

ÖSTERREICHISCHES

Anwalts blatt

701 ABHANDLUNGEN

Gnade vor Recht – Über das Wesen des Gnadenrechts

(Un)Zulässigkeit der Intervention eines Privatanklägers bei einer Hausdurchsuchung

697 EUROPA AKTUELL

Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018

700 PORTRAIT DES MONATS

Dr. Michaela Kardeis, Generaldirektorin für die öffentliche Sicherheit im BMI



718 IM GESPRÄCH

VfGH-Präsident Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger

Spezialtagung

ERHALTUNG UND NÜTZLICHE VERBESSERUNG

EINE Veranstaltung für MRG, WEG und WGG

Montag, 12. März 2018, 9.00 bis 17.00 Uhr

Hotel Park Royal Palace, Schlossallee 8, 1140 Wien

Vortragende:

RA Dr. Ingmar Etzersdorfer

Mag. Cornelius Riedl

Jetzt anmelden!
www.manz.at/rechtsakademie

Jahresrückblick

Sehr geehrte Leserinnen und Leser!
Liebe Kolleginnen und Kollegen!

In der letzten Ausgabe des Jahres 2017 ist es mir ein Anliegen, Ihnen für Ihre rege Anteilnahme an unserem Anwaltsblatt, für Ihre vielen Zuschriften und Anregungen zu danken. Das beflügelt unser Redaktionsteam, regt an zu Neuem und zeigt Schwachstellen unserer Fachzeitschrift auf.

Ich bedanke mich bei allen Autoren, bei den Mitgliedern des Redaktionsbeirats und bei Mag. *Christian Moser* und *Julia Matzner* vom ÖRAK für ihren Einsatz. Wir wollen auch in Zukunft die Rubriken „Für und Wider“ und „Im Gespräch“ ausbauen. Auch hier bitte ich Sie um Ihre Anregungen.

Die Wahlen sind geschlagen, bei Drucklegung stand das Regierungsteam noch nicht fest.

Wir alle sind gespannt, wer dem Justizressort vorstehen wird.

Ich persönlich möchte mich bei Bundesminister für Justiz und Vizekanzler Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Brandstetter* für sein Verständnis für anwaltliche Anliegen, seine Offenheit und sein Bemühen, den Rechtsstaat zu verbessern, bedanken. Seine Erfahrung als Universitätsprofessor und Strafverteidiger war für die Anwaltschaft hilfreich und förderlich. Unter seiner Ministerschaft konnten wir die schon jahrelang geforderte Tarifanpassung erreichen, die Einführung der multidisziplinären Partnerschaft abwehren, eine Senkung der Gerichtsgebühren erreichen, an einer großen Reform des Sachwalterrechtes mitwirken, die zu einer Entlastung der Rechtsanwaltschaft führen wird, und vieles

mehr. Vieles haben wir gemeinsam angestoßen, ins Rollen gebracht, das sich noch entwickeln muss und entwickeln wird. Ich bedanke mich bei Ihnen, Herr Vizekanzler Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Brandstetter*.

Die Rechtsanwaltschaft ist heute breiter aufgestellt als zuvor: Wir sehen uns nicht nur als Vertreter der Parteieninteressen, wir sind auch Hüter des Rechtsstaats und der Demokratie. Das können wir aber nur, weil wir ein freier, unabhängiger selbstverwalteter Berufsstand sind.

Uns geht es nicht um den Erhalt der Kammerstrukturen als Selbstzweck, uns geht es um den Erhalt der Unabhängigkeit als Kernelement unserer beruflichen Identität und des Rechtsstaats.

Wir hängen nicht an dem Begriff „Kammer“. Wir sind „Die Rechtsanwälte“ Burgenlands, Kärntens, Niederösterreichs, Oberösterreichs, Salzburgs, Steiermarks, Tirols, Vorarlbergs und Wiens. Die Rechtsanwälte Österreichs.

Das werden wir unserer neuen Regierung vermitteln. Und: Wir setzen uns für die Rechte unserer Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Interesse der Bürger ein.

Unumwunden.

Furchtlos.

Gemeinsam.

Nur so sind wir stark.

Ich wünsche Ihnen erholsame Feiertage und einen schönen Jahreswechsel!

RUPERT WOLFF

Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages

2017/136



Inhalt 12_2017

- 689 Editorial
- 691 Wichtige Informationen
- 693 Werbung & PR
- 694 Recht kurz & bündig
- 697 Europa aktuell
- 700 Portrait des Monats



Dr. Michaela Kardeis, Generaldirektorin für die öffentliche Sicherheit BMI, Tuma

- 746 Inserate
- 748 Indexpzahlen

AUTOREN DIESER AUSGABE:

RA Dr. Manfred Ainedter, Wien
 RA Dr. Birgitt Breinbauer, Dornbirn
 RA Dr. Michael Buresch, Wien
 RA Mag. Franz Galla, Wien
 RA Dr. Ulrike Hafner, Graz
 Mgr. Lukas Holecek, Wien
 RA Dr. Adrian Eugen Hollaender, Wien
 Alexander Kern LL.M., Wien
 Mag. Susanne Laggner-Primosch, RAK Kärnten
 Mag. Danijela Milicevic, ÖRAK
 Mag. Christian Moser, ÖRAK
 RA Mag. Martin Nemeč, Wien
 Judith Priglinger, Bibliothek RAK Wien
 RA Dr. Ullrich Saurer, Graz
 Mag. Elisabeth Schusterbauer, RAK Wien
 RA Dr. Michael Schwarz, St. Pölten
 Mag. Katarin Steinbrecher, ÖRAK Büro Brüssel
 Univ.-Lektor Mag. Dr. Franz Philipp Sutter, Wien
 RA Dr. Alexander Wittwer LL.M., Dornbirn
 Mag. Rainer Wolfbauer, Wien
 RA Dr. Rupert Wolff, Salzburg

701 ABHANDLUNGEN

- 702 Zur Frage der Zulässigkeit der Intervention des Privatanklägers bei Durchsuchung von Orten und Gegenständen
Martin Nemeč, Alexander Kern
- 708 Gnade vor Recht!
Adrian Eugen Hollaender

717 SERVICE

- 718 Im Gespräch
- 720 Termine
- 722 Chronik
- 725 Aus- und Fortbildung
- 729 Rezensionen
- 735 Zeitschriftenübersicht

741 RECHTSPRECHUNG

- 742 Treuhandabwicklung in eigener Sache; Zeitpunkt der Meldepflicht der Übernahme einer Treuhandenschaft
- 743 Kein Vorsteuerabzug für Dachsanierung bei Errichtung einer Photovoltaik-Anlage

Das 2. Erwachsenenschutzgesetz Was ändert sich 2018?

Mit dem 2. ErwSchG¹ wurde das Sachwalterrecht umfassend reformiert. Vorrangiges Ziel ist die Stärkung der Autonomie vertretungsbedürftiger Personen. Neben der Einführung eines neuen Rechtsfürsorgesystems wurde auch die gesetzliche Terminologie geändert: Im 2. ErwSchG ist nicht mehr die Rede von Sachwalterschaften und Sachwaltern, sondern von Erwachsenenvertretungen und Erwachsenenvertretern.

Hier finden Sie einen Überblick über einige wesentliche Neuerungen:

1. Vier-Säulen-Modell

Vorgesehen sind vier Säulen der Erwachsenenvertretung: Die Vorsorgevollmacht soll in Hinkunft ua auch bei Rechtsanwälten errichtet und das Wirksamwerden registriert werden können.² Mit dem neuen Instrument der gewählten Erwachsenenvertretung³ können vertretungsbedürftige Personen selbst eine Vertretungsperson bestimmen. Zudem kann festgelegt werden, dass Entscheidungen des Vertreters eines Einvernehmens des Betroffenen bedürfen. Mit der gesetzlichen Erwachsenenvertretung⁴ soll nach wie vor eine Vertretung durch Angehörige möglich sein. Sie unterliegt einer gerichtlichen Kontrolle und bedarf spätestens nach drei Jahren einer Erneuerung.⁵ Die gerichtliche Erwachsenenvertretung⁶ ersetzt die bisherige Sachwalterschaft. Sie soll nur mangels alternativer Vertretungsformen zur Anwendung kommen und endet grundsätzlich nach drei Jahren.⁷ In erster Linie ist eine Person zu bestellen, die aus einer Vorsorgevollmacht, einer Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung oder einer Erwachsenenvertreterverfügung hervorgeht.⁸ Da der Vertretene solchen Personen bereits das Vertrauen ausgesprochen hat, sollen diese vorrangig herangezogen werden.⁹

2. Kontaktpflicht

Die Regelung betreffend die persönliche Kontaktpflicht zwischen dem Erwachsenenvertreter und dem Vertretenen von mindestens einmal im Monat wurde im Vergleich zur bisherigen Rechtslage gelockert. Das 2. ErwSchG sieht eine Ausnahme von dieser Verpflichtung vor, wenn dem Erwachsenenvertreter ausschließlich Angelegenheiten übertragen worden sind, deren Besorgung vorwiegend Kenntnisse des Rechts oder der Vermögensverwaltung voraussetzen.¹⁰ Laut Erläuterungen scheint in solchen Fällen ein monatlicher Mindestkontakt überschießend, weshalb davon Abstand genommen wurde.¹¹

3. Rechtsgeschäfte

In Hinkunft soll eine Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertretung nicht zu einer Einschränkung der Handlungsfähigkeit der vertretenen Person führen.¹² Bei gerichtlichen Erwachsenenvertretungen hat das Gericht allerdings einen Genehmigungsvorbehalt anzuordnen, wenn dies zur Abwendung einer ernstlichen und erheblichen Gefahr für den Vertretenen erforderlich ist.¹³

4. Entschädigung gerichtlicher Erwachsenenvertreter

Für den gerichtlichen Erwachsenenvertreter ist in Hinkunft eine jährliche Entschädigung zuzüglich Umsatzsteuer vorgesehen.¹⁴ Auch sind die zur Ausübung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung notwendigen Barauslagen zu erstatten. Wenn Einzelnachweise nicht zumutbar sind, kann dies pauschal erfolgen.¹⁵

5. Änderungen der Rechtsanwaltsordnung

Ab 1. 1. 2018 können sich Rechtsanwälte, die sich als zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeignet erachten, in die Liste nach § 28 Abs 1 lit o RAO nF (im Folgenden: Erwachsenenvertreterliste) eintragen lassen.¹⁶ Hierbei müssen sie die Voraussetzungen des § 10b Abs 1 Z 1 bis 6 RAO nF erfüllen. Die Erwachsenenvertreterliste ist von den Rechtsanwaltskammern zu führen und auf deren Website allgemein zugänglich zu machen.¹⁷ Die betreffenden Rechtsanwälte müssen ihrer Rechtsanwaltskammer jedes Jahr die Anzahl der übernommenen Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen bekanntgeben.¹⁸

Ab 1. 7. 2018 haben die Rechtsanwaltskammern im Rahmen der Überwachung der Pflichten ihrer Mitglieder bei in die Erwachsenenvertreterliste eingetragenen Rechtsanwälten die Erfüllung und Einhaltung der Voraussetzungen nach § 10b Abs 1 Z 1 bis 6 RAO zu prüfen.¹⁹ Eine Verpflichtung zur Eignungsprüfung besteht für die Rechtsanwaltskammer allerdings nicht bereits bei der Eintragung in die Erwachsenenvertreterliste. Hierfür genügt die Erklärung des Rechtsanwalts, die erforderliche Eignung aufzuweisen. Die Prüfung der tatsächlichen Eignung hat allerdings im Rahmen der allgemeinen Aufsichtsfunktion der Rechtsanwaltskammer von dieser in geeigneter Weise zu erfolgen.²⁰

6. Übernahme von Erwachsenenvertretungen

In Hinkunft können Rechtsanwälte die Übernahme einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung ua dann ablehnen, wenn die Besorgung der Angelegenheit nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert.²¹ Dies gilt allerdings nicht für in die Erwachsenenvertreterliste eingetragene Rechtsanwälte.

¹ BGBl I 2017/59.

² § 140h Abs 3 NO nF.

³ §§ 264 ff ABGB nF.

⁴ §§ 268 ff ABGB nF.

⁵ § 246 Abs 1 Z 5 ABGB nF.

⁶ §§ 271 ff ABGB nF.

⁷ § 246 Abs 1 Z 6 ABGB nF.

⁸ § 274 Abs 1 ABGB nF.

⁹ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 43f.

¹⁰ § 247 ABGB nF.

¹¹ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 27.

¹² § 242 Abs 1 ABGB nF.

¹³ § 242 Abs 2 ABGB nF.

¹⁴ § 276 Abs 1 ABGB nF.

¹⁵ § 276 Abs 4 ABGB nF.

¹⁶ § 10b Abs 1 RAO nF.

¹⁷ § 10b Abs 2 RAO nF.

¹⁸ § 10b Abs 3 RAO nF.

¹⁹ § 23 Abs 2a RAO nF.

²⁰ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 92, 96.

²¹ § 275 Z 1 ABGB nF.

DANIJELA MILICEVIC (DM)
ÖRAK, Juristischer Dienst

ELISABETH SCHUSTERBAUER (ES)
RAK Wien, Abteilung
Versorgungseinrichtung

te.²² Ab 1. 7. 2018 darf ein Rechtsanwalt nicht mehr als 15 Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen übernehmen, es sei denn, er ist in die Erwachsenenvertreterliste eingetragen.²³

7. Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen

Die Bestimmungen des 2. ErwSchG treten weitestgehend mit 1. 7. 2018 in Kraft.²⁴ Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind diese auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 30. 6. 2018 ereignen oder über diesen Zeitpunkt hinaus andauern.²⁵

Vor dem 1. 7. 2018 wirksam errichtete Vorsorgevollmachten behalten ihre Gültigkeit.²⁶ Ab 1. 7. 2018 werden bestehende Sachwalterschaften zu gerichtlichen Erwachsenenvertretungen.²⁷ Bei diesen besteht bis 30. 6. 2019 automatisch im gesamten Wirkungsbereich des Vertreters ein Genehmigungsvorbehalt.²⁸ Die Gerichte haben hier von Amts wegen ein Erneuerungsverfahren einzuleiten. Wird kein Erneuerungsverfahren eingeleitet, endet die betreffende Erwachsenenvertretung automatisch mit 1. 1. 2024.²⁹

Die Bestimmungen zum Erwachsenenschutzverfahren (Regelungen über Bestellung des Erwachsenenvertreters, Verhandlungen, Berichtspflichten etc) treten mit 1. 7. 2018 in Kraft und sind auf Verfahren anzuwenden, die nach dem 30. 6. 2018 anhängig sind oder anhängig werden.³⁰

Verfahren über die Bestellung eines Sachwalters, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des 2. ErwSchG anhängig sind, sind nach den neuen Verfahrensvorschriften in erster Instanz fortzusetzen. In höherer Instanz anhängige Verfahren sind im Falle fehlender Entscheidungsgrundlagen dem Erstgericht zu überweisen und von diesem so fortzusetzen, als ob das Rechtsmittelgericht die Entscheidung aufgehoben und das Verfahren an die erste Instanz zurückverwiesen hätte.³¹

DM

Schon gewusst?

Befreiung von der Leistung zur Zusatzpension Teil B gemäß § 12 Abs 6 der Satzung Teil B: Ein entsprechender Antrag ist bis 31. Jänner eines jeden Jahres, im Falle der

Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte binnen sechs Wochen ab dem Tage der Eintragung, unter Vorlage des letzten Kontoauszuges der Versicherungsanstalt der gesetzlichen Altersvorsorge zu stellen. Bitte beachten Sie in diesem Zusammenhang, dass nur eine gesetzliche Pflichtversicherung(!) einen Befreiungstatbestand bildet (VwGH Ro 2015/03/0015). Die Befreiung gilt jeweils nur für ein Beitragsjahr.

Ermäßigung der Zusatzpension Teil B wegen Einkommens gemäß § 12 Abs 4 der Satzung Teil B: Ein entsprechender Antrag ist unter gleichzeitiger Vorlage des Einkommensteuerbescheides des vorletzten Kalenderjahres und/oder einer Gehaltsbestätigung für das Vorjahr bis 30. Juni eines jeden Jahres für das laufende Beitragsjahr zu stellen. Die Ermäßigung gilt jeweils nur für ein Beitragsjahr.

Ermäßigung der Zusatzpension Teil B wegen Ersteintragung gemäß § 12 Abs 5 der Satzung Teil B: Ein entsprechender Antrag ist innerhalb von zwei Monaten nach Ersteintragung und für das Folgejahr jeweils bis 31. Jänner des Folgejahres zu stellen.

Ermäßigung der Umlage Teil A wegen Geburt eines Kindes oder der Annahme eines Kindes an Kindes Statt: Die Umlagenordnungen der Rechtsanwaltskammern sehen im Sinne des § 53 Abs 2 Ziffer 4a RAO vor, dass der Jahresbeitrag zur Umlage Teil A ab Antragstellung innerhalb eines Jahres ab Geburt des Kindes oder der Annahme eines Kindes an Kindes Statt für maximal 12 Monate (wobei nur volle Monate in Anspruch genommen werden können) auf den für Rechtsanwaltsanwärter maßgeblichen Betrag reduziert werden kann.

ES

²² § 275 ABGB nF.

²³ § 243 Abs 2 ABGB nF.

²⁴ § 1503 Abs 9 Z 1 ABGB nF.

²⁵ § 1503 Abs 9 Z 4 ABGB nF.

²⁶ § 1503 Abs 9 Z 15 ABGB nF.

²⁷ § 1503 Abs 9 Z 10 ABGB nF.

²⁸ § 1503 Abs 9 Z 12 ABGB nF.

²⁹ § 1503 Abs 9 Z 14 ABGB nF.

³⁰ § 207m Abs 1 AußStrG nF.

³¹ § 207m Abs 3 AußStrG nF.

**BESTELLFORMULAR
WERBEARTIKEL**

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

Name bzw Firma:

**AUSFÜLLEN UND
BESTELLEN**

Straße: PLZ/Ort:.....

Datum: Unterschrift:.....

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

ULLRICH SAURER (US)
Rechtsanwalt

**MANFRED
AINEDTER (MA)**
Rechtsanwalt

FRANZ GALLA (FG)
Rechtsanwalt

§ 275 UGB

2017/137

Prioritätsprinzip bei Abschlussprüferhaftung

Tätigen mehrere Anleger im Vertrauen auf unrichtige veröffentlichte Jahresabschlüsse Investitionen, so wird der Abschlussprüfer schadenersatzpflichtig.

Übersteigt die Summe der Ansprüche der Geschädigten den **Haftungshöchstbetrag** des § 275 Abs 2 UGB, so erfolgt eine Aufteilung nach dem **Prioritätsprinzip**. Eine abweichende quotenmäßige Aufteilung sieht das Gesetz für diesen Fall nicht vor. Demzufolge wird derjenige voll befriedigt, der exekutiv zuerst auf ein beschränktes Vermögen greift. Keine Befriedigung erlangt, wer erst nach Erschöpfung des Haftungsfonds seinen Anspruch geltend macht. Grundsätzlich kann die **Erschöpfung des Haftungsfonds** im Streitfall erst im Exekutionsverfahren durch **Oppositionsklage** geklärt werden. Im Titilverfahren ist die Erschöpfung des Haftungsfonds als anspruchvernichtender Einwand nur insoweit zulässig, als die Haftungsgrenze bereits vor Schluss der Verhandlung in erster Instanz erreicht und nachgewiesen ist.

OGH 29. 6. 2017, 8 Ob 94/16f Rechtsnews 2017, 24342 = JusGuide 2017/40/16142. **us**

§§ 277 ff, 283 UGB

2017/138

Bilanzpublizität – Überwachungspflicht

Die **Geschäftsführer** sind ihrer **Überwachungspflicht** ausreichend nachgekommen, wenn der **Notar** das Einreichen des Jahresabschlusses auf ihre Frage hin **bejaht** hat.

Sind dem beauftragten Notariat in der Vergangenheit keine einschlägigen Fehler oder Versäumnisse unterlaufen, so werden den Geschäftsführern keine weitergehenden Überwachungs- und Kontrollpflichten auferlegt.

OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 150/17b Rechtsnews 2017, 24273. **us**

§§ 1295, 1299 ABGB; § 13 WAG 1996

2017/139

Anlegerschaden – Innenprovision, Interessenkollision

Hat ein **Anleger** der **Bank** für die **Vermittlung der Anlage und einer dahingehenden Beratung** ein **Entgelt** geleistet, so darf dieser grundsätzlich darauf **vertrauen**, dass die Bank darüber hinaus vom Emittenten oder Vertriebspartner nicht **noch eine Provision** erhält. Es ist die Pflicht der Bank auf eine weitere Provision, die möglicherweise einen Interessenkonflikt schafft, hinzuweisen. Den **Bankberater** trifft daher ein **Verschulden**, da er nicht damit rechnen durfte, dass dem Anleger eine zusätzliche Innenprovision bewusst oder bekannt war.

Für den **Rechtswidrigkeitszusammenhang** muss eine **tatsächliche Interessenkollision** auf Seiten der Bank gegeben sein. Im konkreten Fall wäre eine Interessenkollision zu

verneinen, wenn die Bank die **strittige Beteiligung** auch dann **empfohlen** hätte, wenn sie von ihrem Vertriebspartner keine **Vergütung** erhalten hätte und somit kein unzulässiges besonderes Eigeninteresse der Bank am Vertrieb der Beteiligung vorliegt. Die Beweislast dafür trifft die Bank. OGH 29. 6. 2017, 8 Ob 109/16m Rechtsnews 2017, 24317. **us**

§§ 1295, 1299, 1304 ABGB

2017/140

Anlegerschaden – Mitverschulden durch Sorglosigkeit, Aufklärung

Der Kläger **wusste** über seine Anlage als Beteiligung an einer **Kommanditgesellschaft** und das damit zusammenhängende **unternehmerische Risiko** Bescheid. Das produktbezogene Anlegerprofil, welches dem Kläger vorgelegt wurde und das auf die mögliche Verpflichtung von Rückzahlungen hinwies, wurde vom Anleger **nicht gelesen**, wobei dies bezugnehmend auf dessen wirtschaftliche Erfahrung als Gesellschafter einer (anderen) Kommanditgesellschaft und als Aufsichtsrat eine **nicht zu vernachlässigende Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten** darstellt. Diese Sorglosigkeit steht in **direktem kausalem** Zusammenhang mit dem **Erwerb der Beteiligung und dem Schaden**, der bereits im Erwerb einer nicht erwünschten Anlageform liegt.

Ist ein **Totalverlustrisiko** für den Kläger nach Zeichnung der Anlageform **objektiv erkennbar**, kann ihm hinsichtlich der Verjährungsfrist nicht zugutekommen, dass er **subjektiv** der Ansicht war, das Totalverlustrisiko nachträglich durch **Streichung** in den Beitrittsbedingungen **abbedingen** zu können.

OGH 18. 5. 2017, 10 Ob 58/16a Rechtsnews 2017, 24316. **us**

§ 152 Abs 1 StPO (§ 281 Abs 1 Z 2 StPO)

2017/141

Nichtigkeit durch Vernehmungsumgehung

Nichtig ist eine Erkundigung, wenn das Unterbleiben des gebotenen „Förmlich-ins-Bild-Setzens“ (maW: der Vernehmung) als Umgehung zu werten ist. Dies ist dann der Fall, wenn der als Besch (§ 48 Abs 2 StPO) in Betracht kommende Befragte über seine Stellung und die damit verbundenen Rechte im Unklaren belassen wurde.

OGH 4. 4. 2017, 14 Os 68/16f (LG Linz 34 Hv 92/15f) EvBl 2017/107. **MA**

§ 32 Abs 2 StGB (§ 201 StGB; § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO)

2017/142

Doppelverwertungsverbot

Die erschwerende Berücksichtigung der Tatbegehung durch den Einsatz aller drei Nötigungsmittel der Vergewaltigung verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, weil bei

einem alternativen Mischtatbestand die Erfüllung mehr als nur einer der Alternativen nicht die Strafbarkeit bestimmt. OGH 5. 4. 2017, 15 Os 4/17b (LG St. Pölten 20 Hv 7/16t) EvBl 2017/108. **MA**

§ 213 Abs 3 StPO (§ 56 Abs 1 und 3 StPO; Art 6 Abs 3 lit a und b EMRK)

2017/143

Kein Einfluss mangelnder Übersetzung der Anklageschrift auf Einspruchsfrist

Einem Besch, der die Verfahrenssprache nicht spricht oder versteht, ist die Anklage grundsätzlich (zu den möglichen Ausnahmen siehe § 56 Abs 5 StPO) schriftlich zu übersetzen, soweit dies zur Wahrung der Verteidigungsrechte und eines fairen Verfahrens erforderlich ist. In Ansehung der gebotenen sofortigen Zustellung der von der StA in der Staatssprache Deutsch einzubringenden Anklageschrift an den verhafteten Angeklagten differenziert § 213 Abs 3 StPO nicht danach, ob dieser der Gerichtssprache hinreichend mächtig ist oder nicht. Da die Verteidigungsrechte des verhafteten Angekl durch die zwingend vorgesehene Zustellung der Anklageschrift auch an seinen Verteidiger geschützt werden, ist in diesem Fall die Zustellung der Anklage in deutscher Sprache (fristauslösend) rechtswirksam. OGH 5. 4. 2017, 13 Ns 17/17d EvBl-LS 2017/123. **MA**

§ 87 Abs 2 Fall 1 StGB (§ 85 Abs 1 Z 2 StGB)

2017/144

Sachverhaltsannahmen für schwere Dauerfolge im StrafU erforderlich

Lange Zeit nach § 85 StGB ist ein Zeitraum, der von der durchschnittlich zu erwartenden weiteren Lebensdauer des Opfers einen wesentlichen Teil einnimmt. Die dabei anzustellende Prognose, dass die auffällige Verunstaltung – wenn auch nicht mit an Sicherheit grenzender, so doch – mit großer Wahrscheinlichkeit lange Zeit andauern wird, hat auf Basis des neuesten Standes der Medizin zum Zeitpunkt des U der letzten Tatsacheninstanz zu erfolgen. OGH 5. 4. 2017, 13 Os 28/17t EvBl-LS 2017/124. **MA**

§ 4 Abs 2 FinStrG (§ 61 StGB)

2017/145

Günstigkeitsvergleich im Finanzstrafverfahren

Nach § 4 Abs 2 FinStrG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung des Gerichts erster Instanz geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre. Bei dem anzustellenden Günstigkeitsvergleich ist die jeweilige Rechtslage in ihrer Gesamtauswirkung zu betrachten. Es sind also nicht nur die angedrohten Strafen oder einzelne Sanktionselemente einander gegenüberzustellen, sondern auch alle Bestimmungen über den Entfall, die Einschränk-

ung oder die Erweiterung der Strafbarkeit in den Vergleich einzubeziehen.

OGH 5. 4. 2017, 13 Os 9/17y (LG Wr. Neustadt 40 Hv 27/16y) EvBl 2017/115. **MA**

§ 258 Abs 1 StPO (§ 12 Abs 2, § 252 Abs 1 StPO)

2017/146

„Vorhalte“ gegenüber Zeugen sind Verlesungen nach § 252 StPO

Wird einer Zeugin ihre im Ermittlungsverfahren getätigte Aussage bei ihrer Vernehmung in der HV „vorgehalten“, kommt diese in der HV vor, sodass darauf iSd § 258 Abs 1 StPO Rücksicht genommen werden darf.

OGH 5. 4. 2017, 15 Os 21/17b EvBl-LS 2017/131. **MA**

§ 34 Abs 1 Z 2 StGB (§ 35 Abs 9 SMG; Art 6 Abs 2 MRK)

2017/147

Vorläufiger Rücktritt hindert Unbescholtenheit nicht

Die Rechtsansicht, ein vorläufiger Rücktritt von der Verfolgung durch die StA nach § 35 Abs 9 SMG hindere – per se – die Annahme eines ordentlichen Lebenswandels und demzufolge des besonderen Milderungsgrundes des § 34 Abs 1 Z 2 StGB, ist verfehlt. Damit wird dem Angekl nämlich der Sache nach ein gerichtlich strafbares Verhalten ohne ges Schuldnachweis (Art 6 Abs 2 MRK) nachteilig zugerechnet und solcherart beim Ausspruch über die Strafe eine für die Strafbemessung maßgebende entscheidende Tatsache offenbar unrichtig beurteilt.

OGH 5. 4. 2017, 13 Os 24/17d EvBl-LS 2017/132. **MA**

§§ 1311, 1325 ABGB; § 38 Abs 8 StVO

2017/148

Balkensignale für Busse gelten nicht für Radfahrer, die auf der Busspur fahren

Ein Radfahrer ist auf einer für Fahrräder freigegebenen Busspur unterwegs, links neben ihm fährt ein Pkw auf dem allgemeinen Fahrstreifen. Bei einer Kreuzung biegt der Pkw

DIESE
wirbt für Sie,
wenn Ihr Schreiben
schon längst
im Müll liegt ...
ab 250 Stk.
www.ci-clip.at

rechts ab und stößt den Radfahrer nieder. Die Ampel zeigt für den Geradeaus- und Rechtsabbiegeverkehr Grünlicht und für den „Busfahrstreifen“ ein „gesperrtes Zeichen“ (Querbalken). Weder dem Lenker des Pkw noch dem Radfahrer war ein rechtzeitiges Reagieren möglich.

Das ErstG wies die Klage des Radfahrers ab, das BerG bestätigte diese Entscheidung unter Hinweis darauf, dass der Verkehr auf dem Busstreifen gem § 38 Abs 8 StVO gesondert mit einem anderen Lichtzeichen (Querbalken und Längsbalken) geregelt sei, das im Unfallszeitpunkt für den Kläger „Querbalken“ – somit eine Anhaltepflicht – gezeigt habe.

Der OGH erachtete die Revision des Klägers für zulässig und berechtigt. Nach Art 23 des Übereinkommens über Straßenverkehrszeichen, BGBl 1982/291, ist Österreich verpflichtet, für die Regelung des Fahrzeugverkehrs mit Ausnahme der öffentlichen Verkehrsmittel rotes, gelbes und grünes Licht zu verwenden. Dieses internationale Übereinkommen bezweckt die Vereinheitlichung der Verkehrszeichen, einschließlich der Verkehrslichtzeichen. Im Einklang damit ist § 38 Abs 8 StVO dahin auszulegen, dass für den Individualverkehr nur die dem Abkommen entsprechenden Lichtsignalanlagen Geltung haben und nicht andere dem öffentlichen Verkehr dienende.

OGH 17. 8. 2017, 2 Ob 190/16d Zak 2017/579, 338. **FG**

§ 879 Abs 2 Z 2 ABGB

2017/149

Erfolgshonorar – wann greift das Quota-litis-Verbot?

Das in § 879 Abs 2 Z 2 ABGB normierte Verbot der quota litis gilt neben Rechtsanwälten und Notaren auch für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Normzweck ist der Schutz des Klienten davor, dass der Rechtsfreund die Ungewissheit des Verfahrensausgangs, dessen Aussichten für den Klienten schwieriger abzuschätzen sind, spekulativ ausnützt. Zulässig ist die Vereinbarung eines mit einem bestimmten Prozentsatz des gesamten „Streitwerts“ festgelegten Pauschalhonorars. Das Verbot betrifft nur die Quotenbeteiligung am Erfolg, aber nicht die Vereinbarung eines Erfolgshonorars an sich. Ist aber für den Fall des Nichterfolgs gar kein oder nur ein unverhältnismäßig geringes Honorar vereinbart, greift die Nichtigkeitssanktion des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB.

Nach den Feststellungen hatten die Streitparteien hier nicht einen Teil des ersiegten Betrags als Honorar, sondern ein Erfolgshonorar von € 70.000,- zuzüglich USt und für den Fall des Nichterfolgs ein Honorar nach Zeitaufwand vereinbart. Da der notwendige Aufwand zur gegenständlich gewesenen Durchsetzung eines Umsatzsteuerguthabens (bis hin zur Anrufung des VwGH oder des VfGH) nicht einschätzbar war, erachtete der OGH die Beurteilung der Vorinstanzen für vertretbar, dass das Pauschalhonorar nicht unverhältnismäßig überhöht sei.

OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 183/16d Zak 2017/606, 354. **FG**

§ 42 Abs 3 JN

2017/150

Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs – bindende Entscheidung über die Rechtswegzulässigkeit

Nach § 42 Abs 3 JN, der insbesondere auch auf die Zulässigkeit des streitigen bzw außerstreitigen Verfahrens angewendet wird, kann die Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs nicht mehr wahrgenommen werden, wenn dem eine bindende Entscheidung des Gerichts entgegensteht. Nach nunmehr stRsp setzt die Bindungswirkung gem § 42 Abs 3 JN eine im Spruch der Entscheidung enthaltene ausdrückliche Bejahung der maßgebenden Verfahrensvoraussetzungen nicht voraus. Die Verneinung der Prozessvoraussetzung in den Gründen allein ist der Rechtskraft fähig und kann eine solche Bindungswirkung entfalten. Allerdings reicht eine bloß implizite Bejahung der Rechtswegzulässigkeit, etwa durch eine meritorische Behandlung eines Begehrens, für eine bindende Bejahung nicht aus.

Im vorliegenden Fall hat das ErstG die Zulässigkeit des Rechtswegs in den Gründen seiner Entscheidung ausdrücklich bejaht. Hierdurch war die Beklagte beschwert, ohne die Entscheidung zu bekämpfen. Der amtswegigen Prüfung dieser Frage steht daher eine insofern rechtskräftig gewordene Entscheidung entgegen.

