das häusliche Arbeitszimmer verlegt und dessen Notwendigkeit, „bezogen auf die Art ihrer Tätigkeit“, nicht hinreichend glaubhaft gemacht habe. Ein Abzug der Aufwendungen dafür habe daher zu unterbleiben.

Gegen dieses Erk richtet sich die vorliegende ao Revision, in der zu ihrer Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ua ausgeführt wird, das BFG habe das Erk v 30. 6. 2015, 2013/15/0165, falsch interpretiert und auf das Erk v 25. 7. 2013, 2011/15/0104, zu wenig Bedacht genommen. Es stelle sich die Frage, ob die Benutzung eines häuslichen Arbeitszimmers „infolge Krankheit einer anderen Beurteilung zu unterziehen“ sei als eine solche „infolge Kindererziehung“ („Krankheit ja, Mutter nein?“).

#### Spruch:

Die Revision wird abgewiesen.

#### Aus den Gründen:

[. . .]

19 Die Revision ist zulässig, weil sie Anlass zu Klarstellungen in Bezug auf die zwei zuletzt erwähnten Erk des VwGH gibt. Sie ist aber nicht begründet.

20 Für die Berücksichtigung von Kosten für ein im Wohnungsverband gelegenes Arbeitszimmer ergibt sich aus § 20 Abs 1 Z 2 lit d EStG 1988 (seit dem Strukturanpassungsgesetz 1996 BGBl 1996/201/201) eine besondere Voraussetzung („Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen“), auf die hier nicht eingegangen werden muss, weil ihr Vorliegen unstrittig ist. Auf die Schädlichkeit eines vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsplatzes wurde aber auch in diesem Zusammenhang schon Bezug genommen (vgl die RV zum StruktAnpG 1996, 72 BlgNR 20. GP 265: „jedenfalls“; weniger kategorisch *Kofler* in *Doralt/Kofler*, EStG<sup>11</sup> [2007] § 20 Tz 104/4).

21 Davon abgesehen handelt es sich bei Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer um Aufwendungen, bei denen die Schwierigkeit der Abgrenzung gegenüber den Kosten der privaten Lebensführung zur Erörterung von Gesichtspunkten der Notwendigkeit des Aufwands als Indiz für dessen berufliche Veranlassung führt (vgl allgemein *Zorn* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>19</sup> [2017] § 4 Tz 241 f; *Doralt*, EStG<sup>13</sup> [2009] § 16 Tz 3 und 8 f; *Sutter/Pfalz* in *Hofstätter/Reichel*, Die Einkommensteuer – Kommentar 62. Lfg [2016] § 16 EStG 1988 Tz 23 und 25; *Jakom/Lenneis*, EStG [2017] § 16 Rz 2; zum häuslichen Arbeitszimmer vor allem

Kofler, aaO Tz 104/9). Das Kriterium der Notwendigkeit ist dabei in zwei voneinander unterscheidbaren Ausprägungen zu beachten. Einerseits unter dem Gesichtspunkt der Art der Tätigkeit und der Auslastung des dafür verwendeten Raums und andererseits im Hinblick auf die Frage, ob dem Steuerpflichtigen nicht schon an seiner Dienststelle ein geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung steht (vgl dazu mit Nachweisen aus der Rsp Kofler, aaO).

22 Das Erk des VwGH v 30. 6. 2015, 2013/15/0165, auf das sich das BFG vor allem gestützt hat, betraf den Fall einer Projektbetreuerin, die „in erster Linie am Computer“ arbeitete und – wie im vorliegenden Fall die RevWerberin – nur an zwei Tagen in der Woche das Büro des Arbeitgebers in Wien aufsuchte. In den Gründen, aus denen er einer Amtsbeschwerde gegen die Berücksichtigung der Kosten des häuslichen Arbeitszimmers stattgab, nahm der VwGH zunächst – getrennt – auf Vorjudikatur zu den beiden erwähnten Ausprägungen des Notwendigkeitskriteriums Bezug. Wenn es in den weiteren Ausführungen hieß, die Mitbeteiligte habe „nicht einmal behauptet, dass sich die Notwendigkeit des Arbeitszimmers aus der Art der von ihr ausgeübten Tätigkeit ergibt“, so bezog sich dies – die Entscheidung bereits tragend – auf den ersten der beiden Gesichtspunkte.

23 Im vorliegenden Fall hat das BFG trotz der insofern missverständlichen Bezugnahme auf die „Art der Tätigkeit“ nicht angenommen, die RevWerberin hätte ihre Arbeit, soweit sie sie zu Hause verrichtete, auch in einem gemischt genutzten Raum, also etwa in ihrem Wohnzimmer, erledigen können. Herangezogen wurde – wie nur zusätzlich auch im Erk v 30. 6. 2015 – das zweite Notwendigkeitskriterium, nämlich der überwiegende Verzicht auf die Benützung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsplatzes, von dem das BFG zu der Überzeugung gelangte, er sei privat motiviert gewesen. [. . .]