OGH 18. 7. 2017, 10 Ob 31/17g Zak 2017/616, 358. **FG**

§ 461 ZPO

2017/151

Am selben Tag eingelangte Schriftsätze – kein Verstoß gegen Einmaligkeit des Rechtsmittels

Jeder Partei steht gegen eine gerichtliche Entscheidung nur eine einzige Rechtsmittelschrift zu; weitere Rechtsmittelschriften sind auch dann unzulässig, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Frist eingebracht werden. Eine Ausnahme gilt aber für weitere Rechtsmittelschriften, Nachträge oder Ergänzungen, wenn diese am **selben** Tag wie der erste Rechtsmittelschriftsatz beim Gericht einlangen.

OGH 27. 7. 2017, 2 Ob 16/17t Zak 2017/618, 358. **FG**



**Subpreis
bis 31.12.2017**

Mehr als 4.000 Rechtssätze zum Unternehmensrecht

JUKA
ÖSTERREICHISCHER JURISTENKALENDER
2018

JUKA
2018 TASCHENTARIF

Umfangreiche
Gebührenänderungen!

2017.
Ca. 700 Seiten. Geb. Inkl. Taschentarif
im Abonnement EUR 94,- statt EUR 119,-
ISBN 978-3-214-14523-1

JUKA 2018 mit Taschentarif

MANZ

JuraPlus

Prozessfinanzierung

Erfolgsorientiert

JuraPlus AG
Tödistrasse 18
CH-8002 Zürich

Telefon +41 44 480 03 11
info@jura-plus.ch
www.jura-plus.ch

BREITENEDER
IMMOBILIEN ■ PARKING

**Verkaufen
Sie uns
Ihre
Immobilie!**

www.bip-immobilien.at
Tel: 01 513 12 41 - 700

Ausblick auf das Jahr 2018: Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission

**KATARIN
STEINBRECHER**
Leiterin ÖRAK-Ver-
tretung Brüssel

2017/152

Die Europäische Kommission hat Ende Oktober 2017 ihr Arbeitsprogramm für das Jahr 2018¹ präsentiert. In dem Arbeitsprogramm finden sich 26 neue Initiativen² wieder, mit denen die zehn politischen Prioritäten der Juncker-Kommission noch in dieser Amtsperiode abgeschlossen werden sollen.

Hier ist etwa der geplante Legislativvorschlag zu fairem Wettbewerb im Online-Plattformbereich, speziell in Bezug auf Beziehungen zwischen Plattformen und Unternehmen, zu nennen. Ein weiterer Schwerpunkt des Jahres 2018 soll die Umsetzung der Agenda für die Sicherheitsunion und die Fortsetzung der Bekämpfung des Terrorismus werden. Es ist mit legislativen Vorschlägen zur Interoperabilität zwischen den EU-Informationssystemen für Sicherheits-, Grenz- und Migrationsmanagement, einem Legislativvorschlag zur Verbesserung des grenzüberschreitenden Zugangs von Strafverfolgungsbehörden zu elektronischen Beweismitteln und Initiativen, um Strafverfolgungsbehörden den grenzüberschreitenden Zugang zu und die Nutzung von Finanzdaten zu erleichtern, zu rechnen. Mit Blick auf eine mögliche Initiative im Jahr 2025 möchte die Europäische Kommission 2018 eine Mitteilung über eine mögliche Ausweitung des Aufgabenfelds der neu geschaffenen Europäischen Staatsanwaltschaft auf die Bekämpfung von Terrorismus veröffentlichen, welche auf dem für September 2018 in Wien geplanten spezifischen Gipfel der Staats- und Regierungschefs zu Sicherheitsfragen präsentiert werden soll.

Zudem kündigt die Europäische Kommission an, eine nichtlegislative Initiative zur Verbesserung der Durchsetzung der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union vorzulegen. Eine weitere Priorität stellt die Umsetzung der EU-Migrationsagenda sowie die Reform des Visa-Kodex und die Aktualisierung des Visa-Informationssystems dar.

Im Hinblick auf die österreichische Ratspräsidentschaft in der zweiten Jahreshälfte 2018 hat die Europäische Kommission unter den Schlagworten „weniger, aber effizienter“ eine (nichtlegislative) Mitteilung über die weitere Förderung der Subsidiarität, der Verhältnismäßigkeit und der besseren Rechtsetzung im täglichen Betrieb der Europäischen Union und eine Mitteilung über eine mögliche Steigerung der Effizienz an der Spitze der Europäischen Union angekündigt. In diesem Zusammenhang soll über die Idee eines einzigen Präsidenten für den Europäischen Rat und die Europäische Kommission sowie die mögliche Einsetzung eines ständigen europäischen Ministers für Wirtschaft und Finanzen diskutiert werden.

Ergänzend zu den 26 neuen Initiativen hat die Europäische Kommission in ihrem Arbeitsprogramm auch Recht-

setzungsiniciativen³ aufgeführt, die 2018 im Rahmen des REFIT-Programms⁴ angenommen werden sollen. Hierbei sind insbesondere eine gezielte Überarbeitung der EU-Richtlinien zum Verbraucherschutz, die Überarbeitung der Verordnung über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen sowie die Überarbeitung der Verordnung über die Beweisaufnahme zu nennen.

Die Europäische Kommission nennt in ihrem Arbeitsprogramm für das Jahr 2018 66 vorrangige anhängige Vorschläge⁵, die in den letzten zwei Jahren vorgelegt wurden und nun zügig vom Rat und Europäischen Parlament zur Erreichung der EU-Ziele angenommen werden sollen. Initiativen, die rasch abgeschlossen werden sollen, sind ua der Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und der Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren,⁶ der Richtlinienvorschlag über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt und der Vorschlag über eine Insolvenzrichtlinie. Initiativen im Bereich des Datenschutzrechts, der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung, der Betrugsbekämpfung und auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer/Besteuerung zählen ebenfalls zu den prioritären Bereichen. Die Errichtung eines multilateralen Gerichtshofs für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten soll ebenfalls rasch vorangetrieben werden. Zudem plant die Europäische Kommission, im Jahr 2018 endgültig eine interinstitutionelle Vereinbarung über ein verbindliches Transparenzregister für alle drei EU-Organe anzunehmen.

Um es den gesetzgebenden EU-Organen zu ermöglichen, sich auf die wirklich wichtigen Gesetzesvorschläge

¹ Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2018_de.pdf (abgerufen am 1. 11. 2017).

² Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018, Annex I, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2018_annex_i_de.pdf (abgerufen am 1. 11. 2017).

³ Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018, Annex II, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2018_annex_ii_de.pdf (abgerufen am 1. 11. 2017).

⁴ Das Programm zur Gewährleistung der Effizienz und Leistungsfähigkeit der Rechtsetzung (REFIT) wurde 2012 von der Europäischen Kommission ins Leben gerufen, um das EU-Recht zu vereinfachen und Regulierungskosten zu verringern, ohne den Nutzen zu beeinträchtigen. Hierbei bekommen insbesondere die EU-Bürger, die nationalen Parlamente und Interessenvertreter die Möglichkeit, sich aktiv in den Gesetzgebungsprozess einzubringen.

⁵ Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018, Annex III, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2018_annex_iii_de.pdf (abgerufen am 1. 11. 2017).

⁶ Die Europäische Kommission hat am 31. 10. 2017 – nachdem das Europäische Parlament und der Rat darauf hingewiesen hatten, dass für den Fernabsatz und den klassischen Einzelhandel kohärente Regeln notwendig sind – ihren ursprünglichen Vorschlag dahingehend abgeändert, dass der Anwendungsbereich von vertragsrechtlichen Aspekten des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren nun auch auf den klassischen Einzelhandel ausgeweitet werden soll.

zu konzentrieren, schlägt die Europäische Kommission außerdem vor, 15 anhängige Vorschläge⁷ zurückzuziehen, da entweder keine Einigung absehbar ist, sie ihren Zweck nicht mehr erfüllen oder diese technisch überholt sind. In diese Kategorie fällt etwa der im Jahr 2014 vorgestellte Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter („Societas Unius Personae“ – SUP). Die Europäische Kommission plant, Ende 2017/Anfang 2018 neue Vorschläge zum Gesellschaftsrecht vorzulegen und den Richtlinienvorschlag anschließend zurückzuziehen.

Die Europäische Kommission wird alle Legislativvorschläge bis spätestens Mai 2018 vorlegen. Auf diese Weise haben das Europäische Parlament und der Rat genügend Zeit und Spielraum, den Gesetzgebungsprozess abzuschließen, bevor die Europäerinnen und Europäer im Juni 2019 anlässlich der Europawahlen zu den Wahlen schreiten werden.

⁷ Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018, Annex IV, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp_2018_annex_iv_de.pdf (abgerufen am 1. 11. 2017).



Felten · Goricnik · Riesenecker-Caba

Betriebsrat und Information

2017. XXII, 90 Seiten.
Br. EUR 26,-
ISBN 978-3-214-13696-3

Dieses neue Praxishandbuch beschäftigt sich mit dem **Zugang zu** und der **Weitergabe von Informationen** sowie deren Verarbeitung aus

- arbeits- und
- datenschutzrechtlicher Sicht.

Für den **Betriebsrat** sind Informationen essentiell, um seinem **gesetzlichen Interessenvertretungsauftrag** nachkommen zu können. An diesen Informationen bzw an deren Geheimhaltung haben sowohl der Betriebsinhaber als auch die einzelnen Arbeitnehmer Interesse. In der Praxis ergibt sich eine **Vielzahl unterschiedlicher Konflikt- und Problemstellungen**. Durch den technischen Fortschritt und die zunehmende **Digitalisierung der Arbeitswelt** werden diese noch verschärft. Denn Informationen speisen sich im 21. Jahrhundert zumeist aus Daten.

Beispiele, Technik- und Praxishinweise sowie eine Darstellung der **künftigen Rechtslage** garantieren einen hohen Praxisbezug. Das spiegelt sich auch in der Zusammensetzung des Autorenteam wider: drei ausgewiesene **Experten aus Wissenschaft, Praxis und IT**.

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 



Ein schönes Weihnachtsfest
und einen guten Rutsch ins
neue Jahr!

MANZ 

Lexis 360[®]

Ihr virtuelles Recherche-Team denkt mit

30 Mio.

intelligenten Verknüpfungen voraus.

Lexis SmartSearch

Vorausdenkende Suchalgorithmen und 30 Millionen intelligente Verknüpfungen bringen Sie in Bestzeit zum Rechercheziel.

Weil Vorsprung entscheidet.

 **LexisNexis[®]**

Jetzt kostenlos testen:
www.lexis360.at

Portrait des Monats

Sicher in die neuen Zeiten

Seit 1. 9. 2017 heißt die Generaldirektorin für die öffentliche Sicherheit Dr. Michaela Kardeis. Sie ist die erste Frau, die dieses Amt bekleidet, und als Leiterin der Sektion II des BMI eine der ranghöchsten Beamtinnen der Republik.

2017/153

Michaela Kardeis ist eine Planerin. Sie legt Wert auf Gesamtstrategien und pocht mit Vehemenz darauf, dass getroffene Vereinbarungen verlässlich und schnell umgesetzt werden. So vorausschauend sie als oberste Polizeibeamtin Österreichs agiert, so überraschend waren mitunter die Wendungen in ihrer eigenen beruflichen Laufbahn. Denn da gab es durchaus andere Pläne: Nach der Matura

wurde Leiterin der Präsidialabteilung und Polizeivizepräsidentin, ehe 15 Jahre später der Schritt in die Generaldirektion für öffentliche Sicherheit folgte. Dort war sie zunächst für die Führungskräfteentwicklung und das gesundheitsförderliche Führen verantwortlich. Bereits nach einem halben Jahr ergab sich die Chance, die Leitung der Generaldirektion zu übernehmen. Die mittlerweile 45-Jährige bewarb sich und wurde erneut zur ersten weiblichen und jüngsten Amtsträgerin in ihrer Funktion.

Während *Strasser* bei der Amtseinführung 2001 von einem „Tabu-Bruch“ gesprochen hatte, bezeichnete Innenminister *Wolfgang Sobotka* die Bestellung im Sommer 2017 als „Zeichen für die zeitgemäße Ausrichtung der Polizei“. Die Zeiten haben sich gewandelt. Frauen in führenden Positionen sind keine Seltenheit mehr. Nach anfänglichen Steinen am Berufsweg ist *Kardeis* längst in der männerdominierten Polizeiwelt angekommen.

Austria first

Die eigenen Pläne mussten dafür erneut aufgeschoben werden. Der Traum, für einige Zeit in Amerika zu leben und zu arbeiten, wurde einmal mehr auf unbestimmte Zeit verschoben. Zu wichtig sind der passionierten Schwimmerin die Ziele, die sie mit der österreichischen Polizei vorhat. Das Vertrauen der Bürger in den Exekutivapparat und die öffentliche Sicherheit sollen nicht nur erhalten bleiben, sondern noch gestärkt werden. Die Initiative „Gemeinsam. Sicher in Österreich“ ist dabei ein wesentlicher Baustein. Die Schwerpunkte ihrer Arbeit sieht die Polizeichefin in der Cybersicherheit und der Terrorismusbekämpfung.

In ihrem Team legt sie Wert auf klare Kommunikation. Kollegialität, Respekt und gegenseitige Wertschätzung sind das Um und Auf in einem ohnehin stressigen Berufsalltag. Berufliches und Privates versucht die Hobby-Gitarristin strikt zu trennen, verbringt die Freizeit mit ihrem Mann und Freunden, beim Karaoke oder mit Videospiele. Als Generaldirektorin ist sie aber auch dann in ständiger Rufbereitschaft – im Einsatz für die österreichische Sicherheit.

CHRISTIAN MOSER

ÖRAK, Juristischer Dienst



Verantwortungsbewusstes Handeln und Loyalität sind Eckpfeiler des Amtsverständnisses von Michaela Kardeis als Generaldirektorin für die öffentliche Sicherheit BMI, Pachauer

mit ausgezeichnetem Erfolg am Wirtschaftskundlichen Bundesrealgymnasium in Salzburg/Nonntal wollte die geborene Mozartstädterin zunächst Kinderärztin werden, entschied sich dann aber doch für das Jus-Studium an der Universität Salzburg. Danach wollte sie zur Polizei, doch mangels offener Stellen plante sie um und ging zum Land Salzburg. *Kardeis* startete im Büro für Frauenfragen und Gleichbehandlung und kam dann zur Bezirkshauptmannschaft Salzburg-Umgebung.

Vom Land zum Bund

Im April 2000 holte sie Innenminister *Ernst Strasser* in sein Kabinett und machte sie ein Jahr später nicht nur zur ersten weiblichen, sondern auch zur jüngsten Polizeidirektorin Österreichs. *Kardeis* leitete damals die zwar kleine, aber durch die Zuständigkeit für den Flughafen durchaus bedeutende Bundespolizeidirektion Schwechat mit knapp 500 Bediensteten. 2002 aber dann bereits die nächste Planänderung: *Kardeis* wechselte zur Bundespolizeidirektion Wien,

Abhandlungen



702 Zur Frage der Zulässigkeit der Intervention des Privatanklägers bei Durchsuchung von Orten und Gegenständen

708 Gnade vor Recht!



MARTIN NEMEČ
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien und war am Verfahren beteiligt.



ALEXANDER KERN
Der Autor war als Rechtsanwaltsanwärter in Wien am Verfahren beteiligt und absolviert derzeit seine Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien.

2017/154

Zur Frage der Zulässigkeit der Intervention des Privatanklägers bei Durchsuchung von Orten und Gegenständen

Eine neue Leitentscheidung des OGH für das Privatanklageverfahren

Ganz aktuell hat der OGH¹ die weit über den Einzelfall hinausreichende und bis dato ungeklärte Frage beantwortet, ob ein Privatankläger nach Einbringung der Privatanklage gem § 71 StPO an den von ihm beantragten Durchsuchungen von Orten und Gegenständen iSd §§ 119ff StPO teilnehmen darf. Bis zu dieser Entscheidung war es gängige Praxis, dass einem Privatankläger, der mit Einbringung der Privatanklage gleichzeitig auch die Sicherung von Beweisen und sohin einen Antrag auf Durchführung der Durchsuchung von Orten und Gegenständen stellte, die Intervention bei dieser von der Kriminalpolizei durchgeführten Amtshandlung bewilligt wurde. Dies wurde stets damit begründet, dass der Privatankläger gem § 71 Abs 5 StPO grundsätzlich (mit im Gesetz genannten Einschränkungen) die gleichen Rechte wie die Staatsanwaltschaft im Officialverfahren hat. Vor allem die strafrechtliche Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, die grundsätzlich im Wege des Privatanklagerechts erfolgt, erfährt durch diese jüngst ergangene Entscheidung des OGH nunmehr eine entscheidende, spürbare Veränderung.

I. GRUNDLEGENDE VORBEMERKUNGEN ZUM PRIVATANKLAGEVERFAHREN

1. Abgrenzung zum Officialverfahren

Die Verfolgung von Privatanklagedelikten, welche grundsätzlich eine Ausnahme vom Officialprinzip des § 2 StPO darstellen, wonach Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei zur amtswegigen Verfolgung von Straftaten verpflichtet sind, obliegt dem Opfer, das in weiterer Folge als Privatankläger auftritt. Aufgrund dieser Ausnahmestellung werden Privatanklagedelikte vom Gesetz auch ausdrücklich als solche bezeichnet und finden sich vor allem im Immaterialgüterrecht² sowie Wettbewerbsrecht,³ aber auch im StGB⁴ wieder. Privatanklagedelikte nehmen insofern eine Sonderstellung ein, als zwar ein öffentliches Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung gegeben ist, sie aber vor allem private Anliegen betreffen und es somit vom Willen und Betreiben des Verletzten abhängen soll, ob sie tatsächlich verfolgt werden oder nicht.⁵ Dies bedeutet, dass das Opfer selbst als Ankläger auftreten muss, wenn es eine Bestrafung des Täters herbeiführen will.

Im Vergleich zum Officialverfahren weist das Privatanklageverfahren, das in § 71 StPO geregelt ist, einige Unterschiede auf. Der entscheidende Umstand besteht darin, dass die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung eines Privatanklagedelikts nicht tätig wird. Die Strafverfolgung wird vielmehr erst dadurch ausgelöst, dass eine zur Anklage berechtigte Person⁶ (der Privatankläger) die (Privat-)Anklage beim hierfür zuständigen Gericht einbringt. Ist allerdings die (Privat-)Anklage eingebracht, hat das Gericht im Folgenden amtswegig vorzugehen.⁷ Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass sich das Haupt- und Rechtsmittelverfahren im Privatanklageverfahren, abgesehen von einer Vielzahl an Rücktrittsvermutungen, insbesondere dann, wenn der Privat-

kläger die zur weiteren Verfolgung notwendigen Anträge nicht stellt bzw zur Hauptverhandlung (unentschuldigt) nicht erscheint, grundsätzlich nicht von jenem eines Officialverfahrens unterscheidet. Eine Vielzahl von Rechtsfragen in Folge grober Regelungslücken ergeben sich jedoch im Verfahrensstadium zwischen Anklageerhebung und Anberaumung der Hauptverhandlung durch das Gericht.

Ein weiterer wesentlicher Unterscheidungspunkt des Privatanklageverfahrens im Vergleich zum Officialverfahren besteht darin, dass es im Privatanklageverfahren aufgrund der klaren gesetzlichen Normierung in § 71 Abs 1 StPO kein Ermittlungsverfahren gibt. Dies führt letztlich auch zu der in der Literatur kritisierten Konsequenz, dass der Privatankläger ohne staatliche Hilfe den Sachverhalt im Wege des sog „private enforcement“, zB durch Privatdetektive, selbst anklagereif dokumentieren und Beweismittel sammeln muss.⁸ Nach Einbringung der Privatanklage, die den Erfordernissen einer Anklageschrift gem § 211 StPO zu entsprechen hat, hat das Gericht diese dem Angeklagten zuzustellen und ihm eine 14-tägige Äußerungsfrist zu gewähren. Danach hat das Gericht, soweit es nicht nach

¹ OGH 23. 8. 2017, 15 Os 7/17 v.

² Exemplarisch vgl § 91 UrhG; § 35 MuSchG; § 159 PatG.

³ § 4 UWG (Vergleichende Werbung), § 10 UWG (Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten), § 11 UWG (Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen), § 12 UWG (Missbrauch anvertrauter Vorlagen).

⁴ Prominent §§ 111 ff StGB (Ehrverletzungen) und § 166 Abs 3 StGB (Vermögensdelikte im Familienkreis); aber auch § 110 StGB (Eigenmächtige Heilbehandlung), § 118 StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses und Unterdrückung von Briefen), § 121 StGB (Verletzung von Berufsgeheimnissen), § 122 StGB (Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses), § 123 StGB (Auskundschaften eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses), § 152 StGB (Kreditschädigung), § 192 StGB (Ehetäuschung).

⁵ Horak, Das neue Privatanklageverfahren, ÖJZ 2009, 212 (213).

⁶ Das Opfer bzw der Verletzte.

⁷ Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 2 Rz 21.

⁸ Engin-Deniz, Angriffs- und Verteidigungsrechte im Privatanklageverfahren, MR 2015, 81 (82).

§ 485 oder § 451 StPO vorgeht, die Hauptverhandlung anzuberaumen (§ 71 Abs 4 StPO).

2. Die Stellung des Privatanklägers

Der Privatankläger übernimmt im Privatanklageverfahren die Rolle des Anklägers und somit der Staatsanwaltschaft. Er hat nach § 71 Abs 5 StPO grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Staatsanwaltschaft. Das bedeutet bspw., dass es in der Macht des Privatanklägers steht, das Verfahren einzuleiten und auch wieder zu beenden.⁹ Im Vergleich zum Staatsanwalt ergeben sich trotz der eindeutigen Formulierung im Gesetz für den Privatankläger nachstehende wesentliche Nachteile:¹⁰

- Der Privatankläger kann gem § 71 Abs 5 StPO weder eine Festnahme noch eine Untersuchungshaft beantragen. Ganz allgemein ist er zur Beantragung von Zwangsmaßnahmen nur insofern berechtigt, als dies zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen erforderlich ist.
- Der Privatankläger kann der Kriminalpolizei keine Weisungen erteilen. Die Rolle der Kriminalpolizei im Privatanklageverfahren ist stark eingeschränkt. Da es kein Ermittlungsverfahren gibt, beschränkt sich die Aufgabe der Kriminalpolizei auf die Befolgung von Anordnungen des Gerichts.
- Der Privatankläger muss gem § 390 StPO die Kosten des Verfahrens tragen, sofern es anders als durch Schuldspruch endet.
- Gem § 352 Abs 2 StPO steht dem Privatankläger der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ausschließlich im Falle einer Einstellung gem § 215 Abs 2 StPO zu.
- Kommt der Privatankläger nicht zur Hauptverhandlung oder stellt er nicht die erforderlichen Anträge, so wird nach § 71 Abs 6 StPO angenommen, dass er auf die Verfolgung verzichtet hat, mit der Konsequenz, dass das Verfahren einzustellen ist.

Auf der anderen Seite lassen sich jedoch auch Aspekte finden, die den Privatankläger gegenüber dem Staatsanwalt privilegieren und für die nachstehenden Ausführungen von grundsätzlicher Bedeutung sind. Der wohl entscheidende Vorteil des Privatanklägers ist, dass dieser – anders als der Staatsanwalt im Offizialverfahren – nicht zur Objektivität iSd § 3 StPO verpflichtet ist. Sehr oft wird es sich bei dem Privatankläger um jemanden handeln, der in einer, sei es persönlichen (man denke an Delikte gegen die Ehre) oder wirtschaftlichen (man denke etwa an die einschlägigen Privatanklagedelikte des UWG), Gegenposition zum Angeklagten steht und daher alles andere als objektiv sein wird. In der Regel wird ein solcher Privatankläger vielmehr ausschließlich und bewusst zum eigenen Vorteil handeln, dies ohne Rücksicht auf die Interessen und Rechte des Angeklagten. Überdies muss der Privatankläger gegen sich keine Ausschließungs- oder Befangenheitsgründe (§§ 43 ff StPO) gelten lassen und kann in der Hauptverhandlung als Zeuge aussagen.

3. Durchsuchungen von Orten und Gegenständen im Privatanklageverfahren

In der Praxis wird gleichzeitig mit Einbringung der Privatanklage auch oft ein Antrag auf Durchsuchung von Orten und Gegenständen, Sicherstellung und Beschlagnahme zur Sicherung von Beweisen verbunden. Nicht selten wird von Seiten des Privatanklägers beantragt, bei der Durchführung der bewilligten Durchsuchung persönlich oder durch geeignete Vertreter zu intervenieren. Gem § 119 Abs 1 StPO, der iVm § 71 Abs 5 StPO zumindest analoge Anwendung findet, ist eine Durchsuchung ua dann zulässig, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sich in den betreffenden Räumlichkeiten Gegenstände befinden, die sicherzustellen oder auszuwerten sind. Auswertungen sind aber üblicherweise einem – in diesem Fall nicht vorhandenen – Ermittlungsverfahren vorbehalten. Ebenso steht es dem Privatankläger frei, im Hauptverfahren Anordnungen nach § 445 StPO als selbständige Anträge auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen zu beantragen. Auch in diesem Fall verfolgt die Durchsuchung samt nachfolgender Sicherstellung bzw Beschlagnahme der vorgefundenen Gegenstände das Ziel, diese zunächst einer Auswertung zuzuführen, was systematisch eine Maßnahme des Ermittlungsverfahrens darstellt.¹¹ Auch legen Richter unterschiedlicher Gerichte einen unterschiedlichen Maßstab an, wie konkret die Verdachtsmomente sein müssen.

In diesem Zusammenhang erhebt sich aber die Frage, ob der Privatankläger berechtigt ist, an den von ihm beantragten Durchsuchungen teilzunehmen oder nicht. Wie schon zuvor festgehalten, kommt dem Privatankläger grundsätzlich dieselbe Stellung wie dem Staatsanwalt zu. Das Privatanklageverfahren ist als Hauptverfahren zu führen, aus diesem Grund findet auch kein Ermittlungsverfahren statt. Nach § 71 Abs 5 StPO ist der Privatankläger entsprechend der Nähe seiner Rechtsstellung zum öffentlichen Ankläger auch berechtigt, Zwangsmaßnahmen zu beantragen; dies aber nur insofern, als es zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen erforderlich ist. Damit ist aber noch nichts über die Zulässigkeit der Intervention des Privatanklägers an der von ihm beantragten und vom Gericht bewilligten Zwangsmaßnahme gesagt. Zu eben jener Frage hat der OGH nunmehr erstmalig im Rahmen seiner Entscheidung über eine von der Generalprokuratur eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes¹² entschieden.

⁹ Vgl Horak, Das neue Privatanklageverfahren, ÖJZ 2009, 212 (213).

¹⁰ So auch Korn/Zöchbauer in Fuchs/Ratz, WK StPO § 71 Rz 21 mwN.

¹¹ Engin-Deniz, Deliktstatbestände in gewerblichen Rechtsschutzsachen, Urheberrecht und Lauterkeitsrecht, in Kert/Kodek (Hrsg), Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Rz 13.26.

¹² Vgl § 23 StPO.

II. DAS ZUGRUNDELIEGENDE VERFAHREN

1. Sachverhalt

Als Ausgangspunkt der nachstehenden Erörterung soll der vor dem OGH für seine Entscheidung¹³ zugrundeliegende Sachverhalt kurz skizziert werden: Zusammenfassend wird den Angeklagten, die ehemalige Mitarbeiter der Privatanklägerinnen waren, vorgeworfen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Privatanklägerinnen während aufrechten Dienstverhältnisses ausgekundschaftet bzw an Dritte zu Zwecken des Wettbewerbs mitgeteilt zu haben. Die Privatanklägerinnen erhoben gegen die Angeklagten Privatanklage wegen § 123 Abs 1 StGB,¹⁴ § 11 Abs 1 und 2 UWG¹⁵ und stellten den Antrag auf Durchsuchung von Orten und Gegenständen, Sicherstellung und Beschlagnahme. Überdies stellten sie den Antrag, das Gericht möge die Privatanklägerinnen vorab über den Durchsuchungstermin informieren und ihnen die Möglichkeit einräumen, an den Durchsuchungen teilzunehmen.

2. Entscheidung des LG Linz

Das LG Linz¹⁶ ordnete in weiterer Folge zum Zweck der Sicherung und Beschlagnahme von Beweismitteln die Durchsuchung und Sicherstellung bei den Angeklagten an. Den Antrag der Privatanklägerinnen auf Intervention während der beantragten Durchsuchungen wies das LG Linz ab. Dies begründete das ErstG damit, dass den Privatanklägerinnen zwar grundsätzlich gem § 71 Abs 5 StPO dieselben Rechte wie der Staatsanwaltschaft zustehen, jedoch mit Einbringung der Anklage das Hauptverfahren eröffnet sei. Ab diesem Zeitpunkt würden die Staatsanwaltschaft und folglich auch die Privatanklägerinnen ex lege zu (bloßen) Beteiligten des Verfahrens. Die Staatsanwaltschaft könne in diesem Stadium des Verfahrens lediglich Anträge stellen (zB § 209 Abs 1 StPO) oder durch Prozesshandlungen (etwa durch Zurückziehung der Anklage oder durch Rechtsmitelerklärungen) das Verfahren gestalten, eine (eigenständige) Ermittlungstätigkeit sei ihr jedoch ab diesem Zeitpunkt versagt und somit grundsätzlich auch den Privatanklägerinnen.¹⁷

3. Entscheidung des OLG Linz

Die Privatanklägerinnen erhoben gegen den Beschluss des LG Linz Beschwerde an das OLG Linz,¹⁸ das dieser Beschwerde Folge gab und den angefochtenen Beschluss dahingehend abänderte, dass die Privatanklägerinnen vorab über den Durchsuchungstermin zu informieren seien und ihnen und ihrer Rechtsvertretung die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, an den Durchsuchungen teilzunehmen. Dies wurde vom OLG Linz damit begründet, dass dem Gesetz keine Bestimmung zu entnehmen sei, die darauf schließen ließe, dass eine Intervention des Privatanklägers bei der von ihm beantragten und gerichtlich bewillig-

ten Zwangsmaßnahme nicht zulässig wäre. Des Weiteren stützte sich das OLG Linz auf die Zweckmäßigkeit der Zulassung einer Intervention der Privatanklägerinnen während der angeordneten Durchsuchungen, da gerade bei komplizierten Sachverhalten das spezifische Fachwissen und die Kenntnis der Materie den Organen der Strafjustiz nicht gleichermaßen zukomme, diese aber für die Durchführung der Durchsuchungen förderlich und zweckmäßig seien. Hieraus entstünde auch noch keine eigenständige Ermittlungstätigkeit einer Verfahrenspartei.

4. Entscheidung des OGH

a) Allgemeines

Der OGH hatte sich mit dieser Angelegenheit in Folge einer von der Generalprokuratur erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, die von den Angeklagten angeregt worden war, auseinanderzusetzen. Dabei schloss sich der OGH im Wesentlichen der – auch von der Generalprokuratur vertretenen – Rechtsauffassung des ErstG an und verwarf die Überlegungen des OLG Linz.

b) Systematische Überlegungen des OGH

Gem § 210 Abs 2 StPO wird die Staatsanwaltschaft mit Einbringung der Anklage zur Beteiligten des Verfahrens. Eine eigenständige Ermittlungstätigkeit ist ihr ab diesem Zeitpunkt versagt. Über nach Einbringung der Anklage vom Ankläger – sei es vom Staatsanwalt, sei es vom Privatankläger – gestellte Anträge auf Durchführung von Zwangsmaßnahmen entscheidet gem § 210 Abs 3 StPO (iVm § 71 Abs 5 StPO) das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht. Die Durchführung derartiger gerichtlich angeordneter Zwangsmaßnahmen obliegt gem § 210 Abs 3 zweiter Satz StPO der Kriminalpolizei (vgl § 18 StPO), die ihre Berichte und Verständigungen (nun) an das Gericht (und nicht an die Staatsanwaltschaft) zu richten hat.

Während sich demnach die Staatsanwaltschaft in dem von ihr zu leitenden Ermittlungsverfahren (wegen eines Offizialdelikts) stets an allen Ermittlungen der Kriminalpolizei beteiligen und dem Leiter der kriminalpolizeilichen Amtshandlungen Aufträge erteilen (§ 103 Abs 1 StPO) sowie selbst Ermittlungen durchführen kann (§ 103 Abs 2 StPO), stehen ihr diese Rechte im Hauptverfahren aufgrund ihrer (bloßen) Beteiligtenstellung nicht mehr zu.¹⁹ Im Hinblick auf den Privatankläger gelten diese Argumente umso mehr.

¹³ OGH 23. 8. 2017, 15 Os 7/17v.

¹⁴ Auskundschaften eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses.

¹⁵ Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, Missbrauch anvertrauter Vorlagen.

¹⁶ LG Linz 12. 4. 2016, 26 Hv 31/16b.

¹⁷ Schroll in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 20 Rz 10; Birklbauer/Mayrhofer in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 210 Rz 2, 17; Fabrizzy, StPO¹² § 210 Rz 7f; Engin-Deniz, MR 2015, 81 (85).

¹⁸ OLG Linz 14. 6. 2016, 10 Bs 102/16w.

¹⁹ Vgl zu den Rechten der Beteiligten Danek/Mann in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 220 Rz 1.

c) Recht auf Anwesenheit in der StPO

Grundsätzlich sah die StPO noch bis zum 31. 12. 2007 ein Recht des (öffentlichen oder Privat-)Anklägers sowie des Verteidigers vor, bei Hausdurchsuchungen anwesend zu sein und Gegenstände zu bezeichnen, auf die die Untersuchungshandlungen auszudehnen seien.²⁰ Ein gleichartiges Recht der Beteiligten des Verfahrens kennt die StPO in der derzeit geltenden Fassung jedoch nicht. Jene Personen, die an Durchsuchungen (in allen Verfahrensstadien) teilnehmen dürfen, werden vom Gesetz in § 121 Abs 2 StPO explizit genannt: Ein Anwesenheitsrecht besteht lediglich für den Betroffenen und dessen Vertrauensperson, alternativ einem erwachsenen Mitbewohner oder zwei unbeteiligten Zeugen, bei Durchsuchung von bestimmten der Berufsausübung gewidmeten Räumen einem Interessenvertreter, Medieninhaber oder dessen Vertreter. Darüber hinaus steht der Staatsanwaltschaft (lediglich) im Ermittlungsverfahren als dessen Leiterin gem § 103 Abs 1 StPO ein Recht auf Anwesenheit zu.

d) Parteiöffentlichkeit im Hauptverfahren

Die letzte Argumentationslinie des OGH betreffend die Unzulässigkeit der Teilnahme des Privatanklägers an der – wenn auch über seinen Antrag – vom Gericht angeordneten und von der Kriminalpolizei durchzuführenden Durchsuchung knüpft an die Parteiöffentlichkeit im Hauptverfahren an. Der OGH führt aus, dass trotz der Parteiöffentlichkeit des Hauptverfahrens außerhalb der Hauptverhandlung nur ein vom Vorsitzenden allein oder einem Beisitzer vorgekommener Augenschein parteiöffentlich ist (vgl § 254 Abs 2 StPO, arg „in Anwesenheit der Beteiligten des Verfahrens“), während dies für sonstige Beweisaufnahmen oder solche vorbereitende/sichernde Zwangsmaßnahmen nicht gilt.²¹ In diesem Zusammenhang führt der OGH rechtshistorische Aspekte ins Treffen, die dieses Argument untermauern. Zwischen dem 1. 1. 2008 und dem 31. 5. 2009 bestand ein für alle Verfahrensstadien normiertes Anwesenheitsrecht aller Beteiligten des Hauptverfahrens bei der Befundaufnahme eines Sachverständigen.²² Dieses Recht wurde aber im Hinblick auf mögliche Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre des Betroffenen (Art 8 EMRK) sowie aufgrund befürchteter Verzögerungen bei der Befundaufnahme (Art 6 Abs 1 EMRK) zügig wieder beseitigt.²³ Der OGH wendet diese Argumentation analog auch auf die Durchsuchung von Orten und Gegenständen an und nimmt auf § 121 Abs 3 sowie § 9 StPO Bezug. Aus den genannten Gründen kommt der OGH zu dem Schluss, dass die Parteiöffentlichkeit im Hauptverfahren aufgrund des Prinzips der Waffengleichheit, das nach stRsp des EGMR eines der Wesenszüge des fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK darstellt, nicht einseitig gewährt werden darf.²⁴ Somit steht nach Ansicht des OGH fest, dass grundsätzlich keinem Beteiligten des Verfahrens (insbesondere nicht dem Privatankläger im Privatanklageverfahren, aber auch nicht der Staatsanwaltschaft im Officialverfahren) ein Recht auf

Teilnahme an einer Durchsuchung zusteht, sofern sich ein solches nicht aus anderer Stellung als der eines Beteiligten (§ 121 Abs 2 StPO) ableiten lässt.

Den von den Privatanklägerinnen in diesem Verfahren vorgebrachten Argumenten, insbesondere den behaupteten Defiziten bei der Rechtsverfolgung, vor allem die Frage der Effektivität oder Ineffektivität der Kriminalpolizei ohne Hilfestellung eines informierten Vertreters des Privatanklägers betreffend, hält der OGH in seiner Entscheidung entgegen, dass den monierten Umständen bereits durch eine entsprechend genaue Determinierung des Durchsuchungsantrags²⁵ bzw in weiterer Folge durch Beiziehung eines Sachverständigen²⁶ Rechnung getragen werden kann.

III. BEWERTUNG UND ERGÄNZENDE ÜBERLEGUNGEN

1. Allgemeine Bewertung der Entscheidung

Der Entscheidung des OGH ist vollinhaltlich zuzustimmen. Zu bedenken ist jedoch, dass sich der OGH in der referierten Entscheidung im Wesentlichen auf formale Gesichtspunkte iZm der Stellung des (Privat-)Anklägers nach der Systematik der StPO stützt, obwohl noch eine Reihe weiterer in seiner Entscheidung unerörtert gebliebener Argumente für die Richtigkeit seines Auslegungsergebnisses spricht.

2. Verhältnismäßigkeit und Objektivitätsgebot

§ 5 StPO enthält ein allgemeines Gebot der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit, das fundamentalen Charakter hat und deshalb mit anderen Verfahrensgrundsätzen vom Gesetzgeber an die Spitze der StPO gestellt wurde.²⁷ Dieses in der StPO tief verwurzelte Prinzip soll ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen den durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interessen sowie staatlich garantierten Grund- und Menschenrechte einerseits und den Strafverfolgungsinteressen andererseits sicherstellen. Die Bestimmung des § 5 StPO fungiert somit nicht bloß als Auslegungsleitlinie, sondern enthält auch unmittelbar anwendbares Recht und stellt ein zusätzliches Tatbestandselement dar, das zu jeder Eingriffsnorm hinzugedacht werden muss.²⁸ Zwar wird dieser Grundsatz in zahlreichen Bestimmungen in der StPO – so etwa auch in § 121 Abs 3 StPO hinsichtlich der Durchführung von Durchsuchungen – nochmals besonders betont, doch ändert dies nichts an der Tatsache, dass alle Handlung-

²⁰ § 97 Abs 2 StPO idF vor BGBl I 2004/19.

²¹ RIS-Justiz RS0131616.

²² § 127 Abs 2 StPO idF StPRefG BGBl I 2004/19.

²³ Vgl ErläutRV 113 BlgNR 24. GP 36.

²⁴ Vgl VfGH 13. 12. 2012, G 137/11 mwN.

²⁵ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 120 Rz 4; RIS-Justiz RS0116050.

²⁶ RIS-Justiz RS0096652.

²⁷ *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 Rz 1.

²⁸ *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 Rz 10.

gen des Gerichts, der Staatsanwaltschaft sowie der Kriminalpolizei selbst dort, wo nicht einzeln darauf hingewiesen wird, von dem in § 5 StPO statuierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durchdrungen werden.

Dementsprechend ist bereits bei der Anordnung bzw. gerichtlichen Bewilligung von Zwangsmaßnahmen, in concreto der gerichtlichen Anordnung der Durchsuchung von Orten und Gegenständen gem § 119 StPO, auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besonders zu achten.²⁹ Insbesondere ist der entsprechende Gerichtsbeschluss, so er nicht mit dem aus § 5 StPO erfließenden Verhältnismäßigkeitsprinzip in Konflikt geraten will, so zu gestalten, dass mit Blick auf § 121 Abs 3 StPO Vorkehrungen getroffen werden, welche die dort erwähnten (Grund-)Rechte der Betroffenen (Eigentums- und Persönlichkeitsrechte) soweit wie möglich wahren. So ordnet § 121 Abs 3 StPO in konkreter Umsetzung des § 5 StPO an, dass „*bei der Durchführung [. . .] Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken [sind]. Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte sämtlicher Betroffener sind soweit wie möglich zu wahren. Eine Durchsuchung von Personen nach § 117 Z 3 lit b ist stets von einer Person desselben Geschlechts oder von einem Arzt unter Achtung der Würde der zu untersuchenden Person vorzunehmen*“. Durchsuchungen sind grundsätzlich möglichst schonend durchzuführen.³⁰ Kommt es aufgrund bestimmter Umstände zu einer Durchsuchung, so ist stets eine umfassende Prüfung im Einzelfall notwendig, da mit einer solchen auch massive Eingriffe in das Hausrecht gem § 9 StGG, das Recht auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK, das Recht auf Eigentum nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK sowie das Recht auf Datenschutz iSd § 1 DSGVO einhergehen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass entscheidender Unterschied zwischen einem Privatankläger und dem Staatsanwalt ist, dass Letzterer gem § 3 StPO zur Objektivität verpflichtet ist und kein eigenwirtschaftliches Interesse im gegebenen Zusammenhang hat. All dies trifft auf den Privatankläger aber nicht zu. In den allermeisten Fällen wird es sich beim Privatankläger um den Gegner oder aber um einen unmittelbaren Konkurrenten des Angeklagten handeln. Schon allein aufgrund dieser Überlegungen widerspricht es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in (sei es persönlicher, sei es wirtschaftlicher) Gegnerschaft zum Angeklagten stehenden Privatankläger die Möglichkeit zur persönlichen Teilnahme an Durchsuchungen von Örtlichkeiten und Gegenständen zu eröffnen und ihnen unter Missachtung der erwähnten Grundrechte³¹ die Gelegenheit zur Auskundschaftung ihres Gegners zu geben. Der dadurch potentiell für den (Privat-)Angeklagten entstehende Schaden steht in keiner Relation zu einer etwaigen Effizienzsteigerung und Unterstützung der Kriminalpolizei durch den Privatankläger während der Durchsuchung. Sohin ergibt sich auch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 5 StPO iVm den betroffenen Grundrechten des Privatangeklagten die Richtigkeit des Ausschlusses der

Intervention des Privatanklägers an gerichtlich bewilligten Durchsuchungen von Orten und Gegenständen.

3. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Auch das im gegenständliche Verfahren von der Unterinstanz³² ins Treffen geführte Argument, dass der StPO keine Bestimmung zu entnehmen sei, die eine Intervention des (Privat-)Anklägers anlässlich einer von ihm beantragten und vom Gericht bewilligten Durchsuchung von Orten und Gegenständen verbieten würde, fand vor dem OGH letztlich kein Gehör. Zwar geht der OGH nicht explizit auf diese Argumentation ein; bereits aus verfassungsrechtlichen Überlegungen können diese aber zu keinem anderen Auslegungsergebnis führen als jenem des OGH.

Der OGH differenziert in der Begründung seiner Entscheidung hinsichtlich der (Nicht-)Zulässigkeit der Intervention des (Privat-)Anklägers nicht zwischen dem öffentlichen Ankläger (Staatsanwalt) und einem Privatankläger, leitet er doch die Unzulässigkeit der Teilnahme von Beteiligten eines Strafverfahrens an Zwangsmaßnahmen im Stadium des Hauptverfahrens aus grundsätzlichen Überlegungen zur Stellung des Anklägers nach Einbringung der Anklage und der ihm nach der StPO zukommenden Rechte ab. Diese Rechtsansicht ist auch im Hinblick auf das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip kohärent.³³ Die im Zuge einer Durchsuchung von Orten und Gegenständen tangierten Grundrechte, nämlich das Hausrecht nach Art 9 StGG, das Recht auf Privatleben nach Art 8 EMRK, das Recht auf Eigentum nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK sowie das Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 DSGVO, stehen nämlich allesamt unter Gesetzesvorbehalt. Da die gesamte staatliche Verwaltung (Art 18 Abs 1 BV-G) nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf, gehen Lehre und Rsp³⁴ übereinstimmend davon aus, dass diese Verfassungsbestimmung für die gesamte Vollziehung, mithin auch für die Gerichtsbarkeit, zur Anwendung gelangt. Dies bedeutet, dass ohne eine in ausdrückliche Gesetzesform gegossene Ermächtigung, staatliche Organe nicht hoheitlich tätig werden dürfen. Darin besteht der entscheidende Unterschied zu Privatpersonen, die grundsätzlich alles tun dürfen, soweit es nicht ausdrücklich verboten ist, wohingegen dem Staat und seinen Organen alles verboten ist, wozu sie das Gesetz nicht explizit ermächtigt. Sohin bedürfte es für die Zulässigkeit einer Intervention des (öffentlichen wie privaten) Anklägers einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, stehen doch sämtliche tangierten Grundrechte unter entsprechendem Gesetzesvorbehalt. Das Nichtvorhandensein

²⁹ So auch *Engin-Deniz* in *Kert/Kodek* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Rz 13.29.

³⁰ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 121 Rz 13.

³¹ Hausrecht nach Art 9 StGG, das Recht auf Privatleben nach Art 8 EMRK, das Recht auf Eigentum nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK und das Recht auf Datenschutz nach § 1 DSGVO.

³² OLG Linz 14. 6. 2016, 10 Bs 102/16 w.

³³ Vgl *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 Rz 13.

³⁴ *Berka*, Verfassungsrecht⁴ Rz 494; VfSlg 12.185/1989, 12.947/1991.

einer solchen gesetzlichen Grundlage kann daher mit Blick auf die in Frage stehenden Grundrechte des Angeklagten kein valides Argument für die Zulässigkeit eines derartigen Grundrechtseingriffs sein.

4. Zweckmäßighkeitsüberlegungen

Etwaige Zweckmäßighkeitsüberlegungen iZm der Bewilligung der Intervention des Privatanklägers bei den von ihm beantragten Durchsuchungen sind nicht geeignet, zu einem anderen Auslegungsergebnis zu führen. Die im Hinblick darauf vorgetragenen Argumente, nur der (in aller Regel fachkundige) Privatankläger könne ein in der Regel fehlendes Fachwissen bzw fehlende Kenntnis der Materie auf Seiten der die Durchsuchung durchführenden Kriminalpolizei ersetzen und sohin zu einer effizienten Durchführung der Amtshandlung beitragen, treffen schon deshalb nicht den Kern der Sache, weil sie nicht hinreichend zwischen Beweismittelerhebung und Beweismittelauswertung differenzieren. Für die Beweismittelerhebung im Rahmen der Durchsuchung von Orten und Gegenständen ist einschlägiges Fachwissen des Privatanklägers grundsätzlich nicht notwendig, da sich die Kriminalpolizei strikt an die Vorgaben in der Durchsuchungs- und Sicherstellungsanordnung des Gerichts zu halten hat. Erst für das in weiterer Folge notwendige Auswerten und Selektieren von verfahrensgegenständlichen Informationen könnte besonderes Fachwissen erforderlich sein. Für derartige Problemstellungen können aber in weiterer Folge Sachverständige herangezogen werden. Eine zwingende Notwendigkeit der Beiziehung des Privatanklägers bereits im Stadium der Vornahme der gerichtlich bewilligten Durchsuchung ist daher weder erforderlich noch kann sie im Hinblick auf die dargelegten Argumente zur Verhältnismäßigkeit den dargestellten massiven Eingriff in Grundrechte des Angeklagten durch eben diese Intervention des Privatanklägers rechtfertigen.

5. Europarechtliche Vorgaben

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die am 5. 7. 2016 in Kraft getretene Richtlinie der Europäischen Union 2016/943/EU³⁵ über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung. Gerade Art 9 der Richtlinie sieht vor, dass die Vertraulichkeit von (tatsächlichen oder angeblichen) Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren gewahrt bleiben soll, wobei Gegenstand des Verfahrens zwar der rechtswidrige Erwerb bzw die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung sein muss, aber wird durch die Richtlinie nicht nur die Geheimnissphäre eines potentiellen Verletzten geschützt, sondern auch jene des Verletzten.³⁶ Gerade im Hinblick auf das durch die Einräumung der Möglichkeit zur Intervention anlässlich einer Durchsuchung von Orten und Gegenständen

den potenziell bedrohte Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 DSGVO kann kein Zweifel daran bestehen, dass die erwähnte Richtlinie auch im gegenständlichen Zusammenhang Rechtswirkungen entfaltet.

Diese Richtlinie ist zwar erst bis 9. 6. 2018 von den Mitgliedstaaten und folglich auch von Österreich in nationales Recht umzusetzen, sie entfaltet aber aufgrund des im Europarecht fest verankerten Grundsatzes des „*effet utile*“ dennoch Vorwirkungen.³⁷ Nach der Rsp des EuGH³⁸ und des OGH³⁹ steht jedenfalls fest, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie es soweit wie möglich unterlassen müssen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde. Zur Erreichung der Harmonisierung sind die der Richtlinie zugrundeliegenden Wertungen bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung nationaler Normen auch schon vor Ablauf der in der Richtlinie bestimmten Umsetzungsfrist zu beachten.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND PRAKTISCHE AUSWIRKUNGEN

Zusammenfassend erachtet der OGH die Teilnahme des Privatanklägers (aber auch die des Staatsanwalts) an Durchsuchungen von Orten und Gegenständen nach Anklageerhebung im Stadium des Hauptverfahrens zutreffend für unzulässig. Der OGH stellt hierbei auf die Beteiligtenstellung des Privatanklägers/des Staatsanwalts sowie auf den Umstand ab, dass Durchsuchungen von Orten und Gegenständen nicht parteiöffentlich sind. Diese Sicht ergibt sich ua aus dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Norm, der Problematik des durch ein solches Recht bewirkten Eingriffs in die Privatsphäre des Betroffenen (Art 8 EMRK) und der Verfahrensverzögerung (Art 6 Abs 1 EMRK). Fest steht somit, dass dem Privatankläger grundsätzlich nur jene Rechte zustehen, die auch der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren zukommen.⁴⁰ Dafür sprechen neben den vom OGH dargelegten Argumenten auch noch eine Vielzahl weiterer Überlegungen, wie insbesondere die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, aber auch verfassungs- und europarechtliche Überlegungen.

Die hier erörterte Entscheidung des OGH hat für das Officialverfahren nur geringe Bedeutung. Zwar kann die Staatsanwaltschaft gem § 210 Abs 3 StPO auch nach Einbringung der Anklage Zwangsmittel bei Gericht beantragen; diese sind aber nicht mehr von ihr anzuordnen, son-

³⁵ ABl L 2016/157 v 15. 6. 2016.

³⁶ Vgl auch *Rassi*, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, Zak 2016/758.

³⁷ Vgl auch *Kröll*, Grundsatzgesetzgebung und Richtlinienrechtsetzung – Zweistufige Rechtserzeugung im österreichischen Bundesstaat und im europäischen Staatenverbund, ZfV 2016, 126.

³⁸ EuGH 8. 5. 2003, C-14/02; 4. 7. 2006, C-212/04; 13. 1. 2004, C-453/00.

³⁹ OGH 29. 9. 1998, 4 Ob 235/98g; 8. 9. 2005, 8 ObS 13/05b.

⁴⁰ Vgl RIS-Justiz RS0131616.

den dürfen nur mehr vom Gericht bewilligt werden. In aller Regel werden jedoch derartige Zwangsmaßnahmen bereits im vorangegangenen Ermittlungsverfahren gesetzt worden sein, sodass die praktische Bedeutung – abgesehen von der allfälligen Anordnung der Festnahme im Falle des Vorliegens entsprechender Haftgründe – wohl eher gering sein dürfte.

Anders ist die Ausgangslage jedoch im Privatanklageverfahren, in dem aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ein Ermittlungsverfahren nicht stattfindet, sodass der Privatankläger allfällige Zwangsmaßnahmen überhaupt erstmalig mit Einbringung der Anklage beantragen kann. Die bisher gängige Praxis, vor allem bei Privatanklagen im Bereich des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts gleichzeitig mit Einbringung der Privatanklage die Durchsuchung von Orten und Gegenständen unter entsprechender Intervention des Privatanklägers zu beantragen und durchzuführen, erfährt durch die vorliegende Entscheidung des OGH eine einschneidende Änderung. Zwar steht es dem Privatankläger wie bisher frei, derartige Zwangsmaßnahmen, so sie zur Sicherung von Beweisen oder vermö-

gensrechtlichen Anordnungen erforderlich sind, (§ 71 Abs 5 StPO) zu beantragen; die Teilnahme des Privatanklägers und/oder seines Rechtsvertreters an derartigen Zwangsmaßnahmen wird demgegenüber nicht mehr möglich sein. Dies bedeutet gerade in sensiblen Rechtsgebieten wie dem Wettbewerbs- oder Immaterialgüterrecht, in denen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie geistiges Eigentum eine tragende Rolle spielen, eine entscheidende Verbesserung des Rechtsschutzes des (Privat-)Angeklagten, der sich selbst im Falle eines Freispruchs bis dato gegen die einmal erfolgte Verletzung seiner sogar grundrechtlich geschützten Rechtsgüter, seiner Privatsphäre sowie seines wirtschaftlichen und ideellen Eigentums (zB seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) nicht wehren konnte.

Der sich aus der Entscheidung des OGH als Konsequenz ergebenden potentiellen Erschwerung der Rechtsverfolgung durch den Privatankläger kann durch entsprechend genaue Determinierung des Durchsuchungsantrags sowie durch Beiziehung eines im Rahmen der Durchsuchung befundaufnehmenden Sachverständigen ausreichend Rechnung getragen werden.

Gnade vor Recht!

Was ist das Wesen des Gnadenrechts? Was sind dessen Grenzen? Wann ist Gnade zu gewähren und wann nicht? Diesen in Theorie und Praxis bedeutsamen Fragen wird im gegenständlichen Beitrag aus verfassungsrechtlicher, staatsrechtlicher, strafprozessualer und rechtsphilosophischer Perspektive nachgegangen.



ADRIAN EUGEN
HOLLAENDER

Mag. Dr. Adrian Eugen Hollaender ist Rechtsanwalt in Wien und lehrte zuvor Menschenrechte an der Universität Wien.

2017/155

I. EINLEITUNG

Die Weihnachtszeit ist in Österreich auch die Zeit der traditionellen Weihnachtsamnestie.¹ Bereits dies gibt Anlass zu einer juristischen Betrachtung des Gnadenrechts. Aber auch international ist das Gnadenrecht des Bundespräsidenten (BP) zuletzt heftig in die Diskussion geraten.² Grund genug, dieses Rechtsinstitut – in seiner gesetzlichen Ausprägung im österreichischen Verfassungs- und Strafprozessrecht – näher zu beleuchten.

Die normativen Wurzeln des Gnadenrechts finden sich im Verfassungsrecht, die verfahrensrechtliche Ausprägung findet sich im Strafverfahrensrecht. Zudem gibt es noch einen „ungeschriebenen Teil“ der Rechtsordnung, nämlich die Gnadenpraxis. Letzterem Aspekt kommt besondere Bedeutung zu, denn im B-VG und in der StPO kann man nachlesen, die Gnadenpraxis ist jedoch – der Natur des Gnadenrechts gemäß – nirgends normiert. Ohne entsprechenden Vorschlag der Bundesregierung bzw des von ihr dazu ermächtigten Bundesministers für Justiz (BMJ) kann der BP aber keine Gnade erweisen. Daher ist – nebst der Darstellung der verfassungsrechtlichen Grundlagen und der prozessualen Bestimmungen – auch ein Blick hinter

die Kulissen des Gnadenrechts, nämlich auf die Gnadenpraxis, aufschlussreich.

II. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN UND STAATSRECHTLICHE WURZELN DES GNADENRECHTS

Art 65 Abs 2 lit c B-VG berechtigt den Bundespräsidenten, die von den Strafgerichten **rechtskräftig Verurteilten zu begnadigen**, die von den Strafgerichten ausgesprochenen **Strafen zu mildern** oder umzuwandeln, die **Nachsicht von Rechtsfolgen** und die **Tilgung von Verurteilungen** im Gnadenweg **auszusprechen** (was in der Lehre unter den Begriff der *Restitution* subsumiert wird) und anhängige

¹ Diese ist allerdings keine Amnestie (denn Amnestien sind gem Art 93 B-VG der Bundesgesetzgebung vorbehalten), sondern ein Bündel von Begnadigungen nach bestimmten Kriterien.

² Und zwar in den USA, einerseits in Bezug auf die seinerzeitige Begnadigung von Marc Rich durch Präsident Bill Clinton am letzten Tag seiner Amtszeit, andererseits in Bezug auf die rezente Begnadigung von Sheriff Joe Arpaio durch Präsident Donald Trump. Beide Begnadigungen erfolgten nämlich auf direktem Wege durch den Präsidenten, ohne Befassung der Justizbehörden – was in den USA ungewöhnlich, aber zulässig, in Österreich hingegen nicht zulässig wäre, weil der Gnadenerweis des Bundespräsidenten hierzu einen entsprechenden Vorschlag der Bundesregierung oder des von ihr dazu ermächtigten Bundesministers für Justiz voraussetzt.

strafgerichtliche Verfahren³ wegen eines Officialdelikts im Wege der sog *Abolition niederschlagen*.

Als Vorläuferregelung, die Art 65 Abs 2 lit c B-VG übrigens mit Art 93 B-VG gemeinsam hat, ist Art 13 des StGG über die richterliche Gewalt von 1867, RGBl 144, zu nennen, nach welcher Bestimmung der Kaiser sowohl das Recht hatte, „Amnestie zu erteilen“, als auch das Recht, „die Strafen, welche von den Gerichten ausgesprochen wurden, zu erlassen oder zu mildern, sowie Rechtsfolgen von Verurteilungen nachzusehen“, wozu noch das in § 2 Abs 4 der StPO von 1873, RGBl 119, bestimmte Abolitionsrecht hinzukam. Diese Rechte wurden dann in der Republik aufgeteilt und gem § 16 des Grundgesetzes über die richterliche Gewalt von 1918, StGBI 38, hinsichtlich der Amnestie der Nationalversammlung übertragen, während das Gnadenrecht im Einzelfall dem Staatsrat zugewiesen wurde. Dieser Regelung folgten dann einerseits Art 93 B-VG und andererseits – über die Zwischenstufe von Art 7 Abs 4 des Gesetzes vom 14. 3. 1919, StGBI 180 – Art 65 Abs 2 lit c B-VG.⁴

Man kann das Gnadenrecht als eine in der Bundesverfassung verankerte **Rechtsschutzeinrichtung im weitesten Sinne** auffassen. Als solche ist sie von besonderer Bedeutung, schafft sie doch die Möglichkeit, aus einem Strafverfahren erfließende **formell korrekte, jedoch für den Einzelnen unbillige** (und somit grundlegenden Gerechtigkeitsanforderungen zuwiderlaufende) **Rechtsakte** der Gerichte durch Entschließung des Staatsoberhauptes **zu Gunsten der Individualgerechtigkeit zu korrigieren**.

Die **staatsrechtlichen Wurzeln** des Gnadenrechts finden sich **im monarchischen Prinzip**. Deshalb wird das Gnadenrecht oft auch als dessen Ausfluss charakterisiert.⁵ Dies führt zur Auslegung, dass der Bundespräsident in der Ausübung dieser Befugnisse völlig frei und unbeschränkt und das Gnadenrecht seiner Natur nach einer inhaltlichen Determinierung nicht zugänglich sei. Diese Auslegung ist von der **historischen Entwicklung** her unbestritten, denn der Monarch war im früheren Staat auch höchster Träger aller Gerichtsbarkeit und konnte durch sog Machtsprüche in jedes Gerichtsverfahren eingreifen, gerichtliche Prozesse selbst entscheiden, sie an sich ziehen oder die Entscheidung anderen Stellen überlassen, was mit dem Begriff der Kabinettsjustiz überschrieben zu werden pflegt.⁶ Rechtsdogmatisch wäre allerdings **heute** eine monarchisch orientierte Interpretation mit einem **demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungsverständnis** nicht vereinbar. Deshalb erscheint im Vergleich zur historischen Unbeschränktheit und Unbestimmbarkeit der Gnade schlechthin heute eine differenzierte Sicht des Ermessens des BP beim Gnadenerweis und des Ermessens des BMJ beim Gnadenvorschlag geboten.

III. INHALTLICHER KERN DER GNADE

Der Anwendungsbereich des Gnadenrechts setzt – inhaltlich betrachtet – dann ein, wenn in extremen Fällen, in de-

nen die regulären Rechtsschutzeinrichtungen im Strafverfahren (aus Gründen der logischen Beschränktheit dogmatischer Auslegungsmöglichkeiten) im Einzelfall wohl **formal betrachtet Recht, materiell gesehen aber nicht Gerechtigkeit** erzielen.

Gnade ist also immer dann geboten, wenn **materielles Unrecht im Gewande formellen Rechts** auftritt. In diesen Fällen muss sozusagen eine „höhere Instanz“ (im weiteren Sinne) zur Verfügung stehen, die den Geboten der **Billigkeit im Einzelfall** Rechnung trägt. Strenge Verfahrensgerechtigkeit bei der Rechtsfindung bis zum Urteil und dessen Überprüfung in der Rechtsmittelinstanz darf sich davon hingegen nicht primär leiten lassen, sondern muss den positivrechtlichen Bestimmungen des materiellen und formellen Strafrechts verpflichtet bleiben. Erst danach setzt das Gnadenrecht ein. Deshalb geht es – wie im Titel dieser Abhandlung verdeutlicht – um „**Gnade vor Recht**“. Aber erst muss das Recht ermittelt werden. Wenn sich den Besonderheiten eines Falles nicht hinreichend mittels des gesetzten Rechts Rechnung tragen lässt, beginnt der inhaltliche Anwendungsbereich des Gnadenrechts. Es ist also in einem Strafprozess stets zwischen Verfahrensgerechtigkeit (is der gleichmäßigen Anwendung der Strafnormen und des Prozessrechts auf alle Rechtsunterworfenen) und materieller Gerechtigkeit zu unterscheiden. Letztere kann oftmals bereits mit den Mitteln des Straf- und Strafprozessrechts bei entsprechend sinnhafter Anwendung erzielt werden, in manchen Fällen aber nicht – dann schlägt die Stunde des Gnadenrechts, das ja gerade zur Korrektur solcher formal rechtsrichtig zustande gekommenen, den Besonderheiten des Einzelfalles jedoch nicht gerecht werdenden Entscheidungen existiert.⁷

Das Strafrecht kann nämlich grundsätzlich nur allgemein bestimmte Handlungen oder Unterlassungen mit Strafe bedrohen und sich auf die Besonderheiten des Einzelfalles nicht (vertieft) einlassen.⁸ Somit können sich, selbst bei Anwendung aller Sonder- und Ausnahmebestimmungen wie etwa der privilegierten Tatbilder und der außerordentlichen Strafmilderung, **auf dem Rechtsweg nicht behebare Härten eines Urteils** ergeben, die **durch die Gna-**

³ Ähnliche Befugnisse des Bundespräsidenten sieht § 25 Abs 3 ÜG in Bezug auf das Disziplinarstrafrecht vor.

⁴ Vgl hierzu insb: *Burgstaller in Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, Rz 2 zu Art 93; *Horrow*, Grundriss des Österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Hälfte (1952) 284 FN 2; *Klecatsky*, JBl 1967, 445 (447); *Merkl*, Gerichtszeitung 1919, 37; *Lohsing*, Strafprozessrecht² 767.

⁵ Vgl *Klecatsky*, Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrechts, JBl 1967, 445 ff; *derselbe*, Gedanken zu einer Neugestaltung des Gnadenrechts, JBl 1968, 225 ff; *derselbe*, Bundesverfassungs-Gesetz und Bundesverfassungsrecht, in Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, hrsg von *Schambeck*, S 89, wo für eine „Verrechtlichung des dem monarchischen Gottesgnadentum entstammenden Begnadigungs- und Abolitionsrechts“ eingetreten wird; *Marxen*, Rechtsstaatliche Grenzen der Amnestie (1984); *Hammel*, Innerstaatliche Amnestien. Grundlagen und Grenzen aufgrund des internationalen Rechts (1993); *Serini*, Die Amnestie 1950, ÖJZ 1950, 419.

⁶ Vgl hierzu *Dahm*, Deutsches Recht (1963) 331 ff.

⁷ Vor dem Urteil – also noch während des Strafverfahrens – könnte unter Gnadengesichtspunkten eine Abolition, also eine Niederschlagung des Strafverfahrens durch den Bundespräsidenten, in Betracht kommen. Dies ist jedoch in der Praxis selten.

⁸ *Fabrizy*, Kommentar zur StPO¹² § 507 StPO Rz 1.

de im Einzelfall neutralisierbar sind. Insofern ist der Gnadenakt eine unmittelbare Äußerung der obersten Staatsgewalt, um allfällige ergebnisbezogene Unzulänglichkeiten des Gesetzes souverän, aber unter Beachtung des Grundsatzes „Recht muss Recht bleiben“ aus Gründen der Billigkeit auszugleichen.⁹ Die Verfassung gewährt auf diese Weise die Möglichkeit, den Einzelnen über die regulären verfahrensrechtlichen Schritte hinaus durch Begnadigung vor zwar prozessual korrekt herbeigeführter, aber dennoch im Ergebnis – also vom Standpunkt absoluter Gerechtigkeit gesehen – ungerechter Bestrafung bzw vor unverhältnismäßig belastenden Urteilsfolgen zu schützen.

IV. DAS GNADENVERFAHREN

Eine Begnadigung steht dem BP auf Vorschlag der Bundesregierung oder des von ihr ermächtigten Bundesministers für Justiz zu.¹⁰ Ein **Gnadenvorschlag** kann durch den BMJ von Amts wegen oder aus Anlass eines Gnadengesuchs erfolgen. Ein Anrecht auf Gnade besteht nicht.