25 Der Annahme des BFG, die im Streitjahr erweiterte Heimarbeitsvereinbarung wäre ohne die Obsorgepflichten der RevWerberin nicht getroffen worden, tritt die Revision daher nicht wirksam entgegen. Sie macht aber auch geltend, nach dem Erk des VwGH v 25. 7. 2013, 2011/15/0104 VwSlg 8830/F, und dem Verweis darauf in dem Erk v 30. 6. 2015, 2013/15/0165, könne eine Krankheit oder Behinderung des Steuerpflichtigen zur Berücksichtigung der Kosten eines häuslichen Arbeitszimmers führen, und es sei nicht erkennbar, warum dies dann nicht auch für Betreuungspflichten gelten sollte (vgl in diesem Zusammenhang die Anmerkung von Malainer/Staribacher, immolex 2015, 321, zu dem Erk v 30. 6. 2015).

26 Dazu ist auszuführen, dass es sich beim Gesichtspunkt des Fehlens eines geeigneten Arbeitsplatzes an der Dienststelle – wie erwähnt – nicht um eine rechtliche Voraussetzung, sondern nur um ein Indiz für die berufliche Veranlassung des Aufwands handelt. Ob diese vorliegt, hängt stets von der Gesamtheit der konkreten Umstände des Einzelfalls ab (vgl diesbezüglich das zit Erk v 25. 7. 2013). Ein Fall, in dem die überwiegende Benützung

eines häuslichen Arbeitszimmers aus besonderen gesundheitlichen Gründen unabdingbar ist, um das zu versteuern- de Einkommen zu erzielen, wird dabei anders zu beurteilen sein als etwa ein solcher, in dem es um die Optimierung einer schon gewährleisteten Kinderbetreuung oder um die Vermeidung von (anderen) Kosten geht, die für sie sonst entstehen würden. Für das Ergebnis tragend ist vor diesem Hintergrund die Feststellung des BFG, zur Vereinbarung eines dritten Heimarbeitstags und somit überwiegenden Nutzung des häuslichen Arbeitszimmers sei die RevWerberin nicht mit derselben Intensität genötigt gewesen, wie dies in dem mit dem Erk v 25. 7. 2013 durch Aufhebung wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften entschiedenen Fall nach dem Vorbringen des damaligen Bf möglich schien und daher geprüft werden musste. Auch auf diese vom BFG getroffene Unterscheidung geht die Revision nicht ein.

#### Anmerkung:

1. Die Diskussion um die Abzugsfähigkeit von häuslichen Arbeitszimmern muss man zu ihrer Einordnung vor dem Hintergrund der Voraussetzungen und Beschränkungen der steuerlichen Absetzbarkeit von Werbungskosten sehen. Gem § 16 Abs 1 EStG 1988 sind Werbungskosten „die Aufwendungen oder Ausgaben zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen“. Werbungskosten sind somit Ausgaben (von Geld oder geldwerten Gütern), die durch die auf die Erzielung außerbetrieblicher Einkünfte ausgerichtete Tätigkeit veranlasst sind. Insofern spricht man von einem **kausalen Werbungskostenbegriff** (Sutter/Pfalz in Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer – Kommentar 62. Lfg [2016] § 16 Allgemein Tz 20ff). Dies ist grundsätzlich eine weite Definition, worunter auch die Einrichtung und Nutzung eines Arbeitszimmers wie im Revisionsfall fällt.

2. Zahlreiche **Abzugsverbote** schränken die Absetzbarkeit von Werbungskosten aber ein. So dürfen gem § 20 Abs 1 Z 2 lit a EStG 1988 „**Aufwendungen für die Lebensführung** nicht abgezogen [werden], selbst wenn [. . .] sie zur Förderung des Berufes oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen“. Die Rsp hat daraus auch ein weitgehendes **Verbot des Abzuges gemischt veranlasster Aufwendungen** abgeleitet und dies auch mit Überlegungen zur **Steuergerechtigkeit** gerechtfertigt. Es soll „vermieden werden, dass ein StPfl auf Grund der Eigenschaft seines Berufes eine Verbindung zwischen beruflichen und privaten Interessen herbeiführen und dadurch Aufwendungen der Lebensführung steuerlich abzugsfähig machen kann, was unsachlich gegenüber jenen StPfl wäre, die eine Tätigkeit ausüben, die eine solche Verbindung zwischen beruflichen und privaten Tätigkeiten nicht ermöglicht, und die derartige Aufwendungen aus ihrem bereits versteuerten Einkommen tragen müssen“ (VwGH 30. 4. 2015, 2012/15/0190). Allerdings ist der **Gegenbeweis der nahezu ausschließlich beruflichen Veranlassung** zulässig: Derjenige, der typische Aufwen-

dungen der privaten Lebensführung als Werbungskosten oder Betriebsausgaben geltend macht, hat im Hinblick auf seine Nähe zum Beweisthema von sich aus nachzuweisen, dass diese Aufwendungen entgegen der allgemeinen Lebenserfahrung (nahezu) ausschließlich die berufliche bzw betriebliche Sphäre betreffen (VwGH 30. 4. 2015, 2012/15/0190).