Voraussetzungen eines Gnadenerweises sind das Vorliegen eines Verfahrens vor einem von Art 83 B-VG determinierten Gericht in einer Justizstrafsache¹¹ und der auf eine bestimmte Person gerichtete Vorschlag des BMJ. Darauf basierend kann der Gnadenerweis des BP in Form einer sog **Gnadenentschließung** erfolgen. Amnestien hingegen sind gem Art 93 B-VG der Bundesgesetzgebung vorbehalten.¹² Mittels einzelfallbezogenen Gnadenentschließung des BP können im Wege der **Abolition** wegen Officialdelikten anhängige Strafverfahren niedergeschlagen und im Wege der **Begnadigung** rechtskräftige Verurteilungen im Strafausspruch oder in der Strafform gemildert werden, Rechtsfolgen nachgesehen werden (insb auch in Form einer bedingten Nachsicht), Verurteilungen aus dem Strafregister getilgt oder Verurteilte überhaupt in dem Sinne begnadigt werden, dass die Strafe schlechthin „als nie verhängt gilt“.¹³

Beim Begnadigungsakt des Bundespräsidenten handelt es sich um eine **Angelegenheit der Verwaltung**, die den Befugnissen des Gerichtes entzogen ist.¹⁴

Als Grundlage für eine solche Entschließung des Bundespräsidenten ist, wie erwähnt, ein Vorschlag gem Art 67 Abs 1 B-VG erforderlich. Das in der Strafprozessordnung im XXX. Hauptstück (sowie hinsichtlich der Abolition in § 2 Abs 6 StPO) geregelte Gnadenvorverfahren sieht die Erstattung dieses Vorschlages durch die Bundesregierung oder durch den von ihr ermächtigten Bundesminister für Justiz vor.¹⁵ Letzteres ist übrigens die in der Praxis seit jeher gepflogene Vorgangsweise.

Ein derartiger Vorschlag kann von Amts wegen oder aufgrund eines **Gnadengesuchs** erfolgen. Ein solches Gesuch kann von jedermann beim Bundesminister für Justiz eingebracht werden,¹⁶ ohne dass daraus ein Recht auf Erstattung eines Gnadenvorschlags erwächst¹⁷ (weshalb gegen die Ablehnung eines Gnadengesuchs auch keine Rechtsmittel eingeräumt sind). Langen Gnadengesuche bei einer an-

deren Behörde ein,¹⁸ sind sie unverzüglich an das Bundesministerium für Justiz weiterzuleiten.¹⁹

Zur Klärung der Voraussetzungen für die Erstattung von Gnadenvorschlägen kann der Bundesminister für Justiz **Erhebungen durch Sicherheitsbehörden** oder andere geeignete Stellen durchführen lassen²⁰ und **Stellungnahmen von jenen Gerichten, die in der Sache entschieden haben oder von staatsanwaltschaftlichen Behörden** einholen.²¹

Gnadengesuchen kommt keine aufschiebende Wirkung zu;²² der **Bundespräsident** hat allerdings die Möglichkeit, eine **Hemmung des Vollzugs der Strafe** anzuordnen.²³

Die Begnadigung steht im **Ermessen des Bundespräsidenten**. Kriterien dafür (nämlich sowohl für die Entschließung des Bundespräsidenten als auch für die dieser notwendigerweise vorgelagerte Vorschlagserstattung durch den Bundesminister) nennt das Gesetz nicht. Dies ist genau der hier interessierende Aspekt.

V. DIE GNADENPRAXIS

Gnadenvorschläge werden vom BMJ **in der Regel nicht** erstattet:

- während eines anhängigen anderen Strafverfahrens;
- wenn schon einmal eine Begnadigung gewährt wurde und der Begnadigte danach erneut delinquierte;
- bei Flüchtigen.

Außerdem ist die Gnadenpraxis **restriktiv** bei:

- teilbedingt verhängten Strafen nach § 43 StGB;
- Straftaten im Zuge von Verkehrsunfällen in alkoholisiertem Zustand.²⁴

Einzelgnadenakte in diesen Fällen, wenn sie überhaupt erfolgen, führen höchstens zur Umwandlung einer Haftstrafe

⁹ Im Rahmen des Gnadenerweises werden in der Praxis meist auch nach der Verurteilung eingetretene Ereignisse berücksichtigt, die einer Beurteilung durch der Richter beim Strafausspruch entzogen waren (ob diese Praxis angesichts des strafprozessualen Rechtsinstituts der nachträglichen Strafmilderung als richtig anzusehen ist, mag allerdings dahingestellt bleiben).

¹⁰ § 507 StPO; Art 65 Abs 2 lit c, Art 67 Abs 2 B-VG.

¹¹ Und nicht etwa auch einem Verwaltungsstrafverfahren, vgl VwGH v 6. 7. 1966, 845/66. Vgl aber § 25 Abs 3 ÜG in Bezug auf das Disziplinarstrafrecht.

¹² Vgl hiezu zB das Amnestiegesetz 1995 BGBl 1995/350.

¹³ So *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, B-VG-Kommentar Art 65 B-VG Rz 61.

¹⁴ Vgl VfSlg 13.273/1992, ergangen zur Frage der gerichtlichen Kompetenz zur Zurückweisung von Gnadengesuchen nach § 411 StPO zur damaligen Rechtslage, die den Bundesminister für Justiz ermächtigte, die gerichtliche Kompetenz zur Zurückweisung von Gnadengesuchen in Einzelfällen durch administrative Anordnungen über die Behandlung der Gesuche in eine bloße Verpflichtung zur gutachterlichen Äußerung umzuwandeln, was der VfGH als Verfassungswidrigkeit erkannte wegen der Unvereinbarkeit einfachgesetzlicher Vorschriften über administrative Einzelfallanordnungen mit Art 83 Abs 1 B-VG, da so die gesetzlich normierte Zuständigkeit beseitigt werde.

¹⁵ Vgl § 507 StPO.

¹⁶ § 508 StPO.

¹⁷ § 507 StPO.

¹⁸ Damit sind auch Gerichtsbehörden gemeint.

¹⁹ § 508 StPO.

²⁰ § 509 Z 1 StPO.

²¹ § 509 Z 2 StPO.

²² § 510 Abs 1 StPO.

²³ § 510 Abs 2 StPO.

²⁴ Diese werden allerdings nur bei der Einzelgnadengewährung restriktiv behandelt, hingegen finden sie häufig Berücksichtigung im Rahmen der Weihnachtsgnadenaktionen.

in eine Geldstrafe; Voraussetzung ist aber das Vorliegen eines sehr bedeutsamen Gnadengrundes wie die Zerstörung der wirtschaftlichen Existenz, die Betreuung eines pflegebedürftigen Angehörigen oder eine eigene schwere Verletzung.

Weiters ist die Gnadenpraxis **restriktiv** bei:

- Suchgifthandel;
- Raub und anderen schweren Eigentumsdelikten;
- Mord und schweren Körperverletzungsdelikten;
- Sexualdelikten.

In solchen Fällen muss, falls überhaupt Gnade gewährt wird, bereits ein erheblicher Teil der verhängten Freiheitsstrafe verbüßt und allenfalls bereits die bedingte Entlassung gem § 46 Abs 2 StGB abgelehnt worden sein, um überhaupt die Erstattung eines Gnadenvorschlags – wiederum nur bei Vorliegen sehr bedeutsamer Gnadengründe – in Betracht zu ziehen.

Weitere Spezifika der Gnadenvorschlagspraxis:

- bei strafrechtlich relevanten Unterhaltspflichtverletzungen:

Hier kommt ein Gnadenvorschlag nur in Betracht, wenn der laufende Unterhalt geleistet und zumindest ein Teil des Unterhaltsrückstandes beglichen wird. Ist inzwischen die Selbsterhaltungsfähigkeit des Unterhaltsberechtigten eingetreten (was ein häufig ins Treffen geführter Grund für Gnadengesuche ist), müssen Rückstandszahlungen erfolgen oder Ratenvereinbarungen nachgewiesen sein.

- bei Geld- und Wertersatzstrafen nach dem FinStrG oder dem SMG:

Wenn die Strafen so hoch sind, dass die Zahlung auch in sechzig Monatsraten bei der gegebenen Einkommenssituation nicht möglich ist, wird häufig die Entrichtung von sechzig der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit angepassten Monatsraten erwartet, um einen Gnadenbeweis in Form der bedingten Nachsicht des dann noch aushaftenden Strafrestes unter Bestimmung einer dreijährigen Probezeit vorzuschlagen.

Nach der vom Verurteilten an das Gericht geleisteten Zahlung eines Teiles einer Geldstrafe, zB bei Abgabenhinterziehung, wird, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit schon weitgehend ausgeschöpft ist, zum Teil analog zur bedingten Entlassung beim Erstvollzug ein Teil der restlichen Geldstrafe (in etwa die Hälfte bis zwei Drittel) gnadenweise bedingt nachzusehen vorgeschlagen.

Begnadigungsformen:

Eine Begnadigung kann erfolgen durch:

- Umwandlung einer unbedingten Freiheitsstrafe in eine bedingte Freiheitsstrafe bzw in eine gnadenweise gewährte bedingte Entlassung;
- Umwandlung von Freiheitsstrafen in Geldstrafen;
- Gewährung von Ratenzahlungen bei Geld- und Wertersatzstrafen;
- Neubemessung der Tagessätze;

- gnadenweise erfolgende Tilgung der Verurteilung im Strafregister;
- gnadenweise Gewährung einer Beschränkung der Auskunftsbeschränkung aus dem Strafregister;
- gnadenweise Tilgungen von Verurteilungen.

Gnadenweise Tilgungen von Verurteilungen werden nur in sehr geringem Umfang vom BMJ vorgeschlagen, etwa bei einem vom Gnadenwerber angestrebten Erwerb der Staatsbürgerschaft.

Gnadenweise Gewährung einer **Beschränkung der Auskunftsbeschränkung aus dem Strafregister** hingegen ist häufiger Gegenstand von Gnadenvorschlägen des BMJ. Dabei gilt:

- innerhalb offener Probezeit erfolgt kein Gnadenvorschlag;
- vor Ablauf der halben Tilgungsfrist erfolgt in der Regel ebenfalls kein Gnadenvorschlag;
- wenn aber mehrere Verurteilungen vorliegen, diesen zum Teil gravierende Delikte zugrunde liegen und hohe Strafen verhängt worden sind, sodass die Tilgungsfrist mindestens fünfzehn Jahre beträgt, sollte die halbe Tilgungsfrist deutlich überschritten sein, damit ein Gnadenvorschlag erstattet wird.

Generell gilt bei der Gnadenvorschlagspraxis für die gnadenweise erfolgende Auskunftsbeschränkung aus dem Strafregister:

Georg Klingenberg PRÜFUNGSKUNDE

*Der humorvolle Leitfaden für
Geprüfte und Prüfer*

Das ideale Geschenk,
nicht nur zu
Weihnachten.

Von dem bekannten
Professor für
Römisches Recht.

Neu im Buchhandel!
Für nur € 10,20 Taschenbuch.
€ 29,90 Hardcover.



Leseprobe

www.klingenbergverlag.at
f : /klingenbergverlag



 VERLAG
KLINGENBERG

Die Art der der begangenen Delikte spielt eine maßgebliche Rolle.

Als Gnadengrund kommt vor allem das Ziel der Erlangung eines Arbeitsplatzes bei vorheriger Arbeitslosigkeit oder die Erhaltung des bisherigen, durch die Verurteilungsbekanntheit gefährdeten Arbeitsplatzes in Betracht.

Ein vom Gnadenwerber angestrebter Berufswunsch muss aussichtsreich für die Resozialisierung sein. Beim Wunsch auf Existenzverbesserung wird bei der Einzelfallprüfung auf das Umfeld wie etwa Sorgepflichten, Verbindlichkeiten und Zumutbarkeit des Abwartens des Eintretens der gesetzlichen Tilgung abgestellt.²⁵

Form des Gnadensuchs:

Auch wenn es keine gesetzlichen Formvorschriften gibt, sollte ein Gnadengesuch in **Gnadengründe** und **Gnadewürdigkeit**²⁶ untergliedert sein und für jeden einzelnen dieser Aspekte Sachverhaltsangaben und Beweise dafür enthalten. Gnadengründe betreffen die Sache, Gnadewürdigkeit betrifft die Person.

Nach der Judikatur²⁷ können **spezialpräventive und generalpräventive Erwägungen** bei der Begnadigung eine Rolle spielen, müssen es aber nicht. Es empfiehlt sich jedenfalls, sie im Rahmen des Gnadengesuches zu berücksichtigen und aufzuzeigen, dass der angestrebte Gnadenerweis im Einzelfall keine negative Vorbildwirkung auf die Allgemeinheit haben würde (dass also generalpräventive Gründe dem Gnadenerweis nicht entgegenstehen würden) und dass auch für den Gnadenwerber selbst der Gnadenerweis nur positiv wirken und nicht etwa eine Rückfalltendenz bewirken würde (dass also auch keine spezialpräventiven Gründe dem Gnadenerweis entgegenstehen würden).

Verfahrensrechtliche Richtlinien für Begnadigungen finden sich in der Präsidialverfügung des Bundesministers für Justiz vom 24. 2. 1998, Zl 12.110/34-PR.1/1998, betreffend die **Vorgangsweise bei der Behandlung von Gnaden-sachen**, insb bei der Ablehnung von Gnadengesuchen. Nach diesen Richtlinien bedürfen Gnadensachen zwar grundsätzlich der Befassung des Bundesministers für Justiz, die Ablehnung von Gnadengesuchen wird jedoch, „soweit nicht ungewöhnliche Umstände wie etwa besondere Gnadengründe oder öffentliches Interesse vorliegen“, in bestimmten Fällen der Approbation durch die betreffende Abteilung des Bundesministeriums für Justiz überlassen. Diese Richtlinien sind als Dienstanweisung von verbindlicher Geltung für die damit befassten ministeriellen Organe und können daher eine gewisse Selbstbindung der Behörde durch ständige Übung in gleichmäßiger Weise entfalten. Der Bundesminister selbst wird durch diese in erster Linie administrativen Richtlinien, die überdies seiner eigenen Weisungsgewalt entspringen, jedoch grundsätzlich nicht in seinem Vorschlagsrecht beschnitten.

Der vorstehende Praxisbericht ist jedenfalls nur ein solcher, nämlich ein Bericht aus der Praxis, und soll uns nicht

hindern, rechtstheoretisch und damit fernab jeder Bindung durch die Gnadenpraxis tiefer in die Grundlagen des Gnadenrechts vorzustößen, um dessen Reichweite und Grenzen auszuloten und, damit verbunden, dessen Wesen zu beleuchten.

VI. REICHWEITE UND GRENZEN DES GNADENRECHTS

Manche Autoren²⁸ gehen so weit zu meinen, dass den Gnadengründen überhaupt keine Grenzen gesetzt seien. Demgegenüber betont *Raschauer* in Bezug auf Art 65 B-VG zutreffend,²⁹ dass angesichts des Elements der **Einzelfallgerechtigkeit im potenziellen Konflikt zum** – auch für den Bundespräsidenten verbindlichen – **Willkürverbot** dessen Befugnisse zum Gnadenerweis nur mit Zurückhaltung und Augenmaß ausgeübt werden sollten, weil der Bundespräsident, wenngleich er beim Gnadenerweis zwar keiner näheren Bindung (außer der Voraussetzung eines entsprechenden Vorschlages des BMJ) unterliegt, aufgrund von **Art 7 B-VG** dennoch nicht willkürlich handeln dürfe. Weiters weist er darauf hin, dass auch der Bundesminister für Justiz seinerseits bei der Entscheidung zur Erstattung oder Nichterstattung eines Gnadenvorschlags sein **Ermessen nach allgemeinen Grundsätzen auszuüben** habe.

Die **überwiegende Meinung** lässt sich – unter Berufung auf die Regierungsvorlage sowie auf unverändert maßgebliche Altquellen wie *Berchtold*³⁰ und *Walter*³¹ – mit den Worten zusammenfassen, dass das Gesetz deshalb auf die Umschreibung der materiellrechtlichen Voraussetzungen und den möglichen Inhalt eines Gnadenaktes verzichtet, weil es davon ausgeht, dass das **Gnadenrecht** des Bundespräsidenten einer **inhaltlichen Determinierung** seinem Wesen nach **nicht zugänglich** sei. Insb leuchtet dieser Standpunkt der Literatur und der Judikatur immer wieder im Rahmen der Erklärung hervor, weshalb **kein Recht auf Erstattung eines Gnadenvorschlages** bestehen könne.³² So sprach sich etwa auch der **VwGH** aus:³³ „Bei völlig freiem Ermessen wie einem Gnadenakt ist die Entscheidung durch den Hinweis auf das Ermessen hinreichend begründet. Auch die Erklärung, dass das Begehren ‚mangels besonders berücksichti-

²⁵ Vgl zu alledem *Mayerhofer*, Das österr Strafrecht, StPO § 507 Anm 8.

²⁶ Vgl dazu näherhin die Aufsätze von *Ent*, Eine Studie über das österreichische Gnadenrecht, ÖJZ 1956, 356 (396), und – wie bereits erwähnt – *Klecatsky*, Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrechtes, JBl 1967, 445ff, sowie *derselbe*, Gedanken zu einer Neugestaltung des Gnadenrechtes, JBl 1968, 225ff.

²⁷ EvBl 1962/503 = JBl 1963, 215 = RZ 1962, 250 (diesem Judikat sind offensichtlich auch die Erläuterungen von *Fabrizy* nachgebildet).

²⁸ *Fabrizy*, aaO bzw zuvor *Foregger/Fabrizy* und ebenso *Foregger/Kodek*.

²⁹ *Korinek/Holoubek* (Hrsg), B-VG Kommentar, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 65 Rz 62ff.

³⁰ Der Bundespräsident 282.

³¹ Österreichisches Bundesverfassungsrecht 425.

³² Seit jeher ständige Judikatur beider Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, vgl VfSlg 1955/Anh 2; VfSlg 3459/1958; VfGH 9. 3. 1990, B 1415/89; VwSlg 1052 A/1949; VwSlg 1657 A/1950; VwSlg 1962 A/1951; VwSlg 2118 A/1952; VwGH ZfV 2443/1983 = JBl 1984, 53; letztere zwei Erkenntnisse zur Verneinung der Berechtigung einer Säumnisbeschwerde; an dieser Judikatur haben beide Gerichtshöfe – mit einigen Abweichungen – grundsätzlich festgehalten; in diesem Sinne weiters *Bröll*, RZ 1983, 86.

³³ Bereits in VwGH 30. 4. 1931, 16653 A.

gungswürdiger Gründe⁴ nicht erfüllt werde, genügt.³⁴ Und auch später meinte er im gleichen Sinne: „Die Abweisung der Gnadenbitte kann nicht mit Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof angefochten werden.“³⁵ sowie „Eine Erledigung, mit der das Bundesministerium für Justiz [...] mitteilt, den Antrag auf Gnade dem Bundespräsidenten nicht zu unterbreiten, ist kein anfechtbarer Bescheid.“³⁶ In ähnlicher Weise – wenngleich unter Verwendung des Begriffes „Bescheid“ – judiziert seit jeher der VfGH: „Der abschlägige Bescheid auf eine Gnadenbitte an das Staatsoberhaupt ist keine Entscheidung über ein Recht; es kann daher wegen dieses Bescheides der Verfassungsgerichtshof nicht angerufen werden.“³⁷

Die Aufzählung ließe sich noch lange fortsetzen. Doch fällt auf, dass in dieser Judikatur nur formale Aspekte herangezogen werden (wobei schon die der zitierten Judikatur zugrunde liegenden unterschiedlichen Auffassungen des VwGH und des VfGH bezüglich des Bescheidcharakters einige kontroverse Betrachtungen in sich schließen). Zur Frage, **wann Gnade zu gewähren ist**, verweist sie nur auf die **Ungebundenheit des Staatsoberhauptes**.

Aber kann ein Staatsakt wirklich auf völliger Ungebundenheit iS von – überspitzt gesagt – Lust und Laune des entscheidungsbefugten Organs beruhen? Könnte das Gnadenrecht nicht – statt als im Spannungsverhältnis mit dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip stehend – gar als **notwendig objektivierendes Pendel** zum strikten Rechtsstaatlichkeitsprinzip aufgefasst werden, wenn man auf die **objektiven Kriterien für den Gnadenerweis in sachlich begründeten Einzelfällen** im Interesse der Individualgerechtigkeit (nach einer dem strikten Legalitätsprinzip entsprechenden Urteilsfindung) abstellt? Könnten nicht etwa die zitierten vorsichtigen Hinweise von *Raschauer*³⁸ gerade ein Wink in Richtung einer **rational-sachlich nachvollziehbaren Determinierung dieses Gnadenerweises** verstanden werden? Ähnlich meinte auch *Klecatsky*³⁹ (in ansatzweiser Korrelation zu VfSlg 13.273/1992), dass zumindest das **Handeln der vorschlagsberechtigten Organe der gesetzlichen Determinierung iSv Art 18 B-VG bedürfe** und dass eine **Kontrollmöglichkeit des Gnadenverfahrens durch die Volksanwaltschaft bestehe**.⁴⁰ Dies kommt auch in der Praxis vor und führt immerhin zu einer Überprüfung des Gnadenverfahrens durch die Volksanwaltschaft im Zusammenwirken mit dem Bundesministerium für Justiz (bzw dem Bundesminister für Justiz als der volksanwaltschaftlichen Prüfungsbefugnis unterliegendem Organ). Aber was soll die Volksanwaltschaft (abgesehen von der korrekten Anwendung der Bestimmungen des I. Teiles⁴¹ und des II. Teiles⁴² des AVG, welche nach der Regierungsvorlage zur Gnadenrechtsregelung der StPO einer Anwendung im Gnadenverfahren grundsätzlich zugänglich sind)⁴³ kontrollieren, wenn es keinerlei Kriterien für die Ausübung des Gnadenrechts gibt?

Dass das Rechtsinstrument der Gnade in Spannung mit dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip geraten kann, ist evident.

Wird es aber nicht mit monarchischer Willkür, sondern unter dem Aspekt des demokratischen und des liberalen Prinzips als prägende Grundprinzipien der Verfassung angewandt, kann es dem Strafverfahren das geben, was die (schon rein semantisch *eo ipso* in ihren verbal-deskriptiven Möglichkeiten limitierten) Rechtsvorschriften nicht immer vollständig zu gewährleisten vermögen, nämlich **Individualgerechtigkeit im Einzelfall**. Des Öfteren wurde dafür plädiert, vom Gnadenrecht nur eingeschränkt Gebrauch zu machen, um nicht das Rechtsstaatlichkeitsgebot zu unterwandern und um Willkür vorzubeugen.⁴⁴ *Walter/Mayer*⁴⁵ sprachen in diesem Zusammenhang schon vor geraumer Zeit von einer „bedenklichen Überschneidung von Justiz und Verwaltung“ bei weitreichender Ausübung des Gnadenrechts. All das ist verständlich,⁴⁶ wird letztlich aber dieser **verfassungsrechtlichen Korrekturmöglichkeit des Strafverfahrens** nicht ganz gerecht, geht doch das einem Staatsorgan (diesfalls dem Bundespräsidenten auf entsprechenden Vorschlag der Bundesregierung bzw des durch diese bevollmächtigten Bundesministers) eingeräumte **Recht**, etwas zu tun, Hand in Hand mit der **Pflicht**, dies bei gegebenen Voraussetzungen auch zu tun. Solcherart als **Schutzmöglichkeit** des einem Strafprozess Ausgesetzten **vor Ungerechtigkeit**, als Möglichkeit der **Korrektur des Rechts** verstanden,⁴⁷ kommt somit dem Art 65 Abs 2 lit c B-VG eine besondere Bedeutung als unmittelbar verfassungsrechtliches Rechtsinstitut im Strafverfahren zu.

Die Frage, nach welchen Kriterien der BMJ vorzugehen hat und nach welchen Kriterien dann der BP über den an ihn herangetragenen Vorschlag zu entscheiden hat, ist so-

³⁴ Wobei zu ersterem Satz zu bemerken ist, dass der VwGH in seiner jüngeren Judikatur den bloßen Hinweis einer Behörde auf das ihr eingeräumte Ermessen zur Begründung eines Rechtsakts grundsätzlich nicht mehr als ausreichend ansieht.

³⁵ VwGH 26. 10. 1949, 1052 A neu; VwGH 24. 2. 1951, 1962 A neu = ÖJZ 1959, 145/19; VfSlg 12.566 A/1987, 14.111 A/1994; ÖJZ 1995, 517/111; vgl auch *Berchtold*, Der Bundespräsident 282 f.

³⁶ VwGH 7652 A = ÖJZ 1970, 446/168.

³⁷ RG 416 v 24. 10. 1887 und im gleichen Sinne später VfGH 3459, 7376, 8158, 10.948, 12.304.

³⁸ aaO.

³⁹ Gnadenerweise 277 ff.

⁴⁰ aaO 280.

⁴¹ Allgemeine Bestimmungen.

⁴² Ermittlungsverfahren.

⁴³ So sah das zB der VwGH in seiner E v 24. 2. 1951, 1962 A neu, in der er den BMJ bei der Erledigung eines Gnadengesuchs für so wenig gebunden erachtete, dass er völlig nach freiem Ermessen vorgehen könne und daher eine Verletzung von Verfahrensvorschriften oder Verfahrensgrundsätzen von vornherein gar nicht in Betracht komme.

⁴⁴ In diesem Sinne *Raschauer* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Kommentar zum B-VG Rz 62, unter Hinweis auf den „potenziellen Konflikt zu dem auch für den Bundespräsidenten verbindlichen Willkürverbot“ und auf kriminalpolitische Erwägungen im Hinblick auf die sich durch Begnadigungen erhöhende kompensatorische Strenge der Strafrichter.

⁴⁵ Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts IV⁶ 2. Kap; ebenso *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 649.

⁴⁶ Ein weiterer Ansatz für Bedenken könnten übrigens auch im verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz erblickt werden; s dazu *Raschauer*, aaO, unter Hinweis auf Art 7 StGG.

⁴⁷ In dem Sinne – in Bezug auf Amnestien – *Burgstaller*, aaO, unter Verweis auf die Deutung des Gnadenrechts durch den deutschen Bundesverfassungsgerichtshof (BverfGE 2/1953, 213 [219]).

mit unvermeidlich. Oder gibt es tatsächlich keinerlei derartige Kriterien?⁴⁸

Der schon vorstehend zitierte *Raschauer* meint dazu,⁴⁹ dass „ein **missbräuchliches, insbesondere willkürliches Unterlassen der Vorlage** [ergänze: durch den Justizminister an den Bundespräsidenten] zumindest **objektiv rechtswidrig** [ergänze: ist], was möglicherweise amtschaftungsrechtlich relevant sein kann“. Diese Aussage geht zweifellos in eine aufschlussreiche Richtung (dazu sogleich näher im Folgenden), bedeutet jedoch in dieser Form alles und nichts! Gibt es nun **inhaltliche Parameter** oder nicht? Ja kann denn so ein wichtiges Rechtsschutzinstitut der Verfassung im Strafverfahren je wirksame Hilfe bringen, wenn es sich tatsächlich jeder inhaltlichen Determinierung entziehen und von den damit befassten Organen völlig frei handzuhaben sein sollte?

Der hier zugrundegelegte Versuch einer Antwort ist, dass dieses als **außerordentlicher Rechtsbehelf** aufzufassende Rechtsinstitut – losgelöst von formalen Betrachtungen der Bescheidfähigkeit und praktischen Anfechtbarkeit – sehr wohl eine **inhaltliche Grundlage haben muss**.⁵⁰ Um diese herauszuarbeiten, lässt sich dazu zunächst die Feststellung treffen, dass das **Kriterium der Billigkeit** ausschlaggebend ist.⁵¹ Entschließt man sich weiters, is methodischer Grundlagen von Gerechtigkeit und Rechtsanwendung zwischen korrekter, der allgemeinen Verfahrensgerechtigkeit entsprechender Gesetzesanwendung einerseits und nachträglicher Korrektur von unbilligen Ergebnissen andererseits zu unterscheiden, wird man feststellen, dass gewisse Billigkeits- und Gerechtigkeitsaspekte nicht in die verfassungsrechtliche Kompetenz der Judikative fallen, da diese die Gesetze methodisch korrekt auf vom Richter zuvor ebenso korrekt zu ermittelnde Sachverhalte zu applizieren, nicht aber unter Berufung auf Gerechtigkeitspostulate, die in Wirklichkeit den Gesetzgeber treffen, zu substituieren hat. Bei der **Gesetzesauslegung** muss der Richter stets **streng nach dem Gesetz** vorgehen und dabei auf die **gleichmäßige Anwendung des Gesetzes** und dessen methodisch korrekte und hermeneutisch nachprüfbar Anwendung bedacht sein. Die **Korrektur oder Ergänzung eines mangelhaften oder unbefriedigenden Gesetzestextes** kommt nicht der **Judikative**, sondern der **gesetzgebenden Gewalt** zu. Als **einzelfallbezogene Ergänzung** kennt die Verfassung aber eben das **Gnadenrecht**, dass ein Ventil bietet, um auch ohne Einschreiten des Gesetzgebers **unbillige Härten**, die bei der Anwendung des positiven Rechts entstehen können und nicht interpretativ vom Rechtsanwender, dessen oberstes Ziel ja die gleichmäßige Anwendung des Gesetzes sein muss, **durch die Verwaltung auszugleichen**.

So kann sich zB die (Praxisberichten zufolge auch durchaus schon vorgekommene) Konstellation ergeben, dass ein Richter eine Verurteilung nach dem Gesetz aussprechen muss und im Anschluss daran – eben aus Billigkeitsgründen – eine Begnadigung des soeben Verurteilten anregt. Dies

zeigt, dass beide Aspekte (korrekte Anwendung des Gesetzes einerseits und Nutzung des Gnadenrechts als von der Verfassung vorgesehenes Korrektiv zum Ausgleich unbilliger Härten des Gesetzes andererseits) sich gut ineinander fügen können – nur eine Vermischung der jeweils maßgeblichen Parameter darf nicht erfolgen, sondern es muss eben die jeweilige Tätigkeit der dafür vorgesehenen Staatsfunktion überlassen bleiben!

Die sowohl für die Beschließung von Gesetzen als auch bezüglich allfälliger allgemeiner Gnadenerweise durch gesetzliche Amnestie **vorgesehene Staatsfunktion** ist die **Legislative**, also die gesetzgebende Gewalt, und bezüglich des Gnadenreises im Einzelfall eben die **Exekutive**, also die Verwaltung in Form des vorschlagenden BMJ, soweit er zur Vorschlagsunterbreitung ermächtigt ist, und in Form des BP, der über diesen Vorschlag mittels Entschließung zu befinden hat.⁵² So wie die gerechte Rechtsanwendung für den Rechtsanwender als gleichmäßige Gesetzesanwendung is **relativer Gerechtigkeit** zu definieren ist, so ist der Begriff der **absoluten Gerechtigkeit**⁵³ als Auftrag an den Gesetzgeber zu verstehen, aber auch zur **Maxime der Anwendung des Gnadenrechts** zu machen. Dann löst sich dessen potenzielle Spannung zum Rechtsstaatsprinzip zwanglos auf und es lässt sich so gesehen sogar als sinnvolle Ergänzung des Rechtsstaatsprinzips aus Gründen der Billigkeit verstehen.

Insofern vervollkommenet – so betrachtet – das Gnadenrecht im Wege der **Fruchtbarmachung absoluter Gerechtigkeitselemente die formelle Rechtsstaatlichkeit durch materielle Gerechtigkeit**. Dabei sind allerdings stets die bereits dargelegten **methodischen Prämissen** strikt zu beachten. Denn die der Judikative auferlegte **Rechtsanwendung im Grundverfahren** muss sich von den für sie aufgestellten Parametern leiten lassen, **ohne** dass ihr dabei die Befugnis zur „**Gesetzeskorrektur durch Auslegung**“ zukäme. Eine „Gesetzeskorrektur“ kommt in der Tat nur der Gesetzgebung oder eben der Verwaltung im Rahmen des individuellen Gnadenerweises zu.

⁴⁸ Soweit „er“ nicht – wie im Zeitpunkt der Verfassung dieser Abhandlung der Fall – ein „er“, sondern zu anderen Zeitpunkten eine „sie“ ist, möge die hier verwendete Bezeichnung der Funktion „Bundesminister“ als neutraler Funktionsbegriff für das Organ – unabhängig vom Geschlecht des jeweiligen Organwalters bzw der jeweiligen Organwalterin – verstanden werden.

⁴⁹ AaO.

⁵⁰ Denn der Bundesminister für Justiz unterliegt als Verwaltungsorgan immer – und somit auch bei seiner Entscheidung über die Erstattung eines Gnadenvorschlages an den Bundespräsidenten – dem Legalitätsprinzip.

⁵¹ EvBl 1962/593.

⁵² Die terminologische Herangehensweise ist nicht zwingend: Man kann etwa die Auffassung vertreten (vgl zB *Raschauer*, aaO Rz 64, mwN), ein positiver Gnadenerweis sei ein Bescheid. Damit wäre dieser Akt wohl eindeutig der Staatsfunktion Verwaltung zugeordnet. Allerdings wäre es auch vertretbar, das diesbezügliche Handeln des Bundespräsidenten als sog Regierungsakt statt als Akt der Verwaltung zu betrachten, was allerdings den traditionellen Rahmen der Zuordenbarkeit jedes staatlichen Rechtsakts zu einer der drei Staatsgewalten (Legislative, Judikative, Exekutive) verzerren würde.

⁵³ Vgl als Versuch zur Bestimmung von deren Grundlagen: *Aristoteles*, Nikomachische Ethik 1129b; *Platon*, *Nomoi* 662b (dazu: *Kelsen*, Die platonische Gerechtigkeit, Kant-Studien 38 [1933] 91 ff); *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Abschnitt; *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? (1975), insb S 21 und 26; *derselbe*, The Metamorphoses of the Idea of Justice, in Interpretations of Modern Legal Philosophies, Essays in Honor of Roscoe Pound (1949) 481 ff; *Brunner*, Gerechtigkeit – Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung (Zürich 1943).