3. Für die steuerliche Absetzbarkeit von **Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer** hat der **Gesetzgeber spezifische, restriktive Vorgaben** gemacht. Nach § 20 Abs 1 Z 2 lit d EStG 1988 dürfen Aufwendungen oder Ausgaben für ein im Wohnungsverband gelegenes Arbeitszimmer und dessen Einrichtung sowie für Einrichtungsgegenstände der Wohnung bei den einzelnen Einkünften grundsätzlich nicht abgezogen werden. Bildet ein im Wohnungsverband gelegenes Arbeitszimmer den **Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen**, sind die darauf entfallenden Aufwendungen und Ausgaben einschließlich der Kosten seiner Einrichtung abzugsfähig. Für die Bestimmung des Mittelpunkts einer Tätigkeit ist ihr **materieller Schwerpunkt** maßgebend (nur in Zweifelsfällen ist auf ein zeitliches Überwiegen abzustellen), womit ganzen Berufsgruppen ein steuerlich wirksames Arbeitszimmer von vornherein verwehrt wird, auch wenn sie es täglich nutzen und an der Dienststelle kein adäquater Ersatz vorhanden ist. Man denke nur an **Lehrer\_innen**, die vielfach viele Wochenstunden für Vorbereitungs- und Korrekturarbeit – angesichts enger Konferenzräume in der Schule – in häuslichen Arbeitszimmern verrichten, deren materieller Berufsschwerpunkt aber im Klassenzimmer liegt und daher kein steuerlich wirksames Arbeitszimmer vermitteln kann (vgl VwGH 20. 1. 1999, 98/13/0132).

4. Dieser **enge gesetzliche Hintergrund** in der steuerlichen Anerkennung von Arbeitszimmern erklärt auch den grundsätzlich **restriktiven Ansatz der Rsp** in der Anerkennung der „Notwendigkeit“ häuslicher Arbeitszimmer, wenn an der Dienststelle ohnedies ein Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Private Überlegungen für die „Notwendigkeit“ der alternativen (teilweisen) Arbeitsverrichtung in einem häuslichen Arbeitszimmer bleiben daher im Allgemeinen unberücksichtigt.

5. Die **Rsp** hat sich zuletzt allerdings **für außerberufliche persönliche Notwendigkeitsargumente** in einer Fallkonstellation **geöffnet**, wo es um den Zugang **kranker Personen** zum Arbeitsmarkt ging. So hat der VwGH im Erk 2011/15/0104 den bloßen Verweis auf einen vorhandenen Arbeitsplatz an der Dienststelle nicht gelten lassen und dies damit begründet, dass bei der Prüfung der Notwendigkeit eines Arbeitszimmers „zu berücksichtigen [sei], dass der Bf im Berufungsverfahren vorgebracht hat, er habe aufgrund seiner Krankheit bzw Behinderung das Dienstverhältnis mit der P AG nur eingehen und erfüllen können, wenn er die Arbeit zum Großteil von zu Hause als erledigen könne“.

6. Freilich kann man gerade vor dem Hintergrund dieser Begründung das spätere Erk 2013/15/0165 kritisieren, das einer Alleinerzieherin mit größerer Distanz zum Arbeitsplatz und Homeoffice-Vereinbarung die Anerkennung eines steuerlichen Arbeitszimmers versagt hat, denn auch die **Notwendigkeiten der Kinderbetreuung** können dazu führen, dass Elternteile ein Dienstverhältnis überhaupt „nur eingehen und erfüllen können, wenn [sie] die Arbeit zum Großteil von zu Hause als erledigen könne[n]“, womit wiederum bereits Fragen des Zugangs zum Arbeitsmarkt betroffen sind. Insofern haben auch *Sutter/Pfalz in Hofstätter/Reichel*, Die Einkommensteuer – Kommentar 65. Lfg (2017) § 16 Abs 1 Z 7 EStG 1988 Tz 5, die „geöffnete“ Rsp-Linie als „nicht konsistent“ kritisiert (vgl auch kritisch *Malainer/Staribacher*, immolex 2015, 321). Würde man die Rsp-Linie zu 2011/15/0104 verallgemeinern wollen, würde man mE zu folgendem Ergebnis kommen müssen: Kann ein/e Arbeitnehmer/in ein Dienstverhältnis überhaupt nur eingehen und erfüllen, wenn er/sie die Arbeit zum Großteil von zu Hause aus erledigen kann, liegt (anders als bei einer untergeordneten Homeoffice-Vereinbarung) jedenfalls bei zeitbezogener Betrachtung auch der Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit im Arbeitszimmer und wäre daher in solchen Fällen ein Abzug zuzulassen, wenn sich nicht bereits ein materieller Mittelpunkt der Tätigkeit außerhalb des Arbeitszimmers ausmachen lässt. Diese Verallgemeinerung hat die Rsp aber *nicht* gezogen.

7. Der im vorliegenden Erk Ra 2016/13/0028 unternommene Versuch von „Klarstellungen in Bezug auf die zwei zuletzt erwähnten Erk des VwGH“ bekräftigt nochmals die vom VwGH in den beiden Vor-Erk getroffene Wertungsentscheidung. Die **Erklärung für die unterschiedliche Behandlung der beiden Fallkonstellationen** liegt demnach darin begründet, dass die Rsp (in typisierender Betrachtung?) bei Fällen der Kinderbetreuung alternative Organisationsmöglichkeiten für dieselbe grundsätzlich als gegeben ansieht, die bei krankheitsbedingt notwendiger Heimarbeit nicht gegeben sind („unabdingbar“), weshalb sie die außerberuflichen persönlichen Notwendigkeiten für die Arbeit in einem häuslichen Arbeitszimmer in beiden Fällen unterschiedlich bewertet hat.

8. Im Einzelfall kann es allerdings auch bei **Elternteilen mit Kinderbetreuungspflichten** schon von vornherein an den im vorliegenden Erk in den Raum gestellten alternativen Kinderbetreuungsmöglichkeiten (wegen begrenzter Kindergartenöffnungszeiten und fehlender alternativer Betreuungspersonen) mangeln, weshalb es diesfalls nicht nur um die „Optimierung einer schon gewährleisteten Kinderbetreuung oder um die Vermeidung von (anderen) Kosten geht, die für sie sonst entstehen würden“. Ob ein dahingehendes detailliertes Vorbringen vor dem BFG und in der Folge in der Revision (dessen Fehlen zur Vereinbarung eines dritten Heimarbeitstags das vorliegende Erk ja gerade ausdrücklich hervor-

streicht) zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, bleibt freilich offen (Frage der typisierenden oder konkreten Betrachtungsweise). Damit findet die angekündigte „Klarstellung“ der Rsp-Linie durch den VwGH im vorliegenden Erk Ra 2016/13/0028 jedoch auch ihre Grenze und schließt ein weiteres zulässiges Revisionsverfahren nicht aus.

9. **Angesichts der skizzierten Enge des Gesetzeswortlauts**, die ganz bewusst zahlreichen Fallkonstellationen von beruflich genutzten Arbeitszimmern (s oben das Beispiel der Lehrer\_innen) die steuerliche Anerkennung versagt, mag aber verständlicher werden, warum die Rsp ihre **Öffnung für persönliche außerberufliche Notwendigkeitsüberlegungen** auch im vorliegenden Erk wieder restriktiv interpretiert hat, womit wohl auch um größere Wertungswidersprüche (etwa im Vergleich zu ganzen Berufsgruppen wie den bereits zitierten Lehrer\_innen) zu vermeiden. Dass dadurch bei betroffenen Elternteilen der Eindruck entstehen konnte, Notwendigkeiten der Kinderbetreuung seien dem Abgabenrecht weniger wert als Notwendigkeiten der Krankheit (die Revision formuliert es zugespitzt mit „Krankheit ja, Mutter nein?“), ist freilich bedauerlich.

10. Die derzeitige **gesetzliche Regelung** häuslicher Arbeitszimmer ist **unbefriedigend** und wird der modernen Arbeitsgesellschaft mit zunehmenden häuslichen Ar-

beitsanteilen nicht mehr gerecht. Je nach materiellem Mittelpunkt der ausgeübten Tätigkeit kann eine Person ein Arbeitszimmer zur Gänze steuerlich geltend machen, während eine andere Person gar keine steuerliche Anerkennung für den beruflichen Einsatz ihrer Wohnräume bekommt. Die Rsp vermag diese gesetzlichen Defizite nicht auszugleichen.

11. Es ist daher de lege ferenda eine **Reform mit stärkerer Beachtung von Wahlfreiheiten und tatsächlichen Gegebenheiten** anzuregen. Eine solche Reform könnte etwa in einem Verzicht auf die enge Voraussetzung des *materiellen* Mittelpunkts bestehen und allen StPfl, deren Tätigkeit (typischerweise) mit einem wesentlichen Anteil an häuslicher Vor-/Nacharbeit verbunden ist oder die – aus welchem Grund auch immer – eine Heimarbeitszeitregelung mit ihrem Arbeitgeber von einem gewissen Mindestausmaß (wie zwei von fünf Arbeitstagen) getroffen haben, die steuerliche Geltendmachung eines bestimmten (reduzierten) Pauschbetrags in Anerkennung der beruflichen Nutzung ihrer häuslichen Gegebenheiten einräumen. Damit würden Fälle wie der Revisionsfall auch in den Genuss einer gewissen steuerlichen Absetzbarkeit und Anerkennung kommen können.

FRANZ PHILIPP SUTTER



## Wenn Feuer am Dach ist ...

2018. Ca. XX, 446 Seiten.  
Geb. Ca. EUR 98,-  
ISBN 978-3-214-04177-9

Lichtkoppler · Reisch

### Handbuch Unternehmenssanierung 2. Auflage

Seit der Einführung des IRÄG 2010 sind sieben Jahre vergangen. In der Zwischenzeit erging eine Vielzahl an Gerichtsentscheidungen, die zur Interpretation des Gesetzes beitrugen. Außerdem wurde die **EU-Insolvenzverordnung** 2015 veröffentlicht, die für alle Insolvenzverfahren, die ab dem 26. 6. 2017 eröffnet werden, gilt.