VII. CONCLUSIO

Das **Gnadenrecht** ermöglicht auf dem Boden der Verfassung eine **einzelfallbezogene „Ergebniskorrektur“**, die aber zunächst ein **auf verfahrensrechtlich richtigem Weg ermitteltes Ergebnis** voraussetzt, das aus der **korrekten Anwendung des positiven Rechts** auf einen Sachverhalt hervorgeht, und die überdies erfordert, dass dieses (korrekt gewonnene) **Auslegungsergebnis** – gemessen am Regelungsplan und Wertungsmaßstab des Gesetzgebers – **einzelfallbezogen unbillig** ist (also – **absolut gesehen** – eine **im Ergebnis ungerechte Lösung** darstellen würde). Die Bereiche der **Gesetzesinterpretation** und der **Gesetzeskorrektur aus Billigkeitsgründen** sind in dieser Hinsicht allerdings **strikt** voneinander **abzugrenzen!**

Eine solche **klare Abgrenzung** ist **aus zweierlei Gründen notwendig**:

Erstens behält die **Rechtsanwendung** (gemeint ist hier jene im eigentlichen Grundverfahren, nicht im Gnadenverfahren) nur so ihre **verfassungsrechtlich vorgegebene Kontur**, von der ihrerseits nicht aus Gründen des Einzelfalles abgewichen werden darf (zumal dann, konsequent weitergedacht und auf andere Fälle appliziert, oftmals größeres Unrecht entstehen könnte als was im einzelnen Fall gewonnen wäre, und zumal der **Rechtsanwender** solcherart die **ihm zugewiesene Aufgabe** nicht mehr korrekt **erfüllen** würde, wenn er begönne, das Gesetz durch Auslegung zu korrigieren, statt es im eigentlichen – gesetzesimmanenten – Sinne methodenkonform⁵⁴ zu interpretieren).

Zweitens erhält nur bei einer derart klaren Abgrenzung und Sinnggebung das **Gnadenrecht** einen **rechtsstaatlich akzeptablen Inhalt**, nämlich jenen, einzelfallbezogen nach **Gerechtigkeitsmaximen**⁵⁵ ein methodisch aus dem Gesetz bei Anwendung auf einen bestimmten Sachverhalt erfließendes **Ergebnis ganz bewusst zu korrigieren**, um der dem Gesetz objektiv erkennbar zugrundeliegenden (aber gemäß dessen Wortlaut aus Gründen sprachlicher bzw. logischer Unzulänglichkeit in der Gesetzesformulierung nicht auf den konkreten Einzelfall erstreckbaren) **Wertung des Gesetzgebers zum Durchbruch zu verhelfen** (es ist in-

sofern der Bereich angesprochen, bei dem zwar noch keine planwidrige Regelungslücke vorliegt – denn sonst wäre die Lösung auf der Ebene der Rechtsanwendung zu suchen –, jedoch eben ein Fall unbilliger Härte, die mit der **Grundwertung des Gesetzgebers** nicht im Einklang steht). Genau dies ist der **Anwendungsbereich für das Gnadenrecht** und nur bei einem solchen Verständnis kann es sich in das (als Grundprinzip und Baugesetz der Verfassung übergeordnete) **Rechtsstaatsprinzip** einfügen.

Letztlich ist dies nichts anderes als eine **bausteinkonforme Verfassungsinterpretation**, indem eine Verfassungsbestimmung (nämlich das in Art 65 B-VG normierte **Gnadenrecht**) **im Lichte eines verfassungsrechtlichen Grundprinzips** bzw. **Baugesetzes** (nämlich des **Rechtsstaatsprinzips**) interpretiert wird. Ein solcher Interpretationsauftrag zwingt dazu, das Gnadenrecht so auszulegen, dass es sich in das Rechtsstaatsprinzip sinnvoll einfügt, und das tut es eben nur dann, wenn es die **formelle Rechtsstaatlichkeit** durch **materielle Gerechtigkeit im Einzelfall** ergänzen kann und dafür den Begriff der Billigkeit als Maxime erhält. Dieser ist freilich ein weiter Begriff, aber nichtsdestoweniger **definierbar**, nämlich in dem Sinne, dass Unbilligkeit bei Vorliegen solcher Umstände als gegeben anzusehen ist, die auch den Gesetzgeber veranlasst hätten – wären ihm die Umstände des Einzelfalles bekannt gewesen –, diese (gemessen am materiellen Inhalt der betreffenden Vorschrift) als nicht dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift entsprechend anzusehen.⁵⁶

Solcherart **fügen sich die Verfassungsbestimmungen sinnvoll ineinander** und ermöglichen – solange man nur um eine trennscharfe Abgrenzung der jeweiligen Bereiche bemüht ist – einen Beitrag zur **Erzielung von Gerechtigkeit durch Recht!**

⁵⁴ Im Sinne der allgemein anerkannten Grundsätze der Methodenlehre.

⁵⁵ Und diese sind jedenfalls rational erfassbar, wie dies etwa die in FN 53 genannten Quellen zeigen.

⁵⁶ Vgl. zu dieser Definition VwGH 9. 9. 1970, 1364/69; zu tieferschürfenden Definitionsansätzen sei auf FN 53 verwiesen.



Sachwalterrecht NEU: Alle Änderungen im Blick!

2017. XVI, 310 Seiten.
Br. EUR 48,-
ISBN 978-3-214-09348-8

Gitschthaler · Schweighofer

Erwachsenenschutzrecht

2. Erwachsenenenschutz-Gesetz

Durch das **2. Erwachsenenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG)**, das am 1.7.2018 in Kraft tritt, erfährt das Sachwalterrecht **grundlegende Änderungen** – das neue Erwachsenenenschutzrecht stellt Autonomie, Selbstbestimmung und Entscheidungshilfe für die Betroffenen in den Mittelpunkt. In Zukunft gibt es vier mögliche Arten der Vertretung einer volljährigen Person, die in ihrer Entstehungsweise den Betroffenen mehr Selbstbestimmung ermöglichen sollen: Vorsorgevollmacht, gewählte, gesetzliche und gerichtliche Erwachsenenvertretung.

Das EF Spezial enthält: **den neuen Gesetzestext**, optische **Hervorhebung der Änderungen**, Materialien, **Anmerkungen und den Paragrafenspiegel**

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

Lexis 360[®]

Hochkonzentriertes Expertenwissen in

1.000+

Lexis Briefings auf den Punkt gebracht.

Weil Vorsprung entscheidet

Rechtsinformation neu definiert! Detailwissen namhafter Autoren in kürzestmöglicher Form zu 1.000+ Themen.



LexisNexis[®]

Jetzt kostenlos testen:
www.lexis360.at

**718 Im Gespräch**

Vertrauen in die Verfassung

720 Termine**722 Chronik**

Verleihung des Goldenen Ehrenzeichens für Verdienste um die Republik Österreich an Mitglieder des Disziplinarrats der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer

Wohnträume-Veranstaltung in Kärnten

Plenarversammlung der Rechtsanwaltskammer Niederösterreich
19. 10. 2017

725 Aus- und Fortbildung**729 Rezensionen****735 Zeitschriftenübersicht**

Im Gespräch

Vertrauen in die Verfassung

Am 31. 12. 2017 verabschiedet sich der Präsident des Verfassungsgerichtshofs aufgrund des Erreichens der gesetzlich vorgesehenen Altersgrenze für dieses Amt in den Ruhestand. ÖRAK-Mitarbeiter Mag. Christian Moser hat mit dem scheidenden Präsidenten über aktuelle verfassungsrechtliche Entwicklungen und Berührungspunkte mit der Rechtsanwaltschaft gesprochen.

2017/156

Herr Präsident, fühlen Sie sich zu alt, das Amt des VfGH-Präsidenten auszuüben?

Nein, aber die Verfassung sieht diese Altersgrenze vor, und das ist auch durchaus sinnvoll. Ich bin seit mehr als 22 Jahren im VfGH tätig, seit fast zehn Jahren Präsident und habe beides sehr gerne gemacht.

Bundespräsident Alexander van der Bellen bezeichnete die Verfassungsgerichtsbarkeit kürzlich als „Werkzeug, um den Zusammenhalt in unserer Gesellschaft zu festigen und Polarisierung zu vermeiden“. Gerade in jüngster Vergangenheit gab es mehrere Verfahren, die stark polarisierten, etwa die Aufhebung der Bundespräsidenten-Stichwahl, das Verfahren über die dritte Piste des Flughafens Wien-Schwechat oder aktuell die Prüfung der gleichgeschlechtlichen Ehe. Lässt sich aufgrund der Tragweite der Entscheidungen des VfGH eine Polarisierung überhaupt vermeiden?

In jeder Gesellschaft gibt es zu bestimmten Fragen unterschiedliche, zum Teil gegensätzliche Auffassungen. Wenn der VfGH solche Fragen entscheidet, dann stößt das natürlich bei einem Teil der Gesellschaft auf Zustimmung und bei einem Teil auf Ablehnung. Letztlich geht es um die Urfunktion des Rechts, Interessengegensätze auf friedlichem, also rechtllichem, Weg auszutragen. Die Alternative wäre Macht und Gewalt – ein Stadium, das wir Gott sei Dank längst überwunden haben.

Meine Kollegen und ich haben uns immer bemüht, die Rolle des VfGH nach außen hin so transparent wie möglich zu vermitteln, um damit ein Vertrauen der Menschen in diese Institution zu erreichen. Darunter verstehe ich, dass die



Entscheidungen juristisch in höchster Qualität aufbereitet werden und dass die Menschen, die hier tätig sind, verantwortungsbewusst handeln, insbesondere unabhängig und unvoreingenommen entscheiden. Wenn dies gelingt, dann übt ein Verfassungsgericht eine wichtige, die Gesellschaft stabilisierende Funktion aus.

Zuletzt stand das Sicherheitspaket, das zahlreiche Überwachungsmaßnahmen vorsieht, in der öffentlichen Diskussion. Der ÖRAK kritisiert diese Maßnahmen scharf und warnt regelmäßig vor massiven Eingriffen in die Grund- und Freiheitsrechte. Wo sehen Sie in diesem Bereich die Grenzen, die durch die Verfassung vorgegeben werden?

Es ist schwierig, eine einzige und gültige Antwort zu geben. Gestützt auf Art 8 EMRK, der letztlich die persönliche Sphäre des Einzelnen schützen möchte, hat der VfGH in den letzten Jahrzehnten dem Gesetzgeber Grenzen aufgezeigt. Beispiele sind die Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung oder zur Section Control. Vor diesem Hintergrund sind auch alle neuen Regelungen, wie beispielsweise das Polizeiliche Staatsschutzgesetz, zu sehen. Der Gesetzgeber muss im Einzelfall genau prüfen, ob dieser Eingriff gemessen am Ziel, das er setzt, in einer demokratischen Gesellschaft wirklich unerlässlich ist. Andernfalls läuft er Gefahr, dass diese Regelungen vom VfGH aufgehoben werden.



Der ÖRAK tritt für eine Verankerung der rechtsanwaltlichen Verschwiegenheit in der Verfassung ein. Wie stehen Sie dieser Thematik gegenüber?

Sowohl durch den EuGH als auch den VfGH wurde bereits in Jahrzehnte zurück liegenden Entscheidungen festgestellt, dass die Befugnis zur Geheimhaltung von Informationen, die sich aus dem Verhältnis Rechtsanwalt – Klient ergibt, ein wesentliches Element des fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK ist. Ich bin der Meinung, dass daraus bereits alles abzuleiten ist, was man braucht, um dieses Institut zu schützen. Ob es einer ausdrücklichen Regelung in der Verfassung bedarf, möchte ich nicht beurteilen.

Im Europäischen Parlament hat sich ein Untersuchungsausschuss mit der Aufarbeitung des sogenannten Panama-Skandals befasst. Die Empfehlungsentwürfe zielen unter anderem darauf ab, die anwaltliche Selbstverwaltung abzuschaffen und Rechtsanwälte unter staatliche Aufsicht zu stellen. Wie beurteilen Sie derartige Vorschläge?

Ich kann mir nicht vorstellen, dass das ernsthaft beabsichtigt wird. Der freie Rechtsanwaltsstand ist ein elementarer Bestandteil des demokratischen Rechtsstaats. Dieser ist nur dann gewährleistet, wenn es bis zu einem gewissen Grad auch eine anwaltliche Selbstverwaltung gibt. Aus meiner Sicht kommt es nicht in Betracht, dass man den Rechtsanwaltsstand unter staatliche Kuratel stellt. Allerdings setzt das natürlich auf Seiten der Rechtsanwaltschaft ein besonderes Maß an Verantwortungsbewusstsein voraus. Wenn es schwarze Schafe gibt, dann muss auch der Rechtsanwaltsstand die entsprechenden Maßnahmen ergreifen.

In den jährlichen Wahrnehmungsberichten des ÖRAK wurde zuletzt immer wieder die Qualität der Gesetzgebung bemängelt. Begutachtungsfristen werden immer kürzer, teilweise findet gar keine Begutachtung statt. Zugleich hat der VfGH allein in den letzten drei Jahren (2014–2016) in 187 Gesetzes- und 94 Verordnungsprü-

fungen Handlungsbedarf gesehen. Hat die Qualität der Gesetzgebung in Ihren Augen nachgelassen?

Sie ist jedenfalls nicht besser geworden, was bedauerlich ist. Die Qualität ist natürlich immer ein Problem – solange es Gesetze gibt, wird über deren mangelnde Qualität geklagt. Man muss aber davon ausgehen, dass eine Gesellschaft, die so komplex geworden ist wie unsere, dazu verurteilt ist, dass es eine Flut an Gesetzen gibt, um die Gesellschaft zu ordnen. Das Tempo, mit dem Gesetze produziert werden, wird aber immer höher und das führt natürlich zu Mängeln. Im Besonderen halte ich es für ein Problem, dass das Instrument des Gesetzes immer mehr zum Handlungersatz wird.

Wie meinen Sie das konkret?

Wo immer ein Problem auftaucht, wird sofort nach neuen Gesetzen gerufen, obwohl es eigentlich schon Regelungen gibt, die strafbares Verhalten in diesem Zusammenhang regeln. Wozu ich nur mahnen kann, ist, dass man sich seitens des Gesetzgebers nicht so sehr von der aktuellen Medienberichterstattung verleiten lassen soll, immer wieder neue Gesetze zu erlassen.

Sie sind seit 1995 Mitglied des VfGH und seit 1. 5. 2008 dessen Präsident. Privat gelten Sie als begnadeter Marathonläufer. Wie viel Ausdauervermögen war während Ihrer Amtszeit gefragt?

Meine sportlichen Ambitionen haben mir in meinem gesamten Berufsweg gute Dienste erwiesen. Ausdauer und die

Bereitschaft, sich bis an die Grenze dessen, was man vermag, einzusetzen, sind ein Erfolgsgeheimnis für jede berufliche Tätigkeit.

Welche Pläne haben Sie für die Zukunft?

Ich habe eine endgültige Entscheidung noch nicht getroffen. Im Moment gibt es viele Angebote verschiedener Art, aber an eine politische Tätigkeit denke ich überhaupt nicht.

Herr Präsident, vielen Dank für das Gespräch!

Der freie Rechtsanwalts- stand ist ein elementarer Bestandteil des demokratischen Rechtsstaats.

Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger, geb 1947 in Gmunden (OÖ), studierte an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg, trat 1975 in den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramts ein, war ab 1984 Leiter des Verfassungsdienstes und wurde 1992 zum Sektionschef ernannt, seit 1995 Mitglied des Verfassungsgerichtshofs und seit 2008 dessen Präsident; 2002 wurde ihm der Titel Universitätsprofessor verliehen, 2012 das Große Goldene Ehrenzeichen am Bande für Verdienste um die Republik Österreich.
Fotos: Mike Ranz



Inland

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

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
13. 12. 2017 WIEN

Grundlehrgang (BU-Kurs)

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
18. 1. 2018 WIEN

**Lehrgang zum zertifizierten
Datenschutzbeauftragten**

Business Circle Management Fortbildungs GmbH
23. bis 25. 1. 2018 WIEN

Exekution I

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
12. 2. 2018 WIEN

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

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
14. 2. 2018 GRAZ

**Der gute Draht zu Klienten, Gerichten und
Behörden**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
21. 2. 2018 WIEN

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

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
21. 2. 2018 WIEN

Kosten-Aufbauseminar

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
22. 2. 2018 WIEN

Exekution II

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
26. 2. 2018 WIEN

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

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
8. 3. 2018 WIEN

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

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
13. 3. 2018 WIEN

**Lehrgang zum zertifizierten
Datenschutzbeauftragten**

Business Circle Management Fortbildungs GmbH
13. bis 15. 3. 2018 WIEN

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

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
14. 3. 2018 WIEN

M&A – Unternehmensbewertung in der Praxis

Business Circle Management Fortbildungs GmbH
21. 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

**53. Tagung der Österreichischen Gesellschaft
für Arbeitsrecht und Sozialrecht**

Österreichische Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht
5. und 6. 4. 2018 ZELL AM SEE

**17th Annual Conference on European Tort Law
(ACET)**

Institut für Europäisches Schadenersatzrecht (ESR) und Europäisches Zentrum für Schadenersatz- und Versicherungsrecht (ECTIL)
5. bis 7. 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

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

Clubtreffen der Rechtsanwälte/innen em und Rechtsanwaltswitwen/witwer

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
17. 5. 2018 WIEN

Unternehmensjuristen-Circle

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

Firmenbuch III

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
11. 6. 2018 WIEN

29 Cg 44/17s

GERICHTLICHER VERGLEICH

Klagende Partei: **Österreichischer Rechtsanwaltsverein, wirtschaftliche Organisation der Rechtsanwälte Österreichs**, 1010 Wien

vertreten durch: Dr. Heinz-Peter Wachter, RA,
1030 Wien

Beklagte Parteien: **1. IUS Schadenconsult GmbH, Riemergasse 14/11, 1010 Wien**
2. Akad. Vkmf. Gunther Riedlsperger, ebendort.

Die beklagten Parteien sind gegenüber der klagenden Partei schuldig, die erstbeklagte Partei als unmittelbarer Täter, die zweitbeklagte Partei in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der erstbeklagten Partei und damit unmittelbarer Beteiligter am Wettbewerbsverstoß der erstbeklagten Partei, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen,

a) Beratung in versicherungsvertraglichen und schadenersatzrechtlichen Angelegenheiten anzubieten, sofern dafür keine geeignete aufrechte Gewerbeberechtigung vorhanden ist;

b) im Firmennamen der erstbeklagten Partei die Buchstabenkombination IUS oder gleichbedeutende andere Ausdrücke für „Recht“ zu verwenden, und damit den unrichtigen Eindruck zu erwecken, zur umfassenden Rechtsberatung berechtigt zu sein;

c) Personen, gleichviel, ob Unternehmer oder Konsumenten, außergerichtlich in Rechtsangelegenheiten zu beraten, sofern diese Beratung über jenen Bereich geht, für den eine Gewerbeberechtigung erlangt werden kann, dies insbesondere im Zusammenhang mit bestrittenen Schadenersatzansprüchen, Werkverträgen, Werkmängeln und Mängelrügen;

d) Mediation anzubieten, ohne klar von Rechtsberatung oder Rechtsvertretung abzugrenzen, dies auch nicht durch Benutzung eines zur Täuschung darüber geeigneten Firmennamens, in dem die Buchstabenkombination IUS oder eine gleichbezeichnende Bedeutung für „Recht“ vorkommt.

Handelsgericht Wien, Abt. 29
Wien, 18.10.2017
Mag. Sylvia Waldstätten

Verleihung des Goldenen Ehrenzeichens für Verdienste um die Republik Österreich an Mitglieder des Disziplinarrats der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer

Am 10. 10. 2017 wurde in den Kammerräumlichkeiten den aktiven Mitgliedern des Disziplinarrats

Dr. Angelika Lener, Dr. Rainer Santner, Dr. Richard Kempf, Dr. Helgar Schneider und *Dr. Gerhard Müller*

das Goldene Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich verliehen.

Die Ehrenzeichen und die Urkunden wurden im Beisein des Herrn Präsidenten des Landesgerichts Feldkirch, *Dr. Heinz Bildstein*, durch den Herrn Präsidenten des Oberlandesgerichtes Innsbruck, *Dr. Klaus Schröder*, überreicht.

Die Vorarlberger Rechtsanwaltskammer gratuliert herzlich zu dieser Auszeichnung, die aufgrund einer mehr als zehnjährigen Tätigkeit und hervorragender Dienste verliehen wurde.

BIRGITT BREINBAUER

Präsidentin der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer



Vlnr: Dr. Kempf, Dr. Müller, Dr. Santner, Dr. Lener, Dr. Schröder und Dr. Schneider Foto: Breuß

Wohnräume-Veranstaltung in Kärnten

Zu einem ganz besonderen Infotag unter dem Titel „Wohnräume – Wohnräume“ lud die Kärntner Sparkasse in Kooperation mit der Kärntner Rechtsanwaltskammer ein. In der Schleppe Eventhalle in Klagenfurt erfolgte eine Präsentation der neuesten Kärntner Immobilien. Beim Helpdesk der Rechtsanwaltskammer erteilten Kärntner Rechtsanwälte Auskünfte zu rechtlichen Fragen. Zu speziellen Themen wurden interessante Vorträge geboten. So referierte Vizepräsident Mag. *Alexander Jelly* zum Thema „Erben und Schenken“, Vizepräsident Dr. *Bernhard Fink* sprach über „Kaufverträge“ und Rechtsanwältin Dr. *Sabine Gauper* über „Patchwork – gemeinsames Wohnen“.

Rechtsanwaltskammerpräsident Dr. *Gernot Murko* stand den Besuchern des Infotages persönlich als Ansprechpart-

ner zur Verfügung. Er betonte, dass es gerade beim Kauf eines Eigenheims auf einen zuverlässigen Rechtsbeistand ankommt: „Rechtsanwälte erstellen wasserdichte Verträge, ganz individuell auf die jeweiligen Bedürfnisse zugeschnitten – damit es im Nachhinein kein böses Erwachen gibt.“ Durch die Mitarbeit beim Wohnräume-Infotag sei es gelungen, so Präsident Dr. *Murko*, ein positives und kompetentes Image der Kärntner Rechtsanwaltschaft zu vermitteln.

SUSANNE LAGGNER-PRIMOSCH

Kammeramtsdirektorin der Rechtsanwaltskammer für Kärnten



Vlnr: Rechtsanwalt Mag. Konrad Burger-Scheidlin, Kammeramtsdirektorin Mag. Susanne Laggner-Primosch, Rechtsanwalt Mag. Peter Urabl, Präsident Dr. Gernot Murko, Vizepräsident Dr. Bernhard Fink, Vizepräsident Mag. Alexander Jelly Foto: Dietmar Wajand

Plenarversammlung der Rechtsanwaltskammer Niederösterreich 19. 10. 2017

Die ordentliche Plenarversammlung der Rechtsanwaltskammer Niederösterreich fand am 19. 10. 2017 im Panorama-Saal der HYPO-NOE-Gruppe in St. Pölten statt. Bei der Plenarversammlung waren 79 von 452 eingetragenen Rechtsanwälten und 12 von 132 eingetragenen Rechtsanwaltsanwärtinnen persönlich anwesend, an der Briefabstimmung haben 61 Rechtsanwälte und 12 Rechtsanwaltsanwärtinnen teilgenommen.

Beitrags-, Leistungs- und Umlagenordnung für 2018 wurden gemäß den Anträgen des Ausschusses beschlossen.

Einstimmig beschlossen wurde die Neufassung der Geschäftsordnung des Ausschusses.

Einstimmig angenommen wurden der Rechnungsabschluss 2016 und der Voranschlag 2018. Es wurde dem Ausschuss daher mit Enthaltungen die Entlastung erteilt.

Entsprechend dem Wahlvorschlag wurden Dr. *Heide Strauss* und Dr. *Andreas Wippel* zu Anwaltsrichtern beim OGH gewählt.

Zu Delegierten der Vertreterversammlung des ÖRAK wurden VP Dr. *Friedrich Nusterer*, VP Prof. Dr. *Rudolf Beck* und Dr. *Elisabeth Zimmert* gewählt.

Als Mitglied des Ausschusses aus dem Kreis der Rechtsanwaltsanwärtinnen wurde *Bettina Bertleff*, LL.B. (WU), LL.M., LL.M. (WU), gewählt.

Präsident Dr. *Schwarz* dankte allen anwesenden Kolleginnen und Kollegen für ihr zahlreiches Erscheinen und ihr reges Interesse für das Geschehen in der Kammer.

Im Anschluss an die Vollversammlung lud die Rechtsanwaltskammer NÖ die anwesenden Mitglieder zu einem geselligen Beisammensein ein.

Alle beschlossenen Ordnungen wurden auf der Homepage des ÖRAK www.rechtsanwaelt.at kundgemacht. Das Protokoll der ordentlichen Plenarversammlung samt den beschlossenen Ordnungen wurden auf der Homepage der Rechtsanwaltskammer NÖ www.raknoe.at im internen Bereich kundgemacht.

MICHAEL SCHWARZ

Präsident der Rechtsanwaltskammer Niederösterreich

Anwaltsakademie

JÄNNER 2018

FORTBILDUNG

Einführung in die GrESt Neu, Grundstückswertverordnung und die praktische Umsetzung in FinanzOnline

12. 1. GRAZ

Seminarnummer: 20180112-5

AUSBILDUNG

Arbeitsrecht

12. und 13. 1. ST. GEORGEN I. A.

Seminarnummer: 20180112-3

FORTBILDUNG

Rechtsentwicklung im Liegenschafts- und Wohnrecht

19. und 20. 1. LINZ

Seminarnummer: 20180119-3

FORTBILDUNG

Einführung in die GrESt Neu, Grundstückswertverordnung und die praktische Umsetzung in FinanzOnline

22. 1. FELDKIRCH

Seminarnummer: 20180122-7

FORTBILDUNG

Einführung in die GrESt Neu, Grundstückswertverordnung und die praktische Umsetzung in FinanzOnline

23. 1. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20180123-6

AUSBILDUNG

Seminarreihe Steuerrecht: 1. Persönliche Einkommensteuer (ESt)

23. und 30. 1. WIEN

Seminarnummer: 20180123-8

AUSBILDUNG

Der Liegenschaftsvertrag am Beispiel Wohnungseigentum

26. und 27. 1. WIEN

Seminarnummer: 20180126-8

AUSBILDUNG

Mietrecht

26. und 27. 1. WIEN

Seminarnummer: 20180126A-8

FORTBILDUNG

Aktuelle Judikatur des OLG zu Kostenfragen

29. 1. WIEN

Seminarnummer: 20180129-8

FEBRUAR 2018

AUSBILDUNG

Schriftsätze im Zivilprozess

1. und 2. 2. WIEN

Seminarnummer: 20180201-8

AUSBILDUNG

„Die 12 Geschworenen“ – Strafrecht II

2. und 3. 2. GRAZ

Seminarnummer: 20180202-5

FORTBILDUNG

Was nicht immer im Gesetz steht – Ethik für Rechtsanwälte

6. 2. LINZ

Seminarnummer: 20180206-3

AUSBILDUNG

Strafverfahren I

2. und 3. 2. WIEN

Seminarnummer: 20180202-8

AUSBILDUNG

Schwerpunkt Leistungsstörungen: Gewährleistung und Schadenersatz

9. und 10. 2. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20180209-6

29 Cg 12/17i

Versäumungsurteil - Im Namen der Republik

Klagende Partei: Österreichischer Rechtsanwaltsverein, wirtschaftliche Organisation der Rechtsanwälte Österreichs, 1010 Wien
 vertreten durch: Dr. Heinz-Peter Wachter, Rechtsanwalt 1030 Wien
 Beklagte Parteien: 1.) MietEngel GmbH, 3400 Klosterneuburg
 2.) Bakk. Christoph Riedmann, 3400 Klosterneuburg
 3.) Roland Langer, 3400 Klosterneuburg

1. Die drittbeklagten Partei ist gegenüber der klagenden Partei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, a) Personen in ihren rechtlichen Angelegenheiten, insbesondere im Zusammenhang mit der Verfolgung von Ansprüchen auf Mietzinsreduktion, außerbehördlich oder behördlich/gerichtlich zu vertreten, b) auf Schriftstücken anzugeben Geschäftsführer der MietEngel GmbH zu sein, wenn dies laut Firmenbuch nicht stimmt, 2. Die erst- und zweitbeklagte Partei sind gegenüber der klagenden Partei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen im Zusammenhang mit übernommenen Prozessfinanzierungen Tätigkeiten, die nach Punkt 1 zu unterlassen sind, zu veranlassen, zu fördern, zu unterstützen oder zu ermöglichen.

Landesgericht Korneuburg, 3.10.2017, Mag. Barbara Nigl, RichterIn



Aus- und Fortbildung

AUSBILDUNG

Verkehrsunfall**9. und 10. 2.** LINZ

Seminarnummer: 20180209-3

AUSBILDUNG

Seminarreihe Steuerrecht:**2. Unternehmenssteuerrecht****13. und 20. 2.** WIEN

Seminarnummer: 20180213-8

AUSBILDUNG

Europäisches Wirtschaftsrecht**22. bis 24. 2.** WIEN

Seminarnummer: 20180222-8

AUSBILDUNG

Arbeitsrecht**Warum Sie teilnehmen sollten:**

Dieses Seminar bietet einen grundlegenden Überblick über wichtige Bereiche für Arbeitnehmer und Arbeitgeber in der Arbeitswelt. Praxisbezogene Sachverhalte werden mit der Theorie des Arbeitsrechts verknüpft. Das Spektrum dieses Seminars reicht vom Arbeitsvertrag bis zur Beendigung und den sich daraus ergebenden Konsequenzen.

Planung: Dr. *Bernhard Steinbüchler*, RA in St. Florian/Linz
 Referenten: Mag. *Susanne Hasibeder*, Richterin des LG Linz
 Dr. *Bernhard Steinbüchler*, RA in St. Florian/Linz
 Termin: Freitag, 12. Jänner 2018 bis Samstag, 13. Jänner 2018 = 3 Halbtage
 Veranstaltungsort: **St. Georgen i. A.**, Hotel Attergauhof
 Seminarnummer: 20180112-3

AUSBILDUNG

Mietrecht**Warum Sie teilnehmen sollten:**

Das Seminar soll den unterschiedlichen Funktionen und Stadien, in welchen der Rechtsanwalt mit mietrechtlichen Fragen konfrontiert wird, Rechnung tragen. Die behandelten Themen ermöglichen es sowohl dem Vertragsverfasser, künftige Konflikte und unliebsame Überraschungen zu vermeiden, als auch dem Vertreter des Vermieters oder des Mieters, die Interessen seiner Partei auf Basis einer vorgefundenen Vertragslage optimal wahrzunehmen. Besonderes Augenmerk wird darauf gerichtet, dem Teilnehmer die zahlreichen und teils verwirrenden Abgrenzungen, wie etwa zwischen der fehlenden, teilweisen oder gänzlichen Anwendbarkeit des MRG oder den verschiedenen Be-

AUSBILDUNG

Mietrecht**23. und 24. 2.** INNSBRUCK

Seminarnummer: 20180223-6

AUSBILDUNG

Insolvenzrecht**23. 2. und 9. 3.** WIEN

Seminarnummer: 20180223A-8

AUSBILDUNG

Steuern und Abgaben**23. und 24. 2.** WIEN

Seminarnummer: 20180223-8

fristungsmöglichkeiten, zu vermitteln. Wichtige Themen, wie etwa die Auswirkungen der Unternehmensübertragung, das Kündigungsverfahren und das Gebührenrecht, runden das Seminar so ab, dass die Teilnehmer den vielfältigen Anforderungen der Praxis bestmöglich gewachsen sind.

Wir bitten um rechtzeitige Anmeldung, da die Teilnehmerzahl auf 70 Personen beschränkt ist.

Planung: Dr. *Christoph Obermayer*, RA in Wien
 Referenten: Dr. *Johann Höllwert*, Hofrat des OGH
 Dr. *Christoph Obermayer*, RA in Wien
 Dr. *Martin Prunbauer*, RA in Wien
 VPräs. HR Univ.-Lektorin Dr. *Patricia Wolf*, Richterin des ASG Wien
 Termin: Freitag, 26. Jänner 2018 bis Samstag, 27. Jänner 2018 = 3 Halbtage
 Veranstaltungsort: **Wien**, C3 Convention Center
 Seminarnummer: 20180126A-8

AUSBILDUNG

„Die 12 Geschworenen“ – Strafrecht II**Warum Sie teilnehmen sollten:**

Anhand von zahlreichen Beispielen aus der Praxis und vor allem aus dem legendären Film „Die 12 Geschworenen“ sollen die Vorbereitungen und die Strategien während der Hauptverhandlung und im Rechtsmittelverfahren erarbeitet werden. Die Nichtigkeitsgründe im Rechtsmittel werden den Seminarteilnehmern mittels aktueller Judikatur und mit Beispielen aus der Praxis der Vortragenden vermittelt. Eine gemeinsam erarbeitete Nichtigkeitsbeschwerde soll die gewonnenen Erkenntnisse vertiefen.