Die Neuauflage berücksichtigt alle gesetzlichen Änderungen und neuen Entscheidungen und bietet wie die Voraufgabe

- eine **gesamthafte Betrachtung einer Unternehmenssanierung** von der Krisenanalyse bis zur Sanierungsumsetzung
- aus vielen verschiedenen Perspektiven (wirtschaftlich, rechtlich, steuerlich, organisatorisch etc) mit
- **mehr als 70 Tabellen, Checklisten und Beispielen**

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

MANZ 

## SUBSTITUTIONEN

## WIEN

Übernahme **Substitutionen** in Wien und Umgebung, auch kurzfristig, in Zivil- und Strafsachen (Nähe Justizzentrum), auch Verfahrenshilfe und Rechtsmittel. Dr. *Christa Scheimpflug*, Rechtsanwalt, Erdberger Lände 6, 1030 Wien. Telefon (01) 713 78 33 und (01) 712 32 28, auch außerhalb der Bürozeiten, Telefax (01) 713 78 33-74 oder Mobiltelefon (0664) 430 33 73 und (0676) 603 25 33, E-Mail: [scheimpflug@aon.at](mailto:scheimpflug@aon.at)

## Verfahrenshilfe in Strafsachen.

RA Dr. *Irene Pfeifer*, Riemergasse 10, 1010 Wien, Telefon (01) 512 22 90, (0664) 302 53 56, Telefax (01) 513 50 35, übernimmt Substitutionen, auch Verfahrenshilfe in Strafsachen und Rechtsmittel.

RA Dr. *Elisabeth Nowak*, 1190 Wien, Gymnasiumstraße 68/6, Telefon (01) 369 59 34, Telefax (01) 369 59 34-4, übernimmt Substitutionen in Zivil- und Strafsachen in Wien und Umgebung, insbesondere vor den Bezirksgerichten Döbling und Hernals.

**Substitutionen** aller Art (auch in Straf- und Exekutionssachen) in Wien und Umgebung (in Wien **auch kurzfristig**) übernehmen die Rechtsanwältin Mag. *Wolfgang Reiffenstühl* & Mag. *Günther Reiffenstühl*, Franz-Josefs-Kai 41/9, 1010 Wien (**nächst Justizzentrum Wien-Mitte**). Telefon (01) 218 25 70, Telefax (01) 218 84 60.

RA Dr. *Claudia Stoitzner* übernimmt – auch **kurzfristig** – Substitutionen aller Art in Wien und Umgebung, auch Verfahrenshilfe in Straf-, Zivil- und Verwaltungssachen sowie **Ausarbeitung von Rechtsmitteln** und **gänzliche Übernahme von Verfahrenshilfesachen**. Dr. *Claudia Stoitzner*, Rechtsanwältin, Mariahilfer Straße 45/5/36, 1060 Wien, Tel.: (01) 585 33 00, Fax: (01) 585 33 05, Mobil: (0664) 345 94 66, E-Mail: [office@rechtsanwaeltinstoitzner.com](mailto:office@rechtsanwaeltinstoitzner.com)

**Wien:** RA Mag. *Katharina Kurz*, 1030 Wien, Invalidenstraße 5-7, Tür 6+7, vis-à-vis Justizzentrum Wien-Mitte, übernimmt **Substitutionen** in Wien und Umgebung, insbesondere auch vor dem **BG I, BG für Handelssachen Wien** und dem **Handelsgericht Wien**. Telefon (01) 877 38 90, Telefax (01) 877 38 90-6, Mobil (0664) 441 55 33.

Dr. *Steiner* und Mag. *Isbetcherian* übernehmen – **auch kurzfristig** – **Substitutionen** aller Art (auch in Strafsachen), auch Verfahrenshilfe in Strafsachen und Ausarbeitung von Rechtsmitteln, dies in Wien und Umgebung. 1030 Wien, Hintzerstraße 11/4, Telefon (01) 712 63 14, (01) 713 23 20, Telefax (01) 713 07 96, E-Mail: [ra-steiner-isbetcherian@aon.at](mailto:ra-steiner-isbetcherian@aon.at)

**Substitutionen aller Art** (auch Verfahrenshilfe und Ausarbeitung von Rechtsmitteln) in ganz **Wien** übernimmt RA Mag. *Christian Bammer*, 1070 Wien, Kaiserstraße 57-59/1/14B. Telefon (01) 522 65 19, Telefax (01) 522 65 97, E-Mail: [office@ra-bammer.at](mailto:office@ra-bammer.at), [www.ra-bammer.at](http://www.ra-bammer.at)

**Substitutionen aller Art** in Wien und Wien-Umgebung. RA Mag. *Sebastian Krumpel* übernimmt gerne Substitutionen in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen (auch Verfahrenshilfe, auch Rechtsmittel). Telefon (01) 595 49 92 (Telefax -99), Mobil (0680) 442 48 04, E-Mail: [office@krumpel.net](mailto:office@krumpel.net), Loquaiplatz 13/19, 1060 Wien, [www.krumpel.net](http://www.krumpel.net)

**Substitutionen in Wien und Umgebung** in Zivil- und Strafsachen übernimmt RA-Kanzlei Dr. *Gerhard Huber* – Dr. *Michael Sych*, 1080 Wien, Laudongasse 25, Telefon (01) 405 25 55, Telefax (01) 405 25 55-24, E-Mail: [huber-sych@aon.at](mailto:huber-sych@aon.at)

## STEIERMARK

**Graz:** RA Mag. *Eva Holzer-Waisoher*, 8010 Graz, Kreuzgasse 2c, übernimmt für Sie gerne – auch **kurzfristig** – **Substitutionen** in Zivil- und Strafsachen in Graz und Umgebung. Telefon (0316) 82 65 54, Telefax DW 30, E-Mail: [office@anwalt-austria.at](mailto:office@anwalt-austria.at), Mobil erreichbar: (0676) 310 48 52.