Planung: Dr. *Peter Bartl*, RA in Graz
 Referenten: Mag. *Caroline List*, Präsidentin des Landesgerichtes für Strafsachen Graz
 Dr. *Peter Bartl*, RA in Graz
 Termin: Freitag, 2. Februar 2018 bis Samstag, 3. Februar 2018 = 3 Halbtage
 Veranstaltungsort: **Graz**, Hotel Das Weitzer
 Seminarnummer: 20180202–5

AUSBILDUNG

Schwerpunkt Leistungsstörungen: Gewährleistung und Schadenersatz

Warum Sie teilnehmen sollten:

Im Seminar werden praxisnah anhand von ausgewählten Fällen aus der Judikatur das Gewährleistungsrecht und das mit Sach- und Rechtsmängeln zusammenhängende Schadenersatzrecht aufbereitet. Zudem gibt es Tipps für die Führung eines solchen Schadenersatz- und Gewährleistungsprozesses, wobei am dritten Halbtage auch auf das Reiserecht eingegangen wird.

Planung: Dr. *Andrea Haniger-Limburg*, RA in Innsbruck
 Referenten: Mag. *Claudia Lantos*, LL.M., RA in Innsbruck
 Mag. *Richard Obrist*, Richter des OLG Innsbruck
 Termin: Freitag, 9. Februar 2018 bis Samstag, 10. Februar 2018 = 3 Halbtage
 Veranstaltungsort: **Innsbruck**, Villa Blanka
 Seminarnummer: 20180209–6

AUSBILDUNG

Europäisches Wirtschaftsrecht

Warum Sie teilnehmen sollten:

Dies ist ein Grundlagenseminar, das auf den allgemeinen Vorkenntnissen aus dem Jus-Studium aufgebaut ist. Es ist speziell an der Tätigkeit des österreichischen Rechtsanwalts in der Praxis orientiert. Durch die Vermittlung von ausbaufähigen Grundlagen (Schwerpunkt: Materielles Recht) wird der Zugang zur komplexen Materie „Europarecht“ eröffnet.

Planung: Ass.-Prof. Dr. *Peter Stockenhuber*, LL.M., Universität Wien, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht
 Referenten: Univ.-Prof. Dr. *Walter Obwexer*, Universität Innsbruck, Institut für Europarecht und Völkerrecht
 Ass.-Prof. Dr. *Peter Stockenhuber*, LL.M., Universität Wien, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

Univ.-Prof. Dr. *Florian Schuhmacher*, LL.M., Universität Wien, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht
 Termin: Donnerstag, 22. Februar 2018 bis Samstag, 24. Februar 2018 = 5 Halbtage
 Veranstaltungsort: **Wien**, C3 Convention Center
 Seminarnummer: 20180222–8

Verteidigen Sie Ihre Freizeit: Webcasts der Anwaltsakademie

ALL-IN-ONE

Internationales Familienrecht

Modul I: Ehescheidung

- Internationale Zuständigkeit, Einführung in die Brüssel IIa-VO, nationales Restzuständigkeitsrecht, Prüfung der Zuständigkeit
- Internationale Rechtshängigkeit, Beachtlichkeit zwischen EU-Staaten und im Verhältnis zu Drittstaaten
- Anwendbares Recht, wesentliche Bestimmungen der Rom III-VO, Doppelstaatsangehörige
- Anerkennung ausländischer Entscheidungen, Differenzierung nach Entscheidungen aus EU-Staaten und aus Drittstaaten, Gründe für die Versagung der Anerkennung
- Beispiele

Modul II: Elterliche Verantwortung

- Internationale Zuständigkeit, Abgrenzung Brüssel IIa-VO und Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ), Grundregel und Ausnahmen
- Zuständigkeit bei Wegzug des Kindes im laufenden Verfahren
- Anwendbares Recht – wer hat die Obsorge kraft Gesetzes? Welches Recht ist auf Entscheidungen anzuwenden?
- Anerkennung und Durchsetzung ausländischer Entscheidungen, Differenzierung nach Entscheidungen aus EU-Staaten und aus Drittstaaten, Gründe für die Versagung der Anerkennung
- Beispiele

Modul III: Unterhalt

- Internationale Zuständigkeit, Abgrenzung EuUVO-LGVÜ, Anwendungsbereich der EuUVO, Prüfung der Zuständigkeit
- Abänderung von Entscheidungen
- Anwendbares Recht, Grundanknüpfung, Sonderregel für Kinder und Ehegatten
- Anerkennung und Vollstreckung, Übersicht über Rechtsquellen
- Beispiele

Referenten: Dr. *Robert Fucik*, Leitender Staatsanwalt im BMJ

Aus- und Fortbildung

Dr. *Marco Nademleinsky*, Lehrbeauftragter an der Universität Wien – Institut für Europarecht; Internationales Recht und Rechtsvergleichung; RA in Wien
Seminarnummer: OS2017025 – 9

Sie entscheiden selbst:

- wie oft Sie das Seminar ansehen
- wann und wie oft Sie unterbrechen
- oder auch die eine oder andere Stelle wiederholen wollen

ALL-IN-ONE

Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern und Partnern

Modul I: Grundlegende Aspekte der Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht

Ausgehend von zwei jüngeren Entscheidungen werden grundlegende Aspekte des Unterhaltsrechts dargestellt, etwa die Kriterien, die für die Unterhaltsbemessung maßgeblich sind, und die Dauer des Unterhaltsanspruchs (insb bei studierenden Kindern). Der Umfang der Unterhaltsbemessungsgrundlage und das nach dem Internationalen Privatrecht anwendbare Recht runden Modul 1 ab.

Modul II: Unterhaltsrecht: Ehegatten und eingetragene Partner

Während aufrechter Ehe bzw eingetragener Partnerschaft ist der Unterhaltsanspruch des haushaltsführenden und des weniger verdienenden Ehegatten bzw Partners Ausdruck der ehelichen bzw partnerschaftlichen Beistandspflicht, die ausnahmsweise auch nach der Auflösung fortwirkt. Dargestellt werden die Grundlagen und die Höhe des Unterhaltsanspruchs während aufrechter Ehe bzw eingetragener Partnerschaft sowie nach der Auflösung. Die Klärung der Höhe erfordert Informationen vom Unterhaltspflichtigen, die über eine Stufenklage erlangt werden können. Das Bestehen eines Unterhaltsanspruchs hat Auswirkungen auf den Anspruch auf Hinterbliebenenleistungen aus der Pensionsversicherung.

Modul III: Kindesunterhaltsrecht

Der Anspruch des Kindes auf angemessenen Unterhalt richtet sich in erster Linie nach den Lebensverhältnissen der Eltern und ihrer Leistungsfähigkeit sowie dem Bedarf des Kindes. Behandelt werden die Bemessung des laufenden Kindesunterhalts nach Prozentsätzen sowie Korrekturen des Ergebnisses (Unterhaltsstopp, Sonderbedarf, Belastungsgrenzen, Naturalunterhalt und Eigeneinkommen des Kindes). Angesprochen werden auch Sonderfälle wie das „Doppelresidenzmodell“, die Unterhaltspflicht der Großeltern und die Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern.

Modul IV: Unterhaltsvereinbarungen und Unterhaltsdurchsetzung

Über strittige Unterhaltsansprüche wird bei Gericht entweder im streitigen oder im außerstreitigen Verfahren entschieden. Vereinbarungen über den Unterhaltsanspruch sind an sich möglich, bis hin zum Verzicht, wobei auf Kindesunterhaltsansprüche faktisch nicht verzichtet werden kann, wohl aber auf naheheilige Ehegattenunterhaltsansprüche. Bei Vereinbarungen stellt sich die Frage, wie weit sie in die Zukunft „fortwirken“. Festlegungen des Unterhaltsanspruchs – auch durch Vereinbarung – unterliegen der „Umstandsklausel“. Während Ehegatten und eingetragene Partner Informationen über die Unterhaltsbemessungsgrundlage auf dem Weg einer Stufenklage erlangen können, bestehen zugunsten von unterhaltsberechtigten Kindern gesetzliche Auskunftsansprüche (etwa des Arbeitgebers und der Finanzämter).

Referent: Sen.-Präs. Univ.-Prof. Dr. *Matthias Neumayr*, Senatspräsident des OGH, Universität Salzburg – Fachbereich Privatrecht

Seminarnummer: OS2017020 – 9

Sie entscheiden selbst:

- wie oft Sie das Seminar ansehen
- wann und wie oft Sie unterbrechen
- oder auch die eine oder andere Stelle wiederholen wollen.

StGB Strafgesetzbuch Kommentar

Der Gesetzeskommentar „*Leukauf/Steininger*, StGB, 4. Auflage“ ist ein ungewöhnliches Werk: *Steininger* ist schon länger von uns gegangen, von *Leukauf* wurde auch schon länger nichts vernommen, dennoch erscheint nach 24 Jahren eine Neuauflage ihres seinerzeit bekannten Werks! Dieses auf den ersten Blick überraschende Unterfangen entpuppt sich auf den zweiten Blick als der von einer Vielzahl neuer Autoren unternommene Versuch einer Wiederbelebung des einst führenden Standardhandkommentars zum österreichischen Strafrecht.



Größtenteils ist dieser Versuch gelungen. Dabei stechen besonders die den wohl überwiegenden Umfang an Bestimmungen abhandelnden Kommentierungen von *Tipold*, *Flora*, *Schütz* und *Nimmervoll* hervor. Aber auch die Beiträge von *Aichinger*, *Stricker*, *Huber*, *Öner* und *Reisinger Coracini* sind hervorhebenswert. Das Interessante daran ist, dass alle (Neu-)Autoren bemüht waren, das ursprüngliche Substrat des Werks aus der Feder *Steiningers* und *Leukaufs* zu bewahren, um solcherart nicht einen neuen Kommentar, sondern die 4. Auflage von deren anerkanntem Kommentar entstehen zu lassen, wie auf S V mehrfach betont.

Rechtsdogmatisch interessant sind die Ausführungen zum Tatbestand im Rahmen der Vorbemerkungen (Rz 38 ff), insb jene zum klassischen Verbrechensbegriff (Rz 40) und zur Schuld (Rz 52 ff). Wenn bei der Darlegung, wovon in der österreichischen Lehre heute ausgegangen werde, von dieser abweichend *Kienapfel* zitiert wird (Rz 54), so ist das inhaltlich äußerst lobenswert (denn *Kienapfel* hält zu Recht an der traditionellen Auffassung fest, wonach der Vorsatz Schulselement ist), doch sollte dies im Buch nicht (nur) unter Hinweis auf *Kienapfels* Darlegungen in JZ 1972, 575 und RZ 1976, 41 geschehen, sondern (auch) auf sein demgegenüber aktuelleres Lehrbuch zum AT des StGB, wo er seine Auffassung regelmäßig auch in jüngerer Zeit bekräftigte.

Inhaltlich hervorragend sind die Ausführungen zum Handeln in Ausübung der Pflichten eines Rechtsanwaltes (Rz 18 zu § 3 StGB). Interessant erscheint dabei auch die Ausdehnung des Rechtfertigungsgrundes des § 9 Abs 1 RAO auf jeden Machthaber in den sich aus dieser Gesetzesbestimmung ergebenden Grenzen (Rz 18, letzter Satz, unter Verweis auf SSt 33/65). Nicht minder treffend sind die ebenfalls zu § 3 entfalteten Überlegungen zum erlaubten Risiko und der sozialen Adäquanz (Rz 60 ff), bei denen punktgenau (im Einklang mit SSt 55/1) zwischen ersterem als Rechtfertigungsgrund und zweiterem als Tatbestandsausschluss unterschieden wird. In einen offenen Widerspruch dazu geraten allerdings Ausführungen auf S 503 des vorlie-

genden Werks, wo gemeint wird, dass ein Verhalten, welches sich im Rahmen des erlaubten Risikos bewege, die Zurechnung zum objektiven Tatbestand ausschließe (Rz 4b zu § 80 StGB). Also was nun: Ist das erlaubte Risiko ein Rechtfertigungsgrund (S 78, Rz 63) oder schließt es bereits die Zurechnung zum Tatbestand aus (S 503, Rz 4b)?

Nicht minder interessant (und von vorstehender Problematik nicht ganz zu trennen) sind die Ausführungen zur Fahrlässigkeitsdogmatik im Allgemeinen (S 102 ff) und darunter insb zur objektiven Sorgfaltswidrigkeit (Rz 3 ff, insb Rz 6 zu § 6 StGB), einschließlich der erst in der jüngsten Entwicklung des StGB (seit dem StRÄG 2015) typisierten „groben Fahrlässigkeit“ (Rz 22 ff).

Weniger für die Rechtsdogmatik, aber für die Praxis bedeutsam ist im Übrigen der in Rz 7 zu § 43 StGB erteilte (wengleich vom Kommentator nicht geteilte) Hinweis auf RZ 1975/31 und 1976/66, wonach ein Unbescholtener schon kraft seines bisherigen Lebenswandels ein Anrecht auf bedingte Strafnachsicht habe. Diese bereits in der 2. Auflage von *Leukauf/Steiningers* Kommentar (also in der im Jahre 1979 erschienenen Vorvorausgabe, damals in deren Rz 4) zitierte ältere Judikatur – der übrigens als weitere Stütze aus damaliger Zeit noch RZ 1976/107 = ÖJZ-LSK 1976/266 hinzuzufügen wäre – wurde schon von den seinerzeitigen Autoren unter Hinweis auf die nv E 11 Os 1/77 restriktiv kommentiert, fand aber verständlicherweise immer wieder Anklang und Zitabilität bei Strafverteidigern. Insofern könnte es bei einem Teil der Leserschaft besonders gut ankommen, dass diese alte, fast schon vergessene Judikaturlinie nunmehr im vorliegenden Werk in Rz 7 auf S 346 wieder in Erinnerung gerufen wird.

Insgesamt ist das Buch jedenfalls eine erfreuliche Bereicherung des Angebots zur Strafrechtswissenschaft und wird die ihm gebührende Beachtung finden. Allerdings wird dessen Lesbarkeit durch die Tatsache beeinträchtigt, dass der Text der jeweiligen Rückseite durchscheint, weil die Buchseiten zu dünn sind. Dadurch erscheint übrigens auch der Kontrast zwischen gedrucktem Text und Druckunterlage weniger markant als bei anderen Büchern. Diese Details fallen bei der Lesbarkeit nicht zuletzt deshalb ins Gewicht, weil die verwendete Schriftgröße gering ist (was für sich allein nicht schädlich wäre, wenn die beiden anderen Hindernisse – unter denen allerdings auch bereits seinerzeit der Originalkommentar von *Leukauf* und *Steininger* litt – nicht vorlägen). Dies soll jedoch das Interesse am Inhalt des Buches nicht mindern und der meritorischen Auseinandersetzung mit demselben nicht entgegenstehen.

StGB Strafgesetzbuch Kommentar

Von *Leukauf/Steininger*. 4. Auflage, Linde Verlag, Wien 2017, geb, 1.952 Seiten, € 258,-.

ADRIAN EUGEN HOLLAENDER

Gefahrtragung beim Werkvertrag

Die vorliegende Monografie von *Katharina Schmid* widmet sich den speziellen Gefahrtragungsnormen zum Werkvertrag (§§ 1168, 1168a ABGB), der Relation dieser Vorschriften zum Kostenvoranschlag (§ 1170a ABGB) sowie zum Pauschalpreisvertrag. In der Einleitung zum ersten Kapitel weist die Autorin treffend darauf hin, dass die gegenständlichen gesetzlichen Bestimmungen eindeutiger formuliert sein könnten, weil aus deren gegenwärtiger Fassung viele Fragen entstehen. Mithilfe der Beantwortung einiger dieser Fragen sowie der Beleuchtung der damit verbundenen Unklarheiten will die Autorin den Buchanwendern eine verständliche und übersichtliche Darstellung über dieses Thema vorlegen.



Da es bei den synallagmatischen Verträgen zu verschiedenen Abwicklungsstörungen kommen kann, aber nicht alle die Gefahrtragung berühren, wird daher einleitend der Begriff der Gefahrtragung analysiert und damit auch der Untersuchungsgegenstand dieses Buchs festgestellt. Ergänzend werden die mit der Gefahrtragung verbundenen Begriffe des

Zufalls, der Leistungs-, Lohn- und Sachgefahr erhellet, was dem Leser besseren Einblick in die Problematik vermittelt. Bemerkenswert ist, dass die Verfasserin statt des üblichen Begriffs der Preisgefahr den Begriff der Lohngefahr verwendet. Ihrer Ansicht nach ist diese Bezeichnung zutreffender, weil beim Werkvertrag als Gegenleistung ein Lohn zu bezahlen ist (S 8 FN 32).

Interessant sind die Ausführungen im zweiten Teil, die sich mit der Entwicklungsgeschichte von den Gefahrtragungsnormen beim Werkvertrag beschäftigen. Beachtenswert ist auch die auf Seite 42 präsentierte Tabelle, in der man die wichtigsten Untersuchungsergebnisse in einer übersichtlichen Form zusammengefasst findet.

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen zur Entstehungsgeschichte der Gefahrtragungsregeln wird innerhalb des dritten Kapitels einleitend die aktuelle Lehre und Judikatur zu §§ 1168 und 1168a ABGB einer näheren Analyse unterworfen und mit kritischen Meinungen konfrontiert. Um die im Rahmen dieses Kapitels identifizierten Widersprüchlichkeiten und Unklarheiten der Rechtslage aufzulösen, erarbeitet die Autorin ein inhaltlich konsistentes Gefahrtragungskonzept (S 107ff).

Höchst relevant sind die Erläuterungen zu den in der Praxis häufig vorkommenden Fragen des Mehraufwandes in Fällen, in denen es zu vorübergehenden Verhinderungen oder sonstigen Erschwernissen bei der Werkerstellung kommt. Um eine entsprechende Lösung dieser praktischen Probleme zu finden, wird das bereits erwähnte Konzept der Gefahrtragung im vorletzten Kapitel ergänzt (S 166ff) und damit auch das problematische Verhältnis der werkvertraglichen Gefahrtragungsnormen zum Kostenvoranschlag sowie zum Pauschalpreis erhellet.

Schließlich erfolgt die Auseinandersetzung mit der in § 1168a ABGB geregelten Warnpflicht des Werkunternehmers. Diese wird hier entgegen der hL ausschließlich aus schadenersatzrechtlicher Sicht behandelt. Im Rahmen dieser Darlegung werden dem Leser historische und systematische Untersuchungsergebnisse (S 175ff) präsentiert, aufgrund derer die Warnpflicht nicht als eine Gefahrtragungsnorm, sondern als die die Verschuldenshaftung des Werkunternehmers begründende Sorgfaltspflicht zu sehen ist.

Das vorliegende Werk bietet eine gelungene Verarbeitung der Problematik von der Gefahrtragung beim Werkvertrag, die den Buchanwendern ermöglicht, die praxisrelevanten Fragen der Leistungs-, Sach- sowie Lohngefahr und ihrer Tragung zu beantworten. Dies macht aus diesem Buch ein wertvolles Arbeitsinstrument und ist daher nicht nur für jene geeignet, die den Problemlösungen der werkvertraglichen Abwicklungsstörungen ausgesetzt sind, sondern auch für jene, die ihr Wissen in diesen Themen noch vertiefen möchten.

Gefahrtragung beim Werkvertrag.

Von *Katharina Schmid*. Jan Sramek Verlag, Wien 2017, XVI, 194 Seiten, br, € 55,-.

LUKAS HOLECEK

Der mutwillige Rechtsstreit – Schadenersatzansprüche der Parteien wegen materiell rechtswidriger Prozessführung

Habilitationsschriften können bisweilen ins (allzu) Theoretische abdriften und damit beim Praktiker auf dezentes Desinteresse stoßen. Nicht so dieses Werk!



Spannend, detailreich und sprachlich auf höchstem Niveau aufbereitet finden sich in diesem Buch wertvolle Denkanstöße und fundierte Beispiele aus dem zivilprozessualen Geschehen zu einem Themenbereich, der formal bislang kaum Beachtung gefunden hat, der aber für jeden Praktiker vor Gericht, insbesondere Rechtsanwälte und Zivilrichter, von immenser Bedeutung ist oder zumindest sein sollte.

Der Zivilprozess als Instrument zur Erreichung prozessfremder Zwecke, tatsächliches Vorbringen, (zumindest subjektiv) mutwillige Prozessführung, Taktiken zur Prozessverzögerung, die Grenzen der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, mutwillig erscheinende Prozesshandlungen und deren (Kosten-)Folgen – Themen, derer der zivilprozessual aktive Rechtsanwalt in aller Regel gewahr ist, die

aber in Studium und Ausbildung wenn überhaupt nur am Rande Beachtung finden. Zu Unrecht.

Das Erkennen unzulässigen oder gar schadenersatzträchtigen Verhaltens auf Seiten des Prozessgegners ist beinahe ebenso wichtig wie das Kennen der eigenen Grenzen, was Pflichten und Erlaubtheit im Prozessgeschehen anlangt.

Sorgfältige Prozessvorbereitung, ein fairer Umgang mit dem Rechtsschutzversicherer, die Erfüllung der Prozessförderungspflicht sowie Treu und Glauben im Zivilprozess sind nur einige jener Themen, die ernst zu nehmen unser Rechtssystem im Allgemeinen sowie nicht zuletzt auch die anwaltlichen Disziplinarregeln im Besonderen gebieten.

Ein detailliertes Inhaltsverzeichnis ebnet den Weg, um dieses über 900 Seiten starke Werk nicht von A bis Z „erlesen“ zu müssen, sondern um gezielt immer wieder dort nachschlagen zu können, wo die eigenen Interessen liegen, bzw dort, wo sich konkret ein Anwendungsfall auftut. Der zivilprozessual aktive Rechtsanwalt sollte sich dieses Werk nicht nur in seine Bibliothek stellen, sondern sollte sich dessen Inhalte geflissentlich zu Herzen nehmen – für eine faire und rechtskonforme Verfahrensführung auf allen Seiten.

Der mutwillige Rechtsstreit

Von *Andreas Geroldinger*. 1. Auflage, Verlag Manz, Wien 2017, geb, CXIV, 938 Seiten, geb, € 178,-.

ULRIKE HAFNER

Dirnbacher Praxiskommentar – WEG 2017

In den sieben Jahren seit dem Erscheinen der (siebenten) Voraufgabe des Dirnbacher Praxiskommentars sind legislativ auf dem Gebiet des Wohnrechts keine großen Schritte gesetzt worden – zu kontroversiell sind die verschiedenen Standpunkte der politischen Kräfte, zu weit voneinander entfernt erscheinen die jeweiligen Positionen, daher prägt eher Stillstand dieses Fachgebiet. Lediglich punktuelle Maßnahmen hat die Wohnrechtsnovelle 2015 gebracht. Im Wesentlichen bestand also die Aufgabe bei der Neuauflage des gegenständlichen Werks in der Einarbeitung der (etwa 200) neuen OGH-Judikate zum WEG.



Dennoch läutet die aktuelle achte Auflage eine neue Ära ein, denn nach dem plötzlichen Ableben von *Wolfgang Dirnbacher* im Jahr 2012 haben nunmehr seine „geistigen Erben“ aus der Immobilienwirtschaft die Aufgabe übernommen, den bewährten Praxiskommentar auf dem gewohnten Niveau weiterzuführen. *Christoph Kothbauer*, *Karin Sammer*, *Andreas Berger* und *Anton Holzapfel*, die schon den noch von *Dirnbacher* begonnenen Kommentar zum WEG posthum finalisiert hatten, haben nun als eingespiel-

tes Team die Gunst der Stunde genutzt: Knapp vor den Wahlen zum NR ist eine Novelle zum Wohnrecht unwahrscheinlich, auch nach Etablierung der neuen politischen Kräfteverhältnisse wird es wohl noch einige Zeit in Anspruch nehmen, bis der Gesetzgeber in das Wohnrecht eingreifen wird. Eine günstige Gelegenheit, um den aktualisierten Praxiskommentar auf den Markt zu bringen, ohne gleichzeitig Gefahr zu laufen, dass dieser allzu schnell von der Legislative überholt wird.

Die Grundkonzeption des Werks wurde im Wesentlichen beibehalten: Man orientiert sich weitgehend an der Gliederung des WEG, handelt aber die Bestimmungen des Materiengesetzes gemeinsam ab, auch wenn sich diese an unterschiedlichen Stellen des WEG finden. Die Erläuterungen erfolgen somit nicht in numerischer Reihenfolge, sondern – eben praxisorientiert – thematisch anhand des inneren Zusammenhangs. Ein wesentlicher Vorzug des gegenständlichen Werks ist daher in seiner Gliederung zu sehen, die ganz offensichtlich darauf ausgerichtet ist, die Auffindbarkeit der einzelnen Ausführungen bei konkreten Rechtsproblemen zu ermöglichen. Auch unterschiedliche Formattierungen der einzelnen Textpassagen und zahlreiche Beispiele aus der Praxis sorgen für eine gute Lesbarkeit und Transparenz. Die Zielgruppe, für die sich eine Konsultierung des Praxiskommentars eignet, geht daher weit über die rechtsberatenden Berufe hinaus, ja selbst Nichtjuristen

70 Cg 31/2017d

Versäumungsurteil Im Namen der Republik

Klagende Partei: **Österreichischer Rechtsanwaltsverein, wirtschaftliche Organisation der Rechtsanwälte Österreichs**, Rotenturmstrasse 13, DG, 1010 Wien

vertreten durch: Dr. Heinz-Peter Wachter, Rechtsanwalt, 1030 Wien

Beklagte Partei: **Dein Buchhalter e.U., Mag. (FH) Günter Kleewein**, Feststraße 13, 9064 Krobath

wegen: Unterlassung und Veröffentlichung

Die beklagte Partei ist gegenüber der klagenden Partei schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Personen die Vorbereitung eines unterschiftreifeu Vertrages gegen Entgelt für GmbH-Gründungen anzubieten oder derartiges durchzuführen.

Landesgericht Klagenfurt
Abt 70, am 18.8.2017
Mag. Annemarie Hartl

werden sich in der gegenständlichen Fachpublikation problemlos zurechtfinden können. Dafür sorgt auch ein ausführliches Stichwortverzeichnis. Der „Dirnbacher Praxiskommentar“ zum WEG ist somit auch in seiner achten Auflage ein literarischer Angelpunkt für die Immobilienwirtschaft.

Dirnbacher Praxiskommentar – WEG 2017. Das Wohnungseigentumsgesetz idF der WRN 2015

Von Wolfgang Dirnbacher. Ergänzt und bearbeitet von Christoph Kothbauer/Karin Sammer/Andreas Berger/Anton Holzapfel. 8., aktualisierte und erweiterte Auflage, Verlag ÖVI Immobilienakademie, Wien 2017, geb, 774 Seiten, € 121,-.

RAINER WOLFBAUER

Handbuch Internationales Privatrecht

Systematische Darstellungen des Internationalen Privatrechts (IPR) waren am österreichischen Buchmarkt eine Zeitlang nur spärlich verfügbar. Vermutlich bedingt durch die rasch voranschreitende Europäisierung des Kollisionsrechts (mit Rom I-, Rom II-, Rom III- und Rom IV-VO) ist – neben *Verschraegens* Werk (2012) – aus dem Lehrbuch von *Lurger/Melcher* nun erstmals seit Schwind (1990) in Österreich ein „Handbuch“ zum IPR veröffentlicht worden. Der Praktiker ist dafür dankbar, ist doch auch die österreichische Kommentarliteratur rar (jene Erläuterung im *Rummel*³ ist großteils veraltet; die im *KBB*⁵ zwar aktuell, aber doch nur ein Kurzkomentar).



Im rezensierten Werk werden nunmehr alle klassischen zivilrechtlichen Materien (Personen- und Familienrecht, Erbrecht, vertragliche und außervertragliche Schulverhältnisse, Sachen- und Gesellschaftsrecht) international-privatrechtlich beleuchtet.

Das Werk ist auch – zum 31. 12. 2016 – auf dem aktuellsten Stand: Eingearbeitet sind etwa die höchstgerichtlichen Entscheidungen (2 Ob 40/15v bei Rz 5/25) zum (iSd Art 16 Rom II-VO) international-zwingenden § 9 VOEG (was in Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte Seltenheitswert hat; vgl meine Ausführungen ZVR 2016, 545 mwN) oder zur Anknüpfung des mittelbaren Schadens/Trauerschadens nach dem HStVÜ (2 Ob 136/15m; Rz 5/128) und nach Art 4 Rom II-VO (EuGH C-350/14, *Lazar*, bei Rz 5/40) oder zur Anknüpfung der Direktklage (Rz 5/114 uH auf C-240/14, *Prüller-Frey*).

Aufgelockert wird die Lesbarkeit auch durch zahlreiche (Praxis)Beispiele, deren Lösungen anschließend – sowohl aus zuständigkeits- als auch kollisionsrechtlicher – Sicht behandelt werden (zu Verkehrsunfällen etwa Rz 5/135 ff). Po-

sitiv hervorzuheben ist die übersichtliche Darstellung teils komplexer Fragestellungen, etwa die „achtsprossige“ Anknüpfungsleiter im internationalen Produkthaftungsrecht nach Art 5 Rom II-VO (Rz 5/53 ff) oder im internationalen Wettbewerbsrecht gem Art 6 Rom II-VO (S 344).

Wenn es etwas anzumerken gilt, was „nicht nur positiv ist“, dann würde man sich wünschen, dass noch etwas mehr internationale Literatur und Judikatur an den passenden Stellen verarbeitet wird. So fehlen im internationalen Arbeitsrecht (Rz 4/145 ff) etwa vertiefte Literatur- und Judikatur- (und evt auch Praxis)hinweise auf die mE bahnbrechende E *Koelzsch* (vgl bereits meine Ausführungen in ASoK 2014, 175 ff); zum (bedeutsamen) Heimatgerichtsstand bei der Direktklage seit der *Odenbreit*-Entscheidung gäbe es zB in der ZVR zahlreiche Aufsätze und Glossen, die dem österreichischen Praktiker leichter zugänglich sind als der (etwa bei FN 269) zitierte IPRax-Aufsatz. Im internationalen Sachenrecht fehlt (vgl Rz 6/21 ff) mE noch die Darstellung des „erweiterten Eigentumsvorbehalts“, der gerade im deutsch-österr Rechtsverkehr (weil in D zulässig, in Ö nicht) immer noch für „Diskussionsstoff“ – vor allem bei österreichischen Insolvenzen mit deutschen Zulieferern – mit deutschen Anwaltskollegen sorgt. Für eine (hoffentlich) zweite Auflage soll die weitere Verarbeitung von Rsp und Schrifttum (zumindest in den FN) als Anregung dienen.

Die Idee der beiden an der Grazer Juristenfakultät tätigen Autorinnen, ein (österreichisches) Handbuch zum IPR auf den Markt zu bringen, ist daher – aus der Praxis betrachtet – jedenfalls zu begrüßen; das Kollisionsrecht ist bedingt durch das komplexe Gemengelage von europarechtlichen, völkerrechtlichen und nationalen Vorschriften nicht mehr leicht zu durchschauen, sodass ein Praktiker-Handbuch den Einstieg jedenfalls erheblich erleichtert. Dem Werk ist zu konstatieren, dass es diese Herausforderung meistert.

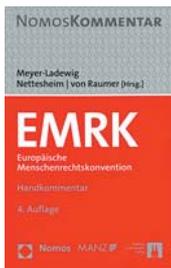
Handbuch Internationales Privatrecht mit Hinweisen auf das Internationale Zivilverfahrensrecht

Von Brigitta Lurger/Martina Melcher. 1. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2017, 496 Seiten, geb, € 119,-.

ALEXANDER WITWERT

EMRK

Der von Meyer-Ladewig begründete Handkommentar zur EMRK, der sich schon seit langem großer Beliebtheit erfreut, liegt nunmehr in 4. Auflage vor. Dabei wurde Meyer-Ladewig von den Mitherausgebern und Co-Autoren Nettesheim und v. Raumer unterstützt, denen wiederum eine Reihe weiterer Co-Autoren zur Seite standen. Das Ergebnis dieses Zusammenwirkens ist höchst beeindruckend und bietet fundierte Information in handlicher Form.



Hervorhebenswert ist die zu Art 1 EMRK getroffene Aussage, dass der Staat sich durch Delegation öffentlicher Aufgaben an private Einrichtungen nicht seiner Verantwortung entziehen kann (S 53 Rz 8 mit FN 8 unter Verweis auf die Causa *Wos/Polen*). Diese Feststellung ist in einer Zeit, in der der Staat immer mehr staatliche Aufgaben an privatrechtsförmige Gesellschaften ausgliedert und dadurch der ursprünglich vorgesehenen Verwaltungskontrolle entzieht, von großer Bedeutung.

Ebenso bleiben die Konventionsstaaten auch bei der Übertragung von Aufgaben auf internationale und supranationale Organisationen für ihr eigenes Tun und damit für allfällige Konventionsverletzungen unmittelbar verantwortlich (S 55, Rz 12 und 13). Dh, auch soweit die EMRK-Mitgliedstaaten EU-Recht anwenden, unterliegen sie der Kontrolle des EGMR (was mitunter zu Divergenzen zwischen dem EuGH in Luxemburg und dem EGMR in Straßburg führt [S 56 oben]).

Im Bereich des Strafverfahrens sind die Ausführungen im Buch zu unterstreichen, dass das Auferlegen einer extrem hohen Beweislast, die jeden Beweis zugunsten des Angeklagten ausschließt, und ein damit einhergehender Verstoß gegen den Grundsatz *in dubio pro reo* auch das Fairtrial-Prinzip des Art 6 EMRK verletzt (S 251, Rz 140, mit FN 536 in Bezug auf die Causa *Nemtsov/Russland*). Weiters wird im Werk betont, dass der Anklage die Erbringung des Schuldbeweises obliegt und das Gericht festzustellen hat, ob diese ihn erbracht hat (aaO, unter Verweis auf FN 538 und die dort zitierte Causa *Sawoniuk/UK*). Die Beweislast trifft die Anklage, jeder Zweifel muss zugunsten des Angeklagten ausschlagen (S 283, Rz 212, unter Zitierung der Causa *Telfner/Österreich* in FN 777).

Bedeutsam für das Strafverfahren ist auch die Darstellung einer verallgemeinernden Interpretation des Art 7 EMRK auf S 301, Rz 1, dahingehend, dass dieser vom EGMR so ausgelegt wird, dass er nicht nur ein Rückwirkungsverbot statuiert, sondern überhaupt wirksame Garantien gegen willkürliche Verfolgung, Verurteilung und Bestrafung bietet (unter Verweis auf die Causa *Streletz, Kessler und Krenz/Deutschland* in FN 1).

Wesentlich für den Bereich des Religionsrechts sind hinwieder die Ausführungen auf S 383ff des Buches. Diesbezüglich heben die Autoren insb die Relevanz des Grund-

rechts der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit gem Art 9 EMRK bei staatlichen Registrierungserfordernissen von Religionsgemeinschaften hervor (Rz 22 mit FN 59 unter Zitierung der Causa *Scientology Kirche Sankt Petersburg ua/Russland*). Wenn ein gesetzlicher Rahmen für die Verleihung der Rechtsfähigkeit an eine religiöse Gruppierung besteht, muss der Staat allen, die das wünschen, eine faire Möglichkeit geben, diesen Status zu erwerben. Wenn der Staat ablehnt, eine Religionsgemeinschaft zu registrieren, prüft der EGMR das nach Art 9 iVm Art 11, der das Leben in Gemeinschaften gegen unberechtigte staatliche Eingriffe schützt (S 384 oben unter abermaligem, diesmal in FN 65 enthaltenem Verweis auf die Causa *Scientology Kirche Sankt Petersburg ua/Russland* sowie auf die Causa *Scientology Kirche Moskau/Russland*, die Causa *Hasan und Chaush/Bulgarien* und die Causa *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas ua/Österreich*).

Insgesamt bietet das Buch eine Fülle von Informationen in gut aufbereiteter Weise und übersichtlicher Form. Für künftige Auflagen könnte man als Leser folgende Wünsche hegen: Das Buch sollte auch die Verfahrensordnung des EGMR beinhalten und kommentieren. Das Stichwortverzeichnis (S 831) des Buches sollte nebst den Artikelnummern und Randziffern vor allem (auch) die Seitenzahlen anführen. Und das Abkürzungsverzeichnis (S 17f) sollte komplett sein (derzeit ist es das nicht ganz, denn es sind darin zB die auf S 510 unten verwendeten Abkürzungen nicht angeführt). Aber desungeachtet verkörpert das vorliegende Werk eine wesentliche Bereicherung der menschenrechtlichen Fachliteratur und einen wertvollen Arbeitsbehelf für alle damit befassten Rechtsanwender!

EMRK Europäische Menschenrechtskonvention

Von Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg). 4. Auflage. Verlag Manz, Wien 2017, geb, 858 Seiten, € 118,-.

ADRIAN EUGEN HOLLAENDER

VStG Verwaltungsstrafgesetz

Der sowohl als Rechtsanwalt als auch als Rechtsforscher auf den Gebieten des Strafrechts und des Verfassungsrechts bekannt gewordene *Lewisich* hat gemeinsam mit dem Wiener Rechtsanwalt *Fister* und der oberösterreichischen Verwaltungsjuristin *Weilguni* eine – nunmehr in zweiter Auflage erscheinende – eingehende Kommentierung des Verwaltungsstrafgesetzes vorgenommen. Zusätzlich zu den Bestimmungen des VStG werden darin auch die (für das sich an ein Verwaltungsstrafverfahren oftmals anschließende verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren wesentlichen) Bestimmungen des VwGVG behandelt. Den Autoren ist damit eine hervorragende Arbeit gelungen, die dieses wesentliche Rechtsgebiet ausführlich darstellt, die dazu er-

gangene Rsp gekonnt analysiert und auch eine eigenständige rechtsdogmatische Durchdringung der Materie leistet.

Aus den zahlreichen hervorhebenswerten Aspekten des Werks seien die folgenden herausgegriffen:



Bei den Ausführungen zu § 5 VStG sehen die Autoren den Regelungszusammenhang (S 20, Rz 2) in der Grundregel, dass verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit stets ein infolge Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit fehlerhaftes Verhalten voraussetzt, und betonen, dass es eine Strafbarkeit ohne derartige Fehlerhaftigkeit (Erfolgshaftung) im VStG nicht gibt.

Ein verfassungsrechtliches Problem stellt, daran anknüpfend, allerdings die in § 5 Abs 1 Satz 2 VStG festgelegte Vermutung fahrlässigen Verhaltens bei sog Ungehorsamsdelikten dar. Die Vereinbarkeit dieser „Verschuldensvermutung“ mit der in Art 6 Abs 2 EMRK normierten Unschuldsvormutung wurde in der Fachliteratur wiederholt kritisch hinterfragt (zB *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*¹⁰ Rz 1008 f; *Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ Rz 413). Im vorliegenden Werk werden diese Bedenken thematisiert, jedoch als letztlich nicht durchschlagend bewertet, weil es nach Auffassung der Autoren bzw des dieses Kapitel verfasst habenden Autors *Lewisch* – im Einklang mit der Rsp des VfGH – nicht sachwidrig sei, bei einem objektiven Verstoß gegen einen Rechtsbefehl davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Rechtsverletzung auch persönlich zu verantworten hat, soweit er die diesbezügliche Vermutung nicht durch eigenes Sachvorbringen entkräftet (S 22, Rz 8). Die damit angesprochene Obliegenheit sei nicht als Beweislast, sondern als Darlegungslast iS einer entsprechenden Glaubhaftmachung zu sehen, sodass der Beschuldigte „initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht“ (S 23, Rz 9, unter Verweis auf die Judikatur). Für die Praxis interessant ist dazu der Hinweis auf S 23, Rz 10, dass die Beispiele für eine Glaubhaftmachung fehlender Schuld „in der publizierten Rechtsprechung zahllos, die diesbezüglichen Einwände allerdings nur selten erfolgreich“ seien.

Hinzuzufügen wäre iZm den Ausführungen zur Schuld übrigens noch, dass das VStG von der psychologischen Schuldauffassung und damit dem Konzept ausgeht, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuldformen sind (so die Gesetzesmaterialien, insb der Bericht des Verfassungsausschusses, 360 BlgNR 2. GP, über die Vorlage der Bundesregierung „Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung“, 116 BlgNR 2. GP).

Zu unterstreichen ist im Übrigen die zutreffende Kritik des bearbeitenden Autors auf S 30, Rz 22, an der mitunter zu restriktiven Handhabung der entschuldigenden Wirkung von Rechtsauskünften, insb bei Einholung einer Rechtsauskunft bei einem berufsmäßigen Parteienvertreter im Sonderfall, dass dessen Auskunft sich nicht an der Rsp der HöchstG und ggfs an der Rechtsmeinung der zuständigen

Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientiert. Wenn der Beschuldigte auf die ihm erteilte Rechtsauskunft vertrauen konnte, kann sein Verhalten, sei es letztlich auch rechtsirrig, nicht vorwerfbar sein!

Praxisbezogen besonders bedeutsam sind die Ausführungen zur Bestellung verantwortlicher Beauftragter (notabene zur diesbezüglichen Formfreiheit, S 60 Rz 27, mit einer eingehenden Analyse der Rsp) und die exzellente Übersicht über die aus § 24 VStG resultierende Anwendbarkeit des AVG (S 114 ff), insb § 37 Satz 1 AVG über die allgemeinen Grundsätze des Ermittlungsverfahrens und §§ 45–55 AVG „über die Beweise“ (S 116), dh über Beweiswürdigung, Beweisaufnahmen und Gewährung von Parteiengehör. In letzter Zeit ist nämlich in der Praxis festzustellen, dass Verwaltungsstrafbehörden dazu tendieren, keine Beweise aufzunehmen oder dem Beschuldigten kein Gehör zu gewähren und dies den Verwaltungsgerichten im Beschwerdeverfahren zu überlassen. Diese Praxis ist aber rechtswidrig, ja sogar qualifiziert rechtswidrig, stellt doch § 40 VStG den Grundsatz des rechtlichen Gehörs an die Spitze der Bestimmungen über das ordentliche Verwaltungsstrafverfahren, worauf im Buch auf S 200, Rz 1, treffend hingewiesen wird.

Allerdings wird gemeint, dass der dadurch begründete Verfahrensfehler im Rechtsmittelverfahren saniert werde, wenn der Beschuldigte sein Recht auf Gehör eben dort bekomme (S 201, Rz 3). Das entspricht ganz der herrschenden Judikatur und Praxis, ist aber bedenklich, weil dadurch rechtswidrige Vorgänge in erster Instanz ohne Folge bleiben; würden hingegen derartig rechtswidrig zustandgekommene Bescheide (Straferkenntnisse) aufgehoben und an die erste Instanz zurückverwiesen werden, würde dies die erstinstanzlichen Behörden dazu anhalten, künftig das zu tun, wozu sie verpflichtet sind, nämlich stets rechtliches Gehör zu gewähren und alle relevanten Beweise bereits im erstinstanzlichen Ermittlungsverfahren aufzunehmen.

Die Liste der Hervorhebungen ließe sich noch lange fortsetzen, doch es kann sein Bewenden mit der schlussfolgernden Feststellung haben, dass dieses Werk eine Quelle interessanter juristischer Aspekte eines spannenden Rechtsgebiets und eine beachtliche Leistung fachkundiger Kommentierung verkörpert!

VStG Verwaltungsstrafgesetz – Mit Kommentierung der §§ 37–52 VwGVG

Von *Peter Lewisch/Mathis Fister/Johanna Weilguni*. 2. Auflage. Verlag Manz, Wien 2017, XXII, 464 Seiten, geb, € 104,-.

ADRIAN EUGEN HOLLAENDER

Zeitschriftenübersicht

AKTUELLES RECHT ZUM DIENSTVERHÄLTNIS

- 6565** **3** *Gerhartl, Andreas*: Der Arbeitsschutzausschuss
6566 **3** *Hahn, Nathalie*: Besteht eine Pflicht von Dienstnehmern zur Ablegung von Prüfungen?
6567 **3** *Pleschinger, Monika*: Schwierige Personalgespräche führen
6568 **3** *Bothe, Klara und Sascha Springer*: Facebook als Gefahr für die Arbeitswelt?! (Teil 1) – Was Arbeitgeber und Arbeitnehmer unbedingt wissen sollten!
6569 **3** *Bothe, Klara und Sascha Springer*: Facebook als Gefahr für die Arbeitswelt?! (Teil 2) – Was Arbeitgeber und Arbeitnehmer unbedingt wissen sollten!

ARBEITS- UND SOZIALRECHTSKARTEI

- 10** **362** *Knyrim, Rainer und Karin Tien*: Die Datenschutz-Grundverordnung im Beschäftigtenkontext
368 *Souhrada, Josef*: Datenschutz und Sozialversicherung
377 *Rauch, Thomas*: Pensionierung und Arbeitsrecht
383 *Gerhartl, Andreas*: Nach dem LSD-BG gesicherte Ansprüche

BANKARCHIV

- 10** **668** *Dollenz, Florian und Zurab Simonishvili*: Ad-hoc-Publizität nach der MAR unter besonderer Berücksichtigung von zeitlich gestreckten Sachverhalten
678 *Wimmer, Alexander*: Neues zum Delisting von Gesetzgeber und OGH
691 *Majcen, Rolf*: Bitcoins und andere virtuelle Währungen. . . bald eine neue Anlageklasse im moderneren Asset Management?
697 *Wilfling, Gernot und Michael Komuczky*: Die Haftung für verpackte Anlageprodukte und Versicherungsanlageprodukte nach der PRIIP-Verordnung
704 *Judt, Ewald*: Was ist eigentlich. . . eine Cashless Society?

BAU AKTUELL

- 5** **179** *Scherthaner, Sandra, Florian Gschösser und Arnold Tautschnig*: Ökologischer und ökonomischer Vergleich von Verkehrsszenarien auf der Brennerstrecke beeinflusst vom Brenner Basistunnel
186 *Plinninger, Ralf J.*: Baugeologische Dokumentation als Basis zielführender bauvertraglicher Diskussionen
189 *Kropik, Andreas*: Der Produktivitätsverlust – eine Triplik!
190 *Frühwirth, Markus und Georg Seebacher*: Die erforderliche Anspruchskonkretisierung von Mehrkostenforderungen aus baubetriebswirtschaftlicher und rechtlicher Sicht
199 *Markus, Jochen*: Zur Reform des deutschen Bauvertragsrechts
209 *Wiesinger, Christoph und Thomas Stegmüller*: Der Beschäftigungsbonus
214 *Fuchs, Gerald*: Konzept der Verfahrenskonzentration gewerbliches Betriebsanlagenrecht und Baurecht – Problemfelder
220 *Kurbos, Rainer*: Mischkalkulation und Nullpositionen? Sub-Lohn/Sub-Sonstiges?

BAURECHTLICHE BLÄTTER

- 5** **165** *Kanonier, Arthur*: Leistbares Wohnen im österreichischen Raumordnungsrecht
179 *Kastner, Peter und Wolfgang Kleewein*: Missstände bei der Vollziehung des Baurechts. Aktuelle Fälle aus der Volksanwaltschaft 2017/1

ECOLEX

- 10** **956** *Schmelz, Christian und Günther Grassl*: In Trippelschritten zum One-Stop-Shop
960 *Barbist, Johannes und Regina Kröll*: Die sonstigen Änderungen im gewerblichen Betriebsanlagenrecht
963 *Mosing, Florian*: Der neue § 32 GewO
967 *Filzmoser, Friedrich und Josef Wagner*: Worin besteht die „Eigenart“ eines Gewerbebetriebs?
971 *Böhm, Thomas*: Zur Gleichstellung von Hypothekargläubigern und Pfandgläubigern eines Superädifikats nach §§ 100ff VersVG
973 *Wallner, Benedikt*: Papierhaufen geht Beratungsgespräch vor
995 *Anderl, Axel und Bernhard Heinzl*: Von Piraten und Filmspielern – der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in der Judikatur des EuGH
1003 *Sonntag, Martin*: Zum Vorrangverhältnis von beruflicher Rehabilitation und Berufsschutz
1013 *Kropf, Daniel*: Information des BMF zur steuerlichen Behandlung von Kryptowährungen
1023 *Rabl, Thomas und Wolfgang Brenner*: Neues Energierecht 2017: Zur sogenannten „kleinen“ Ökostrom(gesetz)novelle

- IMMOLEX**
- 9 **234** *Riepl, Volker*: Grenzen der Warnpflicht im Werkvertragsrecht
238 *Denk, Peter*: Immobilienertragsteuer: Zivilrechtliche Aufklärungspflicht und steuerrechtliche Haftung des Parteienvertreters
260 *Kothbauer, Christoph*: Neues vom OGH zu den Gründerzeitvierteln
- 10 **266** *Böhm, Helmut*: Der formal „untaugliche“ Baufortschrittsprüfer im BTVG
270 *Prader, Christian*: Zur (Un-)Zulässigkeit des Bauträger-/Bankenschutzes durch Restkaufpreishypotheken & Co
274 *Reiber, Andrea*: Veränderungen an der Eigentumswohnung unter Beanspruchung allgemeiner Liegenschaftsteile
279 *Stingl, Walter*: Lesen die Parlamentarier auch das, was sie beschließen? – Ein kritischer Blick auf die Gesetzeswerdung
- JOURNAL FÜR ARBEITSRECHT UND SOZIALRECHT**
- 3 **233** *Burger, Florian G.*: Die strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG
257 *Potz, Andrea*: Die Gretchenfrage an Unternehmen: Wie hast du's mit religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken am Arbeitsplatz?
270 *Ivansits, Helmut*: Zur Abgrenzung der Krankenbehandlungen von Maßnahmen medizinischer Rehabilitation
285 *Födermayr, Barbara*: Grundsatz der abstrakten Prüfung der Voraussetzungen für die Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit
- JOURNAL FÜR STRAFRECHT**
- 5 **419** *Brandstetter, Wolfgang*: 15 Jahre Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen – ein Rückblick und Ausblick des Bundesministeriums für Justiz
421 *Schmoller, Kurt*: Beweiskraft und Beweiswürdigung
435 *Roßmann, Sabine*: Beweisantrag und Rechtspraxis
444 *Schmittat, Susanne M.*: Psychologische Grundlagen der Beweisführung
453 *Dietrich, Otto*: Über Beweiskraft und Beweiswürdigung
455 *Haumer, Verena*: Der Rat, zu schweigen – Ein guter Verteidigerrat? Zur Frage der Zulässigkeit der negativen Würdigung von Schweigen eines Angeklagten im Strafverfahren
459 *Stanglechner, Hubert*: Beweiswürdigung im Strafprozess Richterliche Überzeugung und objektive Wahrscheinlichkeit
461 *Bartl, Peter*: Beweisantrag und Standesrecht
464 *Baier, Marina*: Effiziente Ausübung des Beweisantragsrechts und Verteidigungsstrategien
467 *Köllner, Rolf E.*: Anmerkungen zum Beweisrecht und seiner Entwicklung aus deutscher Verteidigersicht
470 *Todor-Kostic, Alexander*: Die Beweisantragspflicht im Spannungsverhältnis zur amtswegigen Wahrheitsforschung
- ÖSTERREICHISCHE BLÄTTER FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT**
- 5 **212** *Ullrich, Robert*: Die Markenschutzgesetznovelle 2017
220 *Bartos, Christoph und Andreas Renck*: Die Wiederverlautbarung der Unionsmarkenverordnung und die neuen Durchführungsbestimmungen
- ÖSTERREICHISCHE JURISTENZEITUNG**
- 17 **753** *Konecny, Andreas*: Entlohnung von Insolvenzverwaltern in Sonderfällen
760 *Hammerl, Jutta*: Das Einigungsverfahren
767 *Kleiser, Christoph*: Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zum Gewerberecht 2016
- 18 **801** *Thienel, Rudolf*: Rechtsprechung des EGMR 2016 (2)
809 *Kohlreiter, Maria Anna*: Gewerbsmäßige Begehung neu: Zur Auslegung des § 70 StGB idF des StRÄG 2015
815 *Atzl, Magdalena*: Effektive Strafverteidigung – Implementierung im Rahmen von Festnahme bzw erster Beschuldigtenvernehmung in der StPO
- 19 **849** *Lutschounig, Martin*: Medienöffentlichkeit im (Zivil-)Prozess – droht ein „gläserner“ Gerichtssaal?
856 *Zerbes, Ingeborg*: Tatort: Internet
- ÖSTERREICHISCHE RICHTERZEITUNG**
- 10 **197** *Haider, Christian*: Rechtsstaat in Gefahr?
199 *Reiter, Michael und Mia Wittmann-Tiwald*: Welser Erklärung – Art. I. Grundrechte
- ÖSTERREICHISCHE STEUERZEITUNG**
- 17 **431** *Brugger, Florian und Christoph Marchgraber*: Fehlerberichtigung gemäß § 4 Abs 2 Z 2 EStG und VwGH-Rechtsprechung zur Wiederaufnahme auf Antrag – Gesetzesänderung nötig?

- 437 *Bernwieser, Lukas*: Fragen zur Nichtfestsetzung im Zusammenhang mit Gegenleistungsanteilen – UmgrStR-Wartungserlass 2017
- 444 *Stöger-Frank, Angela*: Amtsrevisionen beim VwGH – Halbjahres-Update 2017
- 18 459 *Renner, Bernhard*: Zivilprozessführung wegen Fehlbehandlung für einen Unterhaltsberechtigten als außergewöhnliche Belastung
- 465 *Komarek, Ernst, Jürgen Reinhold und Berndt Zinnöcker*: Liquidationsbesteuerung bei fremdfinanzierten Zuschüssen und nicht abzugsfähigen Aufwendungen eines Gruppenmitglieds
- 471 *Knesl, Pavel*: Grunderwerbsteuerliche Befreiung des Rückerwerbs von Gesellschaftsanteilen beim vorangegangenen nicht steuerbaren Verkauf
- 475 *Chroustovsky, Stefanie und Matthias Petutschnig*: Was bringt die EU-Zinsschranke? – Eine Simulation der Umsetzung von Art 4 der EU-Anti-Tax-Avoidance-Directive in Österreich

ÖSTERREICHISCHE ZEITSCHRIFT FÜR KARTELLRECHT

- 4 127 *Knyazeva, Irina und Irina Bondarenko*: Experts in Arbitration Disputes on Antimonopoly Law Violation: Results and Opportunities
- 132 *Becka, Marcus*: 15 Jahre BWB – Weil es uns um Fairness geht!
- 135 *Gruber, Johannes Peter*: Das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 (Teil 1)
- 149 *Feldner, Judith*: § 9 Abs 4 KartG – Die praktische Bedeutung des neuen Schwellenwerts

RECHT DER MEDIZIN

- 5 164 *Huber, Christian*: (Wann) haftet der Gynäkologe für den Pathologen?
- 170 *Schumacher, Hubertus*: Sachverständiger und Richter: Sachverstand schlägt Rechtsverstand?
- 176 *D'Orlando, Daniel*: Die Abgrenzung der Gewerbeordnung zum Bäderhygienegesetz am Beispiel von Bädern an Oberflächengewässern
- 179 *Stärker, Lukas*: Neue AZ-Sonderregelung für Universitätskliniken iSd UG
- 181 *Preuschl, Mathias und Armin Windhager*: Zur Befreiung von der Mitgliedschaft zu den Wohlfahrtsfonds der Ärztekammern bei Versorgungsansprüchen aus anderen Versorgungswerken
- 5a 203 *Resch, Reinhard*: Zivil- und arbeitsrechtliche Konsequenzen bei Überschreitung des KA-AZG
- 212 *Wallner, Felix*: Grenzen der ärztlichen Behandlungspflicht
- 223 *Potacs, Michael*: Verfassungsrechtliche Grenzen der Einschränkung von Nebenbeschäftigungen von ÄrztInnen
- 232 *Kalb, Herbert*: Verteilungsgerechtigkeit in Zeiten zunehmender Ressourcenenge im Gesundheitssystem
- 241 *Mayrhofer, Michael*: Rückerstattung von Wahlarthonoraren verfassungsrechtlich geboten?
- 250 *Pabel, Katharina*: Verfassungsrechtlicher Schutz der ärztlichen Gesamtverträge

RECHT DER WIRTSCHAFT

- 9 603 *Mohr, Franz*: Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017
- 609 *Koppensteiner, Hans-Georg*: Wettbewerbsverbot herrschender Aktionäre?
- 614 *Kronthaler, Christoph*: Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzes
- 628 *Schrank, Franz*: Arbeitszeit: Angeordnetes Lenken bei Dienstreisen?
- 631 *Gerhartl, Andreas*: Unterschiedliche Entsendebegriffe und deren Konsequenzen
- 643 *Renner, Bernhard*: Mehraufwand für Nahrungsmittel bei Bulimie zwangsläufig
- 647 *Leyrer, Patrick und Katharina Luka*: (Mindest-)Kriterien für den Betriebsausgabenabzug für Fremdleistungen?
- 658 *Eversloh, Udo*: FG Köln: EuGH-Vorlage zur Missbrauchsvermeidungsvorschrift § 50d Abs 3 EStG

SACHVERSTÄNDIGE

- 3 122 *Schmidt, Alexander*: Elektronische Gutachtererstattung: „Online-Eingaben der Justiz“ das „neue DES“
- 123 *Schmidt, Alexander*: Datenschutz-Grundverordnung – Verhaltensregeln für Sachverständige?
- 130 *Perl, Harald*: Drei Jahre Erfahrung mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit
- 135 *Goger, Gerald und Wilhelm Reismann*: Sachverstand und Streitvermeidung
- 142 *Bauer, Christoph*: Der Sachverständige im Strafprozess
- 150 *Guggenbichler, Johann*: Verwendung von Gebraucht-, Nachbau- und Ident-Ersatzteilen im Kfz-Schadenersatz

STEUER- UND WIRTSCHAFTSKARTEI

- 27 1153 *Beiser, Reinhold*: Ein Online-Zugang als unselbstständige Nebenleistung für Print-Abonnenten
- 1161 *Leyrer, Patrick*: Obligatorische bzw dingliche Nutzungsrechte als Gegenleistung
- 1165 *Lampert, Wolfgang*: Ist die GmbH sinnvoll?
- 1171 *Heinlein, Klaus und Lukas Krenn*: Kein rückwirkendes Ausscheiden eines Gruppenmitgliedes bei errichtender Umwandlung

Zeitschriftenübersicht

- 1173 *Rombold, Maximilian*: Registrierkassen- und Belegerteilungspflicht als weitere Belastungen der Finanzstrafbehörden
 1176 *Siart, Rudolf*: Unterhaltsbemessung in der Praxis
 1180 *Baumüller, Josef*: Digitalisierung
 28 1186 *Jirousek, Heinz*: EuGH entscheidet im Schiedsverfahren zugunsten Österreichs
 1189 *Brugger, Walter*: Der Brexit vernichtet die Limited in Österreich
 1192 *Marschner, Ernst*: Erbschaft mit Kapitalvermögen
 1195 *Renner, Bernhard*: Toleranzfrist zur Aufgabe des Hauptwohnsitzes bei privater Grundstücksveräußerung
 1205 *Wundsam, Peter und Birgit Würth*: Privatstiftungen und latente Steuern
 1212 *Seitlinger, Sonja und Rudolf Grünbichler*: Wann liegt eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage vor?
 29 1222 *Tratlehner, Sebastian*: EuGH besiegelt das Ende der Zusammenschlussbefreiung
 1236 *Hirschler, Klaus, Gottfried Sulz, Christian Oberkleiner und Pavel Knesl*: VwGH zur Übertragung eines Gebäudes mittels Baurechts
 1242 *Beiser, Reinhold*: Einbringungen von Gebäuden ohne Grund und Boden
 1249 *Marschner, Ernst*: Investmentfonds in Buchhaltung und Steuererklärung

TAXLEX

- 9 260 *Gattringer, Christian und Jürgen Reinold*: Update: Hauptwohnsitzbefreiung gem § 30 Abs 2 EStG und die zu beachtenden Fristen
 263 *Kanduth-Kristen, Sabine*: Kleinunternehmerregelung ab 2017: Betreiben Vermieter mit Wohnsitz im Ausland ihr Unternehmen im Inland?
 268 *Fuhrmann, Karin und Gunther Lang*: VwGH: Abbrucharbeiten zählen zum Beginn der Errichtung eines Gebäudes
 270 *Steiger, Stefan*: Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz – was ändert sich bei der „Umqualifizierung“?
 274 *Pillmayer, Astrid*: Das Reichweitenverfahren – ein steuerlich zulässiges Abwertungsverfahren von Handelswarenvorräten?

WOHNRECHTLICHE BLÄTTER

- 9 257 *Pittl, Raimund und Christian Prader*: Der Eigentumsvorbehalt im Bauträgervertragsrecht
 263 *Prader, Christian*: Zur Aktivlegitimation, Globalabtretung und zu Bankgarantien im Lichte des § 16 BTVG
 271 *Knoll, Matthias und Marco Scharmer*: IWD – Angelegenheiten der Verwaltung von Wohnungseigentum – Wo liegen die Grenzen der rechtsfähigen Gemeinschaft?

ZEITSCHRIFT FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT

- 5 236 *Orator, Andreas*: Verfassungs- und unionsrechtliche Strukturvorgaben für die Mindestsicherung
 243 *Mazal, Wolfgang*: Die Problematik der erhöhten Ausgleichszulage
 247 *Beck, Ingeborg*: Invaliditätspension NEU

ZEITSCHRIFT FÜR FINANZMARKTRECHT

- 9 420 *Raschauer, Nicolas*: Geplante EBA- und ESMA-Leitlinien für Fit & Proper rechtswidrig?
 428 *Baier, Julia*: Whistleblowing als Trend im (europäischen) Kapitalmarktrecht
 433 *Ramharter, Martin*: Die Versicherungsfallddefinition nach dem Anspruchserhebungsprinzip in der Haftpflichtversicherung

ZEITSCHRIFT FÜR INSOLVENZRECHT UND KREDITSCHUTZ

- 4 122 *Malleg, Sophie*: Zur Vertretungsbefugnis im Insolvenzverfahren aufgrund einer vom Geschäftsführer erteilten Generalvollmacht
 125 *Nunner-Krautgasser, Bettina*: Zum nachträglichen Überbot im insolvenzrechtlichen Verwertungsverfahren
 129 *Schneider, Birgit*: Fehlende Vermögensverwertung und Nachtragsverteilung beim Zahlungsplan
 133 *Fraberger, Friedrich und Stefan Papst*: Atypisch stille Gesellschaft: Insolvenzzrechtliche Einordnung der Nachversteuerung eines negativen Kapitalkontos
 138 *Zotter, Otto*: Insolvenzstatistik 1. Halbjahr 2017 für Österreich

ZEITSCHRIFT FÜR VERBRAUCHERRECHT

- 5 152 *Oberhammer, Paul*: Wiederholungsgefahr im AGB-Recht und prätorischer Vergleich
 157 *Krauskopf, Beatrix und Luca Schicho*: Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie in Österreich
 162 *Safron, Johannes*: „Hochretournierer“ und Kontosperrungen im Onlinehandel
 165 *Schuster-Wolf, Christian*: Schlichtung von Passagierrechts- und Pauschalreisefällen: Eine Analyse bisheriger Erfahrungen

ZEITSCHRIFT FÜR VERGABERECHT UND BAUVERTRAGSRECHT

- 9 369 *Pachner, Franz*: Entwurf des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2017 (BVergGKonz 2017)
 371 *Killmann, Bernd-Roland*: Europäisches Eigenvergaberecht 2016

- 376 *Schramm, Johannes und Christian Graf*: Gekürzte Entscheidungsausfertigungen in der Vergabekontrolle versus transparenter Wissenstransfer
- 400 *Oppel, Albert*: Nachbarrechtliche Aspekte

ZEITSCHRIFT FÜR VERKEHRSRECHT

- 10 320 *Janezic, Joachim J.*: Luftfahrtrechtliche Entscheidungen aus den Jahren 2016 und 2017
- 325 *Huber, Stefan*: Interessenabwägung im LFG
- 329 *Raab, Markus*: AnwohnerInnenparkzonen vor dem Verfassungsgerichtshof
- 334 *Innerhofer, Bernhard, Maximilian Jörg, Marco Lettenbichler und Johannes Reheis*: Hoverboard – Self Balancing Motor Scooter
- 345 *Furian, Gerald und Klaus Robatsch*: Wahrnehmung von Risiken im Straßenverkehr

ZIVILRECHT AKTUELL

- 17 324 *Peissl, Lukas J.*: Verjährung von Mehrkostenforderungen
- 327 *Marzi, Leopold-Michael*: 10 Jahre „Juristischer Notfallkoffer“ im Allgemeinen Krankenhaus der Stadt Wien
- 18 344 *Wühl, Johannes*: § 1356 ABGB schlägt § 98 EheG?
- 347 *Gerhartl, Andreas*: Verletzung der Privatsphäre durch Videoüberwachung



Karl-Heinz Danzl zum 65. Geburtstag

2017. XIV, 756 Seiten.
Ln. EUR 154,-
ISBN 978-3-214-03302-6

Huber · Neumayr · Reisinger

Festschrift Karl-Heinz Danzl

Karl-Heinz Danzl hat die OGH-Rechtsprechung des Schadenersatzrechts viele Jahre lang geprägt, zuletzt als Senats-Präsident des für Verkehrsunfallrecht zuständigen 2. Senats und als Schriftleiter der „Zeitschrift für Verkehrsrecht – ZVR“. Autorinnen und Autoren aus dem deutschen Sprachraum würdigen in dieser Festschrift zur Vollendung seines 65. Lebensjahres dessen Wirken in 45 Beiträgen, u.a. zum Schadenersatzrecht, zum Medizinhaftungsrecht, zum Privatversicherungsrecht, zum Sozialversicherungsrecht und zum Verkehrsrecht.

Die Fülle der Beiträge spiegelt auch das Wirken Karl-Heinz Danzls wider – eine zivilrechtliche Fundgrube!