## KÄRNTEN

**Substitutionen aller Art** (gerne auch Exekutionen/Interventionen), insbesondere für die Bezirksgerichte Villach, Spittal an der Drau, Klagenfurt, Feldkirchen oder Hermagor, auch kurzfristig – übernimmt Rechtsanwalt Dr. *Karl Heinz Kramer*, Italienerstraße 10b, 9500 Villach, Telefon (04242) 232030 bzw E-Mail: [rechtsanwalt@dr-kramer.at](mailto:rechtsanwalt@dr-kramer.at)

## SALZBURG

RA Dr. *Christian Adam*, 5020 Salzburg, Sigmund-Haffner-Gasse 3, übernimmt **Substitutionen** aller Art **in der Stadt Salzburg**. Telefon (0662) 84 12 22-0, Telefax DW -6, [office@ra-adam.at](mailto:office@ra-adam.at)

RA Dr. *Klaus Estl*, Schanzlgasse 4a, 5020 Salzburg (**100 Meter vom Bezirksgerichtsgebäude Salzburg, 3 km vom Landesgerichtsgebäude Salzburg entfernt**), übernimmt Substitutionen in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen. Telefon (0662) 84 31 64, Telefax (0662) 84 44 43, E-Mail: [gassner.estl@salzburg.co.at](mailto:gassner.estl@salzburg.co.at)

## INTERNATIONAL

**Deutschland:** Zwangsvollstreckung, Titelum-schreibung, Substitution. Rechtsanwalt aus München übernimmt sämtliche anwaltlichen Aufgaben in Deutschland. Zuverlässige und schnelle Bearbeitung garantiert! Rechtsanwalt *István Cocron*, Liebigstraße 21, 80538 München, Telefon (0049-89) 552 999 50, Telefax (0049-89) 552 999 90. Homepage: [www.cllb.de](http://www.cllb.de)

**Deutschland:** Rechtsanwalt *Klamert* Mitglied RAK Tirol/München steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen/grenzüberschreitende Angelegenheiten und Substitutionen/ Zwangsvollstreckungen jederzeit gerne in Gesamt-Deutschland/Kitzbühel zur Verfügung. Telefon 0049/89/540 239-0, Telefax 0049/89/540 239-199, E-Mail: [klamert@kmp3g.de](mailto:klamert@kmp3g.de); [www.kmp3g.de](http://www.kmp3g.de)

**Griechenland:** RA Dr. Eleni Diamanti, in Österreich und Griechenland zugelassen, vertritt vor griechischen Gerichten und Behörden und steht österreichischen Kollegen für Fragen zum griechischen Recht zur Verfügung. Weyrgasse 6, 1030 Wien, und Ypsilantou 6, 10675 Athen, Telefon (01) 713 14 25, Telefax DW 17, E-Mail: [office@diamanti.at](mailto:office@diamanti.at)

**Italien:** RA Avv. *Ulrike Christine Walter* (Partner von del Torre & partners), in Österreich und Italien zugelassene Rechtsanwältin, Kärntner Straße 35, 1010 Wien, und corso Verdi 90, 34170 Goerz, und 33100 Udine, Via Cussignacco 5, Italien, steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen und staatenübergreifende Substitutionen aller Art zur Verfügung. Tel. 0039 (0432) 60 38 62, Telefax 0039 (0432) 52 62 37, Mobil 0039 334 162 68 13, E-Mail: [segreteria@euroius.it](mailto:segreteria@euroius.it), Internet: [www.euroius.it](http://www.euroius.it)

**Niederlande:** Rechtsanwaltskanzlei Schmdt Advocatuur aus Leiden mit Zweigstelle in Österreich steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen und bei grenzüberschreitenden Angelegenheiten gerne zur Verfügung. Bei Fragen zum Niederländischen Wirtschaftsrecht, Urheberrecht und Allgemeinen Zivilrecht kontaktieren Sie RA Mag. *J. Menno Schmidt* (M: +43 [0]680 118 1515). **Leiden**, Kanaalpark 140, NL-2321 JV, Telefon +31 (0)20 3200 360, E-Mail: mail@schmdt.nl; www.schmdt.nl

**Slowenien** – Kroatien – Bosnien und Herzegowina – Serbien – Montenegro – Mazedonien – Kosovo: Rechtsanwaltskanzlei Mag. Dr. Mirko Silvo Tischler d.o.o. (GmbH), Trdinova ulica 5, SI-1000 Ljubljana, **Vertrauensanwalt und Senator der Wirtschaft**, steht sämtlichen Kolleginnen und Kollegen für cross-border-Mandatsübernahmen in diversen Rechtssachen zur Verfügung. Telefon +386 (0)1 434 76 12, Telefax +386 (0)1 432 02 87, E-Mail: office@mst-rechtsanwalt.com, Web: www.mst-rechtsanwalt.com

**Ungarn: Dr. Tibor Gálffy**, Rechtsanwalt in **Wien** und in **Budapest**, übernimmt gerne Mandate in Zivil- und Strafrecht, insbesondere in den Bereichen: Unternehmensrecht (Gesellschaftsgründungen und Umgründungen), Wirtschaftsrecht, Immobilienrecht, Arbeitsrecht und Forderungsbetreibungen (einschließlich Vollstreckung ausländischer Exekutionstitel). Kontakt: 1030 Wien, Invalidenstraße 5, Telefon (01) 505 64 00, Telefax (01) 505 64 00–99, E-Mail: t.galffy@galffy.com; **www.galffy.com**

## PARTNER

### WIEN

Rechtsanwalt in 1010 Wien, Allgemeinkanzlei mit sehr guter Kanzleinfrastruktur und Verkehrslage bietet 1 Kollegen/in Regiegemeinschaft zu moderaten Konditionen mit allfälliger Kooperationsmöglichkeit. office@thalhammer.com

Regiepartner/Kanzleinachfolger gesucht! Repräsentative Kanzleiräume nahe StraßLaG, 230m<sup>2</sup>, Altbau. Zuschriften bitte an den Verlag unter **Chiffre: A-100890**.

## OBERÖSTERREICH

Rechtsanwalt/-anwältin bzw. Rechtsanwaltsanwörter/in für Kanzlei in Wels mit Kenntnissen in Gesellschafts- und Vertragsrecht als Kanzleipartner/-in für spätere Kanzleiübernahme gesucht. Zuschriften bitte an den Verlag unter der **Chiffre A-100889**.

## IMMOBILIEN

### WIEN

**1010**, bis zu fünf Zimmer zur alleinigen Nutzung in Büroverbund (300m<sup>2</sup>) mit großzügigen und hippen allgemeinen Flächen (Konferenzzimmer etc, ca 100m<sup>2</sup>) zu mieten. Als Gesamtpaket oder nur einzelne Zimmer, ab € 650,00/Monat. karl.newole@newole.at.

## DIVERSES

### WIEN

„Kundenstocküberlassung“ – Chance für junge/n Rechtsanwaltskolleg/en/in: Kundenstock einer Rechtsanwaltskanzlei in Wien (Zivilrecht gemischt) zu günstigen Konditionen abzugeben. Zuschriften bitte an den Verlag unter **Chiffre: A-100888**

# Indexzahlen

Indexzahlen 2017:	November	Dezember
Berechnet von Statistik Austria		
Index der Verbraucherpreise 2015 (Ø 2015 = 100)	103,9*	104,3*
Großhandelsindex 2015 (Ø 2015 = 100)	104,2*	104,1*
<b>Verkettete Vergleichsziffern</b>		
Index der Verbraucherpreise 2010 (Ø 2010 = 100)	115,0*	115,5*
Index der Verbraucherpreise 2005 (Ø 2005 = 100)	125,9*	126,4*
Index der Verbraucherpreise 2000 (Ø 2000 = 100)	139,2*	139,8*
Index der Verbraucherpreise 96 (Ø 1996 = 100)	146,5*	147,1*
Index der Verbraucherpreise 86 (Ø 1986 = 100)	191,6*	192,3*
Index der Verbraucherpreise 76 (Ø 1976 = 100)	297,8*	298,9*
Index der Verbraucherpreise 66 (Ø 1966 = 100)	522,6*	524,6*
Verbraucherpreisindex I (Ø 1958 = 100)	665,9*	668,5*
Verbraucherpreisindex II (Ø 1958 = 100)	668,1*	670,6*
Lebenshaltungskostenindex (April 1945 = 100)	5850,9*	5873,4*
Kleinhandelsindex (März 1938 = 100)	5042,6*	5062,9*
Großhandelsindex (Ø 2010 = 100)	108,0*	107,8*
Großhandelsindex (Ø 2005 = 100)	119,6*	119,5*
Großhandelsindex (Ø 2000 = 100)	131,7*	131,6*
Großhandelsindex (Ø 1996 = 100)	135,7*	135,5*
Großhandelsindex (Ø 1986 = 100)	141,5*	141,4*
Großhandelsindex (Ø 1976 = 100)	188,4*	188,2*
Großhandelsindex (Ø 1964 = 100)	313,6*	313,3*
Großhandelsindex (März 1938 = 100) ohne MWSt	3059,3*	3056,4*

\*) vorläufige Werte Zahlenangaben ohne Gewähr

ÖSTERREICHISCHER RECHTSANWALTSKAMMERTAG · WOLLZEILE 1-3 · 1010 WIEN  
TEL.: +43 1 535 12 75-0 · FAX: +43 1 535 12 75-13 · RECHTSANWALTE@OERAK.AT · WWW.RECHTSANWALTE.AT