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



Risiken (er)kennen und begrenzen

2. Auflage 2017. XIV, 148 Seiten.
Br. EUR 36,-
ISBN 978-3-214-08768-5

Vavrovsky

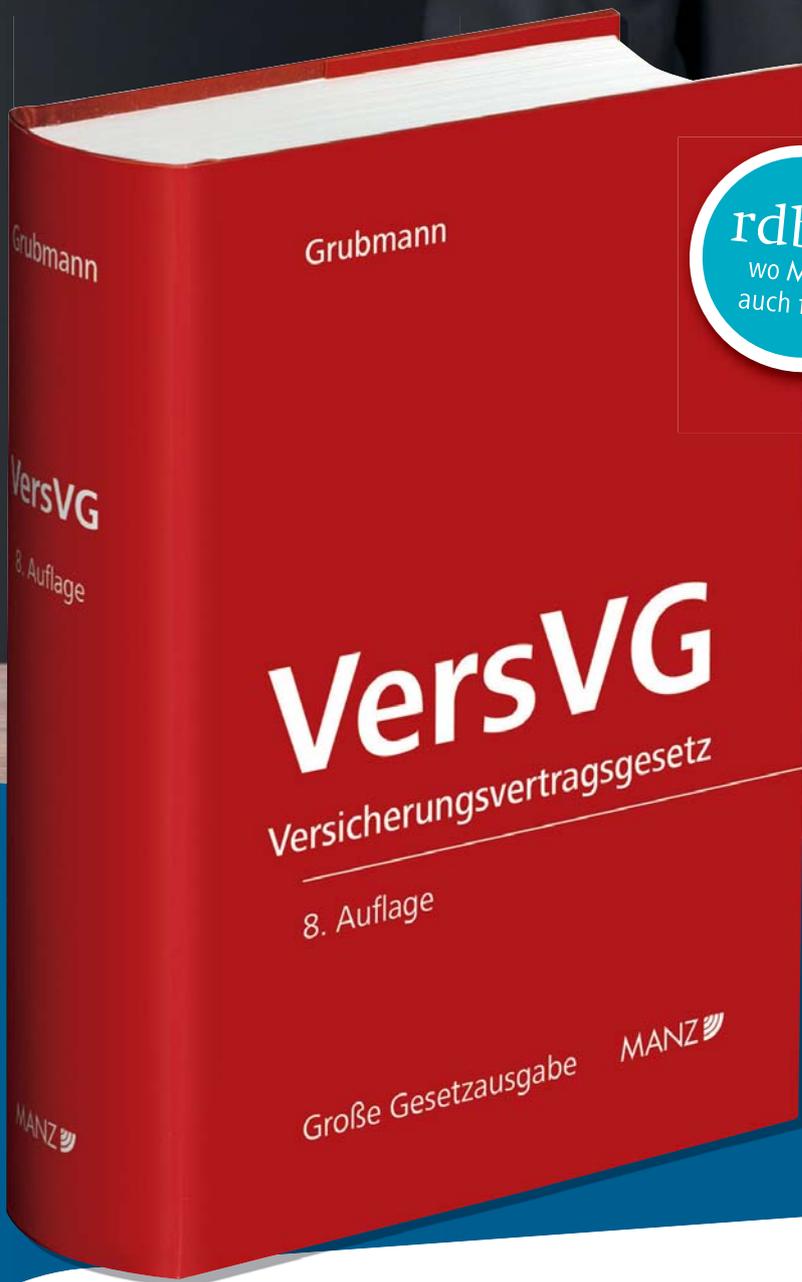
Der erfolgreiche Geschäftsführer 2. Auflage

Die Aufgaben und Risiken eines Geschäftsführers sind vielfältig. Die zweite Auflage des **kompakten Praxishandbuchs** gibt Geschäftsführern sowie deren Mitarbeitern und Beratern in verständlicher Sprache einen raschen Überblick über die Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers, über Haftungsfragen, verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit, den Krisenfall Insolvenz, Vertragsrecht und vieles mehr. Das besonders lesefreundliche Layout mit wertvollen Tipps und mustergültigen Lösungen führt zielsicher durch alle relevanten Rechtsbereiche. **19 Checklisten** zu den zentralen Fragestellungen bieten allen Lesern eine optimale Hilfestellung für die tägliche Anwendungspraxis.

Die zweite Auflage berücksichtigt die aktuelle Gesetzeslage und wartet mit einem deutlich erweiterten Teil zur **Geschäftsführerhaftung** auf.

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



8. Auflage 2017.
XXII, 1290 Seiten. Geb. EUR 238,-
ISBN 978-3-214-01286-1

Mehr als 1.500 neue Leitsätze

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 

Meine Kanzlei immer dabei.

RDB
Office-Paket
für PC & MAC!

Das RDB Office-Paket.

Die einfache Online-Lösung für kleine Anwaltskanzleien.

Recherche in der RDB
Online-Kanzleiverwaltung inklusive webERV
Zugang zu Firmenbuch, Grundbuch und vieles mehr

Jetzt bestellen: +43 1 531 61 655 | rdb.at/office

rdb.at /
wo MANZ findet



742 Disziplinarrecht

Treuhandabwicklung in eigener Sache; Zeitpunkt der Meldepflicht der Übernahme einer Treuhandenschaft

743 Gebühren- und Steuerrecht

Kein Vorsteuerabzug für Dachsanierung bei Errichtung einer Photovoltaik-Anlage



MICHAEL BURESCH
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2017/157

Treuhandabwicklung in eigener Sache; Zeitpunkt der Meldepflicht der Übernahme einer Treuhanderschaft

DISZIPLINARRECHT

§§ 9, 10a RAO; Statut der Treuhandrevision der Steiermärkischen Rechtsanwälte

Die Übernahme einer Treuhanderschaft in eigener Sache durch einen Rechtsanwalt stellt eine verbotene Form der Doppelvertretung dar.

Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Verbot der Übernahme einer Treuhanderschaft in eigener Sache.

Die Übernahme der Treuhanderschaft ist der Treuhandinrichtung erst vor der ersten Verfügung über den Treuhanderlag zu melden.

OGH 3. 8. 2017, 24 Os 7/16h

Sachverhalt:

Der Beschuldigte wurde vom Disziplinarrat zu einer Zusatzdisziplinarstrafe in Form einer Geldbuße von € 500,- verurteilt, weil er,

1./ obwohl er persönlich Partei eines Liegenschaftskaufvertrags war, in diesem Zusammenhang eine Rechtsanwaltsgesellschaft, deren unbeschränkt haftender Gesellschafter er war, als Treuhänderin mit diversen Treuhandaufträgen beauftragt hatte, und

2./ als persönlich haftender Gesellschafter dieser Rechtsanwaltsgesellschaft diese übernommene Treuhanderschaft nicht der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer gemeldet hatte.

Der OGH bestätigte das verurteilende Erkenntnis in Pkt 1./, sah jedoch von der Verhängung einer Zusatzstrafe ab und sprach den Beschuldigten hinsichtlich Pkt 2./ frei.

Aus den Entscheidungsgründen:

Soweit die Rechtsrüge (Z 9 lit a) zu 1./ eine Gesetzeswidrigkeit von Pkt IV./A./2./ des Statuts der Treuhandrevision der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer idF BRÄG 2010 – wonach eine Treuhanderschaft in eigener Sache nicht übernommen werden kann – mit der Begründung reklamiert, dass dieser über die Verordnungsermächtigung nach § 27 Abs 1 lit g RAO hinausgehe und einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht der Freiheit der Erwerbstätigkeit bedeute, vernachlässigt sie den Anfechtungsrahmen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes (RIS-Justiz RS0099654; RS0053859). Zur intendierten Antragstellung, der OGH möge beim VfGH die Aufhebung der genannten Norm wegen Gesetzeswidrigkeit (Art 139 B-VG) begehren, ist der Bw nicht legitimiert (vgl RIS-Justiz RS0058452).

Im Übrigen hat der OGH gegen deren Anwendung keine Bedenken idS Art 89 Abs 2 B-VG, die ihn zur Antragstellung beim VfGH veranlassen würden, weil die Treuhanderschaft als solche eine (ausnahmsweise zulässige) Form der Doppelvertretung (*Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁸ § 10 RAO

Rz 12 mwN) darstellt, hinsichtlich welcher schon deren allgemeines Verbot (§ 10 Abs 1 RAO; § 12a RL-BA) weder unverhältnismäßig ist noch das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Eigentum oder jenes auf Freiheit der Erwerbstätigkeit verletzt, zumal es nicht grundsätzlich die Tätigkeit als Rechtsanwalt ausschließt, sondern nur Fallkonstellationen festlegt, in denen ein Tätigwerden unzulässig ist (VfGH 14. 6. 2010, B 1050/09). Da eine Doppelvertretung nach bürgerlichem Recht aber jedenfalls dann unstatthaft ist, wenn zumindest der Anschein (vgl RIS-Justiz RS0055403 [T 2]) einer Interessenkollision besteht (vgl *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht⁸ § 10 RAO Rz 4), ist in der kritisierten Bestimmung weder eine inhaltlich über die RAO hinausgehende noch den maßgeblichen verfassungsrechtlichen Normen zuwiderlaufende – und damit gesetzwidrige (*Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 139 II.1.) – Verpflichtung des Rechtsanwalts zu sehen.

Zutreffend zeigt die Rechtsrüge zu 2./ jedoch auf, dass – ausgehend von den getroffenen Feststellungen, wonach vorliegend weder ein Treuhandkonto eröffnet noch Treuhandaufträge erteilt wurden (ES 3) – ein Verstoß gegen § 10a Abs 2 RAO und Pkt IV./B./1./ des Statuts der Treuhandrevision der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer idF BRÄG 2010 nicht vorlag, weil gem § 10a Abs 4 RAO die Verpflichtung zur Meldung einer Treuhanderschaft an die Treuhandinrichtung der Rechtsanwaltskammer erst vor der ersten Verfügung über den Treuhanderlag bestand, sodass der bloße Abschluss einer Treuhandvereinbarung die Meldepflicht (noch) nicht auslöste.

In teilweiser Stattgebung der Berufung war daher das angefochtene Erkenntnis im Schuldspruch zu 2./ sowie im Strafausspruch aufzuheben und der Beschuldigte vom betreffenden Vorwurf freizusprechen.

Insbesondere mit Blick auf die nicht vom Beschuldigten zu verantwortende lange Verfahrensdauer (vgl § 34 Abs 2 StGB) konnte unter Bedachtnahme auf das im Spruch genannte Erkenntnis des Disziplinarrats der Steiermärkischen

Rechtsanwaltskammer von der Verhängung einer zusätzlichen Disziplinarstrafe (RIS-Justiz RS0054840) abgesehen werden, weil bei gemeinsamer Aburteilung keine höhere Strafe als die bereits im früheren Erkenntnis ausgesprochene (€ 2.000,- Geldbuße) zu verhängen gewesen wäre.

Anmerkung:

Dass das Verbot der Übernahme einer Treuhandschaft in eigener Sache nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beurteilen ist, hatte der OGH erst vor kurzem judiziert (OGH 14. 6. 2017, 26 Os 11/16m AnwBl 2017/101, 614). Auch im vorliegenden Fall, in welchem ein Kollege einen von ihm beabsichtigten Liegenschafts Kauf treuhändig durch eine Rechtsanwalts-gesellschaft, deren unbeschränkt haftender Gesellschafter er war, abwickeln lassen wollte, hat der OGH diese Judikaturlinie bestätigt und ausgesprochen, dass auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht keine Bedenken gegen das im Statut der Treuhandschaft der Steiermärkischen Rechtsanwälte enthaltene Verbot der Übernahme einer Treuhandschaft in eigener Sache besteht, weil dieses Verbot Ausfluss des generellen gesetzlichen Verbots der Doppelvertretung bei Gefahr einer Interessenkollision ist.

Der Freispruch zum zweiten Faktum (die übernommene Treuhandschaft nicht der Rechtsanwaltskammer gemeldet zu haben) erklärt sich dadurch, dass es offenbar nicht zur „Abwicklung“ des Kaufvertrags kam und nicht einmal ein Treuhandkonto eröffnet wurde. Zu Recht begründet der OGH den Freispruch damit, dass der Rechtsanwalt nach § 10a Abs 4 RAO die Übernahme der Treuhandschaft erst „vor der ersten Verfügung über den Treuhand-erlag“ zu melden hat. Zwar sieht Pkt IV./B./1. („Meldepflicht“) des Statuts der Treuhandschaft der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer vor, dass „jede vertraglich übernommene Treuhandschaft [. . .] zu melden ist“. Daraus könnte man ableiten, dass die Meldepflicht schon bei der Übernahme der Treuhandschaft und nicht erst vor der ersten Verfügung über den Treuhand-erlag (§ 10a Abs 4 RAO) entsteht. Der OGH hat das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen aber so interpretiert, dass das Statut keinen bestimmten Zeitpunkt der Meldepflicht regelt, sondern diesbezüglich § 10a Abs 4 RAO maßgeblich ist.

MICHAEL BURESCH

Kein Vorsteuerabzug für Dachsanierung bei Errichtung einer Photovoltaik-Anlage

GEBÜHREN- UND STEUERRECHT

§ 12 Abs 1 Z 1 UStG 1994

Den Ausgangsumsätzen (Elektrizitätslieferungen) im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit der Erzeugung und Einspeisung von elektrischem Strom mittels einer PV-Anlage sind ausschließlich jene Eingangsumsätze zuzurechnen, die sich auf die PV-Anlage selbst (Solarzellenpaneele samt Montage) beziehen. Aufwendungen zur Errichtung eines Dachs (oder auch des Hauses) sind nicht dieser unternehmerischen Tätigkeit zuzurechnen.

VwGH 1. 6. 2017, Ro 2016/15/0027

Sachverhalt:

Der AbgPfl betreibt einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb, für welchen umsatzsteuerlich die Pauschalierung nach § 22 UStG 1994 in Anspruch genommen wird. In der Umsatzsteuervoranmeldung für das 2. Quartal 2013 machte er Vorsteuern aus der Anschaffung einer Photovoltaik-Anlage (PV-Anlage) inklusive Montageschienen, der Inbetriebnahme durch den Energieversorger und einer zuvor erfolgten Dachsanierung geltend. Das Finanzamt berücksichtigte davon in seinem Bescheid Vorsteuern aus zwei Rechnungen nicht, weil diese auf die Dachsanierung bzw. Dacherneuerung entfielen.

Mit dem angef. Erk. änderte das BFG den Umsatzsteuerbescheid ab und berücksichtigte diese teilweise. Begründend führte es aus, im Rahmen der Dachsanierung sei eine Dachfläche von insgesamt 907,72 m² entstanden. Von dieser Gesamtfläche seien 26,5% von der PV-Anlage bedeckt und 73,5% allein dem landwirtschaftlichen Betrieb zuzurechnen. Jener Flächenanteil, auf dem sich die PV-Anlage befindet, diene gleichzeitig dem landwirtschaftlichen Betrieb als Dach und dem Gewerbebetrieb der PV-Anlage als „Unterbau“. Dabei sei von einer Nutzung zu je 50% auszugehen. Dieser Anteil ergebe sich aus der gleichzeitigen Doppelnutzung der beiden Betriebsteile. Zum einen sei die PV-Anlage



FRANZ PHILIPP
SUTTER

Der Autor ist Richter des
Verwaltungsgerichtshofes.

2017/158

dauerhaft auf dem Dach montiert. Zum anderen diene das Dach im Bereich der PV-Anlage ohne zeitliche Einschränkung auch dem landwirtschaftlichen Betrieb. Ausgehend davon ergebe sich insgesamt, dass 13,25% der Dachfläche für die PV-Anlage verwendet werde.

Dagegen erhob das FA Amtsrevision.

Spruch:

Der Revision wird Folge gegeben und das angef. Erk abgeändert.

Aus den Gründen:

Nach stRsp des EuGH zum Vorsteuerabzug nach Art 17 der Sechsten Richtlinie des Rates (77/388/EWG) bzw Art 168 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates muss grundsätzlich ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen einem bestimmten Eingangsumsatz und einem oder mehreren Ausgangsumsätzen, die das Recht auf Vorsteuerabzug eröffnen, bestehen, damit der Steuerpflichtige zum Vorsteuerabzug berechtigt ist und der Umfang dieses Rechts bestimmt werden kann [. . .]

Führt ein Unternehmer neben einem der Regelbesteuerung unterliegenden gewerblichen Betrieb einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb, für den er die Pauschalierungsregelung des § 22 UStG 1994 in Anspruch nimmt, hat er die von ihm bezogenen Eingangsleistungen ganz oder teilweise einem der beiden Unternehmensteile zuzuordnen und damit die Vorsteuerbeträge in die nach § 12 Abs 1 Z 1 UStG 1994 abziehbaren und in die bereits im Rahmen der Vorsteuerpauschalierung berücksichtigten aufzuteilen. Es ist dabei darauf abzustellen, ob der Unternehmer die bezogenen Eingangsleistungen für der Durchschnittssatzbesteuerung nach § 22 UStG 1994 oder der Regelbesteuerung unterliegende Umsätze verwendet. Eingangsleistungen, die ausschließlich für (nach Durchschnittssätzen besteuerte) land- und forstwirtschaftliche Umsätze verwendet werden, sind demnach zur Gänze vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen. Eingangsleistungen, die ausschließlich für die übrigen Umsätze (hier also die Umsätze aus der PV-Anlage) verwendet werden, sind voll abziehbar. Vorsteuern aus Eingangsleistungen, die sowohl für land- und forstwirtschaftliche als auch für die übrigen Umsätze verwendet werden, sind aufzuteilen.

In der Rs C-219/12, *Thomas Fuchs*, führte der EuGH in seinem Urteil v 20. 6. 2013 aus, die in Rede stehende Tätigkeit bestehe im Betrieb einer PV-Anlage. Eine solche Tätigkeit falle unter den Begriff „wirtschaftliche Tätigkeiten“, wenn sie zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen ausgeübt werde (Rz 18). Der in Rede stehende Gegenstand, nämlich die netzgeführte PV-Anlage auf oder neben einem Wohnhaus könne seiner Art nach sowohl zu wirtschaftlichen als auch zu privaten Zwecken genutzt werden (Rz 22). Da die in Rede stehende Anlage auf dem Dach des Wohnhauses ihres Betreibers Strom erzeuge, der gegen Entgelt in das Netz eingespeist werde, sei festzustellen, dass der Betrieb dieser Anlage zur Erzielung von Einnahmen er-

folge (Rz 26). Die in Rede stehende Anlage werde ausschließlich für die Zwecke besteuerten Umsätze benutzt (Rz 34). Nach der Logik des durch die Sechste Richtlinie eingeführten Systems könnten die Steuern, mit denen auf der Vorstufe die Gegenstände oder Dienstleistungen belastet gewesen seien, die ein Steuerpflichtiger für die Zwecke seiner besteuerten Umsätze verwendet, abgezogen werden. Der Vorsteuerabzug sei an die Erhebung der Steuern auf der folgenden Stufe geknüpft (Rz 36). Zum Vorsteuerabzug führte die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen v 7. 3. 2013 weiters aus, bei der wirtschaftlichen Tätigkeit der Elektrizitätslieferung seien Solarzellenpaneele als Investitionsgüter iS der Sechsten Richtlinie anzusehen (Rz 34).

Aus diesen Ausführungen, die sich darauf bezogen, dass eine PV-Anlage am Dach eines Wohnhauses errichtet und betrieben wurde, ist abzuleiten, dass den Ausgangsumsätzen (Elektrizitätslieferungen) im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit der Erzeugung und Einspeisung von elektrischem Strom mittels einer PV-Anlage ausschließlich jene Eingangsumsätze zuzurechnen sind, die sich auf die PV-Anlage selbst (Solarzellenpaneele samt Montage) beziehen. Aufwendungen zur Errichtung eines Dachs (oder auch des Hauses) sind nicht dieser unternehmerischen Tätigkeit zuzurechnen.

Anmerkung:

1. Mit Vorabentscheidungsersuchen v 29. 3. 2012, 2009/15/0143, hat der VwGH an den EuGH die Frage gerichtet, ob der Betrieb einer PV-Anlage auf dem Dach eines sonst privat benutzten Hauses eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, auch wenn die Menge des erzeugten (und entgeltlich an das Netz gelieferten) Stroms die durch den Anlagenbetreiber insgesamt privat verbrauchte Strommenge unterschreitet. Dies hat der EuGH in seinem Urteil v 20. 6. 2013, C-219/12, *Thomas Fuchs*, bejaht, weshalb von einer eigenständigen **unternehmerischen Tätigkeit des PV-Anlagenbetreibers** auszugehen ist (VwGH 25. 7. 2013, 2013/15/0201).

2. Das vorliegende Erk widmet sich nun bereits den **Folgefällen** aus dieser Rsp, nämlich dem Kreis der der PV-Anlage zuordenbaren Aufwendungen. Im Revisionsfall stellte sich dabei die Frage nach einer möglichen Aufteilung der **Vorsteuern aus der (Neu-)Errichtung eines Dachs über einer Rinderstallung**, welches für eine pauschalierte Landwirtschaft (ohne gesonderten Vorsteuerabzug) und eine regelbesteuerte PV-Anlage (mit gesondertem Vorsteuerabzug) verwendet wurde, wobei der AbgPfl behauptete, dass das alte Dach für Zwecke der Landwirtschaft noch gereicht hätte. Das BFG gewährte daraufhin einen 50%-Abzug für die von der PV-Anlage benutzte Dachfläche aufgrund insoweit erfolgter Mischverwendung des Dachs.

3. Der VwGH hat die Dachsanierung allerdings bereits außerhalb eines Verwendungszusammenhangs zur PV-Anlage gesehen und sich dabei auf implizite Aussagen in

der Rs *Thomas Fuchs* gestützt. Die bloße Verortung der Solaranlage auf dem Dach macht dieses nach Ansicht des VwGH nicht zum Teil der PV-Anlage, wie im Übrigen auch ein Warenautomat an der Hauswand eines Gebäudes nicht das ganze Gebäude zum Teil des Warenautomaten machen würde. Zur PV-Anlage zählt der VwGH im Erk vielmehr **lediglich Solarzellenpaneele samt Montage**, womit sich schwierige Fragen nach Zuordnung und allf Aufteilungsschlüssel (Flächenschlüssel, gewichteter Flächenschlüssel mit Bezug zum gesamten Gebäude, Umsatzschlüssel) ab ovo nicht stellen.

4. Der VwGH hat damit allerdings eine **engere Abgrenzung als der BFH** in Deutschland gewählt. Dieser geht im Zweifel von einer Aufteilung nach fiktiven Mieterlösen aus. Gegenüberzustellen sei dabei – sofern es an einer unternehmerischen Nutzung des Gebäudes fehlt – der fiktive Vermietungsumsatz des Gebäudes dem **fiktiven Vermietungsumsatz hinsichtlich der Dachfläche**, der sich ergäbe, wenn die Dachfläche an einen Dritten zum Betrieb einer PV-Anlage vermietet worden wäre (vgl zB

BFH 14. 3. 2012, XI R 26/11 Rz 40; 19. 7. 2011, XI R 29/09 Rz 51). Freilich setzt dieser (nicht unkomplizierte und sehr annahmenbasierte) Ansatz voraus, dass es überhaupt einen „Dachflächen-Fremdvermietungsmarkt“ gibt, auf dem Grundstückseigentümer die Dachfläche ihres Gebäudes zum Betrieb einer PV-Anlage an einen Dritten vermieten können. Derartige Feststellungen für Österreich enthielt das Erk des BFG nicht. Im Übrigen meint auch der BFH, dass durch eine schlichte Aufteilung der Dachflächenreparaturaufwendungen nach dem Verhältnis der Nutzflächen – wie sie letztlich auch das BFG im angefochtenen Erk vorgenommen hat – sich nicht „objektiv widerspiegeln“ lasse, welcher Teil der Eingangsaufwendungen welchem Bereich wirtschaftlich zuzurechnen sei (vgl zB BFH 14. 3. 2012, XI R 26/11 Rz 36; 19. 7. 2011, XI R 29/09 Rz 47f).

FRANZ PHILIPP SUTTER



Schützen Sie Ihre Ideen, Marken, Muster und Kreationen!

2017. 236 Seiten.
Br. EUR 48,-
ISBN 978-3-214-01256-4

Kucsko

Geistiges Eigentum

Ein neuer origineller Zugang in die faszinierende Welt des Geistigen Eigentums: Praxisnah, mit **vielen Beispielen und Tipps** führt der erfahrene IP-Rechtler Guido Kucsko unterhaltsam und kompetent zu einem Überblick im

- Markenrecht
- Musterrecht
- Patentrecht
- Urheberrecht.

Strategische Ratschläge begleiten von der Kreation einer Idee, über deren Geheimhaltung bis zur Erlangung und Durchsetzung von Schutzrechten. Zahlreiche Fundstellen ermöglichen eine Vertiefung in die Materie.

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

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 Rechtsanwälte Mag. *Wolfgang Reiffenstuhel* & Mag. *Günther Reiffenstuhel*, 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 Rechtsmittel** 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

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

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, 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, Loquaipplatz 13/19, 1060 Wien, 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

Übernahme **Substitutionen** in Wien und Umgebung in Zivil- und Strafsachen als auch gänzliche Übernahme von Verfahrenshilfe in Strafsachen. RA Mag. *Georg Thalhammer*, 1010 Wien, Mölker Bastei 10/5, Tel (01) 512 04 13, Fax (01) 533 74 55, E office@thalhammer.com

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, 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

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

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

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

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; www.kmp3g.de

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: segretaria@euroius.it, Internet: www.euroius.it

Italien: RA Dr. iur. *Otto Mahlknecht*, Bahnhofsallee 7, I-39100 Bozen, steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen gerne zur Verfügung. Kontakt: Telefon +39 (0471) 05 18 82, Telefax +39 (0471) 05 18 81, E-Mail: otto.mahlknecht@ital-recht.com, **www.ital-recht.com**

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

Schweiz: Rechtsanwalt Mag. Ernst Michael Lang, Goethestraße 1, A-6845 Hohenems, niedergelassener EU/EFTA-RA in der Schweiz, Zinggenstrasse 3, CH-9443 Widnau, steht für Mandatsübernahmen Fiskalvertretungen, Geschäftsführungen und Firmengründungen zur Verfügung. Telefon Hohenems: +43 (0) 5576/755 05, E-Mail: kanzlei@ra-lang.at, www.ra-lang.at
Telefon Schweiz: +41 (0) 71/ 535 97 04, E-Mail: anwalt@ra-lang.ch, www.ra-lang.ch

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

Regiepartnerschaft – Räumlichkeiten zur Mitbenutzung für dritten RA, 1080 Wien, Laudongasse 25: repräsentatives Zimmer, Besprechungsraum, Bibliothek vorhanden, neu renovierter Altbau; Platz für Sekretärin, Kontakt: RA Mag. Stefan Faulhaber (anwalt@faulhaber.at); 0660 214 60 36; 406 11 60

STEIERMARK

Die Mag. Günter Novak-Kaiser Rechtsanwalt GmbH sucht zur Verstärkung ihres Teams in der westlichen Obersteiermark Regie-PartnerInnen. Dieses Angebot richtet sich auch an Wiedereinsteigerinnen nach der Geburt eines Kindes. Die Höhe des Regiebeitrages berechnet sich nach dem Ausmaß der Bereithaltung und Inanspruchnahme der Infrastruktur. www.novak-kaiser.at

IMMOBILIEN

WIEN

Sprungbrett für JungAnwältInnen Kanzleiräumlichkeiten ab monatlich € 277,-, auf Dauer in Bestand zu geben. Standort 1230 Wien. Sanierter, chin. Kleingarten, in gutem Zustand befindlicher Neubau. Klientenstamm vorhanden, kann übernommen werden. **Tel. 0676 520 39 75**

Ruhige, aufwendig sanierte Altbaukanzleiräume im Botschaftsviertel (2 Gehminuten von U-Bahnstation Stadtpark) mit je ca. 25 m² und separatem Eingang zu vermieten. Anbindung an die Kanzleinfrastruktur (Konferenzzimmer, Küche, Empfang, Drucker, Sekretariatsplatz, Lager, etc) möglich. Anfragen werden vertraulich behandelt. Unter **Chiffre A-100885** an den Verlag.

LINZ

Wegen Emeritierung Linzer Anwaltskanzlei in zentraler Lage in Miete, 105 m² neben Mobiliar und Geräten sowie diversen juristischen Zeitschriften gegen Ablöse im März/April 2018 abzugeben. Zuschriften an den Verlag unter **Chiffre A-100886**

Indexzahlen

Indexzahlen 2017:	September	Oktober
Berechnet von Statistik Austria		
Index der Verbraucherpreise 2015 (Ø 2015 = 100)	103,6*	103,7*
Großhandelsindex 2015 (Ø 2015 = 100)	103,0*	103,4*
Verkettete Vergleichsziffern		
Index der Verbraucherpreise 2010 (Ø 2010 = 100)	114,7*	114,8*
Index der Verbraucherpreise 2005 (Ø 2005 = 100)	125,6*	125,7*
Index der Verbraucherpreise 2000 (Ø 2000 = 100)	138,8*	139,0*
Index der Verbraucherpreise 96 (Ø 1996 = 100)	146,1*	146,2*
Index der Verbraucherpreise 86 (Ø 1986 = 100)	191,0*	191,2*
Index der Verbraucherpreise 76 (Ø 1976 = 100)	296,9*	297,2*
Index der Verbraucherpreise 66 (Ø 1966 = 100)	521,1*	521,6*
Verbraucherpreisindex I (Ø 1958 = 100)	664,0*	664,6*
Verbraucherpreisindex II (Ø 1958 = 100)	666,1*	666,8*
Lebenshaltungskostenindex (April 1945 = 100)	5834,0*	5839,7*
Kleinhandelsindex (März 1938 = 100)	5028,0*	5032,9*
Großhandelsindex (Ø 2010 = 100)	106,7*	107,1*
Großhandelsindex (Ø 2005 = 100)	118,2*	118,7*
Großhandelsindex (Ø 2000 = 100)	130,2*	130,7*
Großhandelsindex (Ø 1996 = 100)	134,1*	134,6*
Großhandelsindex (Ø 1986 = 100)	139,9*	140,4*
Großhandelsindex (Ø 1976 = 100)	186,2*	186,9*
Großhandelsindex (Ø 1964 = 100)	310,0*	311,2*
Großhandelsindex (März 1938 = 100) ohne MWSt	3024,1*	3035,8*

*) 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 Ständerecht der Rechtsanwaltschaft, zugleich Organ des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages und der österreichischen Rechtsanwaltskammern. **Zitiervorschlag:** AnwBl 2017/Nummer; AnwBl 2017, 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 2017 (79. Jahrgang) beträgt € 299,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 32,60. 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/baona; Aufmacher Service: istockphoto/Bim; Aufmacher Rechtsprechung: istockphoto/tomloel; Editorial Rupert Wolff: Julia Hammerle; Foto Umschlag: Mike Ranz; Foto Martin Nemeč: Georg Wilke; Foto Alexander Kern: Georg Wilke; Foto Adrian Eugen Holländer: Werner Himmelbauer; Foto Michael Buresch: privat; 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**

SPEZIALTAGUNG AKTUELLES ZUR SOZIALVERSICHERUNG DER SELBSTÄNDIGEN – STEUERLICHE GESICHTSPUNKTE

Perfekt zugeschnitten auf die Beratungspraxis

Themen:

- Einleitung/Grundsätze zum SV-ZG (Rechtssicherheit für Selbständige)
- Aktuelles zum Dauerbrenner: wer ist Selbständiger (§ 2 GSVG)?
- Aktuelles aus der VwGH-Judikatur – welche selbständigen Erwerbsformen wurden zu Dienstverhältnissen?
- Warum muss ich so viele Sozialversicherungsbeiträge zahlen? Aktuelles zum GSVG-Beitragsrecht
- Die Qual der Wahl: die Optionen in der GSVG-Krankenversicherung für Freiberufler

Freitag, 20. April 2018

Arcotel Kaiserwasser
Wagramer Straße 8, 1220 Wien
9.00–17.00 Uhr



© privat

Tagungsleitung:

Dr. **Thomas Neumann**, BDO Austria GmbH

Jetzt anmelden!

www.manz.at/rechtsakademie

INTENSIVTAGUNG ARBEITNEHMER-DATEN- SCHUTZ UND MITARBEITERKONTROLLE

Arbeitsrecht und Datenschutz: Was ist erlaubt – und was verboten?

Themen:

- Die neue EU Datenschutz-Grundverordnung
- Informations- und Mitwirkungsrechte der Belegschaft
- Aktuelle Rechtsprechung
- Speicherung von Bewerber- und Mitarbeiterdaten
- Gesetzmäßige Mitarbeiterkontrolle
- Digitale Kontrollarten und Whistleblowing

Donnerstag, 15. März 2018

Arcotel Kaiserwasser
Wagramer Straße 8, 1220 Wien
9.00–17.00 Uhr



© Privat



© Mike Reinz

Tagungsleitung und Vortragende:

Dr. **Josef Grünanger**,
Geschäftsleitung Rudolf Großfurtner GmbH

RA Dr. **Jens Winter**,
Partner bei CMS Reich-Rohrwig Hainz GmbH

Jetzt anmelden!

www.manz.at/rechtsakademie

Haben Sie schon das richtige Weihnachtsgeschenk für Ihre Kanzlei?

Unsere neuen Module:

Volltextsuche

NEU!

- Blitzschnell wichtige Informationen finden. In ERV-Schriftsätzen, Emails, Office- und PDF-Dokumenten.
- Umfangreiche Suchkriterien nutzen. Dokumenttyp, Empfänger, Absender, Datum, Akt, Inhalt / Volltext, ...
- Finden von Dokumenten ohne vorherige Texterkennung (OCR). Etwa in alten Dateien oder in gescannten Akten.

Telefon-Assistent

NEU!

- Aus dem Akt wählen und automatisch Leistung erfassen. Samt Gesprächszeit und angefallenen Gebühren.
- Anrufer automatisch erkennen, passende Akten schnell öffnen, einfach Rückrufe erfassen.
- Zentrales Protokoll der Telefonate in Ihrer Kanzlei. Eingehende, ausgehende und versäumte Anrufe im Überblick.

DANKE allen Kunden, Geschäftspartnern und Freunden für das Vertrauen und die gute Zusammenarbeit.
Fröhliche Weihnacht und ein erfolgreiches Jahr 2018!

ADVOKAT

www.advokat.at

Stabile Software. Verlässlicher Partner.