 DIE ÖSTERREICHISCHEN  
RECHTSANWÄLTE  
Wir sprechen für Ihr Recht

**IMPRESSUM Medieninhaber:** MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Sitz der Gesellschaft: Kohlmarkt 16, 1010 Wien, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften. **Verlagsadresse:** Johannesgasse 23, 1015 Wien (verlag@manz.at). **Geschäftsleitung:** Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Mag. Heinz Korntner (Verlagsleitung). **Herausgeber:** RA Dr. Rupert Wolff, Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, Wollzeile 1-3, 1010 Wien, Tel: (01) 535 12 75, Fax: (01) 535 12 75-13, E-Mail: rechtsanwalte@oerak.at, www.rechtsanwalte.at **Redaktionsbeirat:** em. RA Dr. Gerhard Benn-Ibler, RA Dr. Michael Enzinger, RA Dr. Georg Fialka, em. RA Dr. Klaus Hoffmann, RA Dr. Wolfgang Kleibel, RA Hon.-Prof. Dr. Elisabeth Scheuba, RA Dr. Rupert Wolff. **Redakteur:** Bernhard Hruschka Bakk., Generalsekretär des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages. **Redaktion:** Generalsekretariat des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, Wollzeile 1-3, 1010 Wien, Tel: (01) 535 12 75, Fax: (01) 535 12 75-13, E-Mail: anwaltsblatt@oerak.at **Druck:** Ferdinand Berger & Söhne Ges.m.b.H., 3580 Horn. **Verlags- und Herstellungsort:** Wien. **Grundlegende Richtung:** Juristische Fachzeitschrift, im Besonderen für das Ständesrecht der Rechtsanwaltschaft, zugleich Organ des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages und der österreichischen Rechtsanwaltskammern. **Zitiervorschlag:** AnwBl 2018/Nummer; AnwBl 2018, Seite. **Anzeigen:** Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310, Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: heidrun.engel@manz.at **Bezugsbedingungen:** Das AnwBl erscheint 11x jährlich (1 Doppelheft). Der Bezugspreis 2018 (80. Jahrgang) beträgt € 305,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 33,30. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen sind schriftlich bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende an den Verlag zu senden. **AZR:** Die Abkürzungen entsprechen den „Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)\*“, 7. Aufl (Verlag MANZ, 2012). **Haftungsausschluss:** Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen. **Fotocredits:** Aufmacher Schwerpunkt/Abhandlungen: istockphoto/boana; Aufmacher Service: istockphoto/Bim; Aufmacher Rechtsprechung: istockphoto/tomloel; Editorial Richard Soyer: Foto Wilke; Foto Reinhold Schlothauer: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins; Foto Bernhard Fink: Studio Horst; Foto Richard Soyer: Foto Wilke; Foto Philip Marsch: Elke Mayr; Foto Tido Park: Manuel Debus; Foto Stefan Schumann: Ulli Engleder; Foto Roland Kier: www.anwaltsbuero.at; Foto Franz Raffaseder: Unglaublich e.U.; Maximilian Mittendorfer; Foto Gernot Murko: Helge Bauer; Foto Michael Buresch: privat; Foto Adrian Eugen Hollander: Werner Himmelbauer; Foto Franz Philipp Sutter: Mike Ranz. **Grafisches Konzept:** WERTHER - Marketing- und Kommunikationsberatung, Türkenschanzstraße 46, 1180 Wien. Wird an Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter unentgeltlich abgegeben. Nachdruck, auch auszugsweise, ist mit Zustimmung der Redaktion unter Angabe der Quelle gestattet. Namentlich gezeichnete Beiträge geben ausschließlich die Meinung der Autoren wieder. **Impressum abrufbar unter [www.manz.at/impressum](http://www.manz.at/impressum)**

DER JAGUAR F-PACE

# DURCH UND DURCH EIN JAGUAR.



**ERLEBEN SIE UNSEREN  
PERFORMANCE-SUV.  
AB 46.180,- €.**

Der Jaguar F-PACE ist der vielseitigste Sportwagen, den Jaguar je erschaffen hat. Er kombiniert sportliches Handling und atemberaubendes Design mit hoher Alltagstauglichkeit und Effizienz. Dank der Verbindung aus leistungsstarken Motoren, Aluminium-Leichtbau-Konstruktion und modernsten Fahrdynamik-Technologien bietet er sportliche Performance und maximalen Fahrspaß.

Der Jaguar F-PACE. Jetzt bei uns Probe fahren.

## THE ART OF PERFORMANCE

<sup>1</sup> Mehr Informationen und Bedingungen zu Jaguar Care unter: [jaguar.at/JaguarCare](http://jaguar.at/JaguarCare)

Jaguar F-PACE: Kraftstoffverbrauch in l/100 km: 12,2 – 5,8 (innerorts); 7,1 – 4,2 (außerorts); 8,9 – 4,8 (komb.); CO<sub>2</sub>-Emissionen in g/km: 209 – 126. Symbolfoto.



**Wolfgang Denzel Auto AG**  
Erdbergstraße 189 – 193, 1030 Wien  
Tel.: +43-1-740 20-4256  
E-Mail: [werner.liebermann@denzel.at](mailto:werner.liebermann@denzel.at)



[jaguar-wien-erdberg.at](http://jaguar-wien-erdberg.at)

„Mit ADVOKAT habe ich stets einen  
verlässlichen Partner an meiner Seite!“



MMag. Christina Toth, MSc mit Chief Happiness Officer Specter

ADVOKAT entwickelt seit mehr als 35 Jahren Software für Rechtsanwaltskanzleien, Unternehmen und Behörden. Mit über 50 Mitarbeitern betreuen wir die Mehrzahl österreichischer Anwälte und zahlreiche Unternehmen. Unsere Stärke gibt Ihnen Sicherheit.

**ADVOKAT**

[www.meinekanzlei.at](http://www.meinekanzlei.at) • [www.advokat.at](http://www.advokat.at)