

ÖSTERREICHISCHES

Anwalts blatt

195 SCHWERPUNKT

Strafrechtskommission –
STRAKO 2018

Die anwaltliche Perspektive
zur Umsetzung der EU-RL
„Prozesskostenhilfe“

Verschärfung der Strafenpraxis:
Sind neue Tatbestände und
höhere Strafen notwendig?

Geldwäscherei neu – ein
Vorschlag zur Neufassung des
Straftatbestands unter Berücksichtigung
europäischer und
internationaler Vorgaben und
österreichischer Judikatur

Wie zeitgemäß ist das Sucht-
mittelstrafrecht?

Bemerkenswertes aus der
Judikatur des OGH in Straf-
sachen seit 2016

Nachrichtendienstliche
Tätigkeit und Strafprozess –
Problemstellungen und
Reformperspektiven

194 PORTRAIT DES MONATS

Mag. Christian Ragger –
Ein Leben auf Achse

242 IM GESPRÄCH

Univ.-Prof. Dr. Murko –
Änderungen im Berufsrecht

25. ÖBI Seminar 2019

Die aktuelle Rechtsentwicklung im

- Lauterkeitsrecht
- Markenrecht
- Musterrecht
- Patentrecht
- Urheberrecht
- Wettbewerbsrecht

Freitag, 17. Mai 2019, 9.00 bis 18.30 Uhr
Wirtschaftskammer Österreich,
Rudolf-Sallinger-Saal
Wiedner Hauptstraße 63, 1045 Wien

Jetzt anmelden!

www.manz.at/rechtsakademie

Jahrestagung

DATENSCHUTZRECHT

2019

1 Jahr DSGVO – erste Judikate, erste Lehren

Dienstag, 21. Mai 2019, 09.00 bis 16.30 Uhr
Courtyard Marriott Wien, Prater/Messe,
Trabrennstraße 4, 1020 Wien

Jetzt anmelden!

www.manz.at/rechtsakademie

Post an den Gesetzgeber

Am 23. und 24. 11. 2018 fand in Wien in den Räumlichkeiten des ÖRAK die **12. Sitzung der Strafrechtskommission (STRAKO)** statt. Das Programm der einhalbtägigen Tagung waren aktuelle legistische Vorhaben mit EU-Bezug, die geplante gesetzliche Verschärfung der Strafenpraxis, der Entwurf eines Gesetzesvorschlages Geldwäscherei, Reformbedarf im Suchtmittelstrafrecht, bemerkenswerte Judikatur des OGH in Strafsachen seit 2016 und strafprozessuale Problemstellungen bei nachrichtendienstlicher Tätigkeit.

Das vorliegende Heft dokumentiert die in den Arbeits-sitzungen gehaltenen Referate. Die Vorträge waren Grundlage und Anstoß der dazu gepflogenen fruchtbaren Diskussionen, die den Vortragenden auch als Feedback für diese Veröffentlichung dienten. Dergestalt soll allen anwaltlichen Kolleginnen und Kollegen und darüber hinaus der interessierten Fachöffentlichkeit die 12. Sitzung der STRAKO des ÖRAK zugänglich gemacht werden.

Am ersten Halbtage wurden aktuelle legistische, teilweise in Umsetzung befindliche „Berichtspunkte“ thematisiert. Nachdem StA Mag. *Clemens Burianek* vom BMVRDJ den aktuellen Diskussionsstand zur Umsetzung der EU-RL Prozesskostenhilfe (PKH) referierte, bezog VPräs. RA Dr. *Bernhard Fink* dazu in einem Impulsreferat Stellung. Sein aktualisierter Beitrag eröffnet den Reigen der abgedruckten Beiträge und kommt resümierend zum Ergebnis, dass angesichts des anwaltlichen Bereitschaftsdienstes – mit Blick auf die Frist 25. 5. 2019 für die Umsetzung der EU-RL PKH – ein beschränkter Änderungsbedarf der Rechtslage besteht. LStA Dr. *Christian Manquet*, BMVRDJ, informierte sodann über materiell-strafrechtliche Vorhaben. Mit einem speziellen Aspekt, ob nämlich neue Tatbestände und höhere Strafen notwendig sind, beschäftigte sich der neue Vorsitzende des Arbeitskreises Strafrecht des ÖRAK, RA Dr. *Rüdiger Schender*. Die Frage nach einer Verschärfung der Strafenpraxis wird in seinem abgedruckten Beitrag dabei differenziert dahingehend beantwortet, dass weitere Anhebungen der Strafdrohungen im StGB und die Schaffung neuer Straftatbestände derzeit nicht sachgerecht und zielführend sind; Strafschärfungen bei gefährlichen Rückfallstärtern im Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte erscheinen ihm aus Sicht des Opferschutzes gerechtfertigt.

Zwei Schwerpunkte – Geldwäscherei neu und Suchtmittelstrafrecht zeitgemäß? – zeichneten den zweiten Halbtage der Beratungen der STRAKO aus. Assoc.-Prof. Dr. *Severin Glaser*, WU Wien, und RA MMag. Dr. *Rupert Manhart* haben sich der Mühe unterzogen, in Anbetracht der *never ending story* der Überregulierung und des *gold-plating* bei der Geldwäscherei Nägel mit Köpfen zu machen. Bei ihrem gemeinsam gehaltenen Vortrag wurde ein Arbeitsentwurf für

eine Gesetzesänderung vorgelegt, der ausgiebig diskutiert wurde. In ihrem Heftbeitrag informieren die Autoren nicht nur konzis und gut begründet über den *state of the art* in Sachen Geldwäscherei, sondern legen Formulierungsvorschläge für eine Änderung der §§ 33, 73 und insb auch 165 StGB vor. Es bleibt abzuwarten, ob das BMVRDJ bzw das Parlament aus Eigenem diese aus der STRAKO des ÖRAK kommende wohlüberlegte Initiative aufgreift und in eine parlamentarische Umsetzung münden lässt. Nicht minder reformorientiert war der Vortrag von o. Univ.-Prof. Dr. *Klaus Schwaighofer*, Universität Innsbruck. Das Vortragsthema „Wie zeitgemäß ist das Suchtmittelstrafrecht?“ wird nach eingehender Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand in Wissenschaft und Judikatur klar beantwortet: Anderen Ländern folgend, sollte sich auch Österreich bei Cannabis zu einer begrenzten Legalisierung mit Regulierung durchringen. Auch hier wird es am Gesetzgeber liegen, sich mit der Frage der Umsetzung auseinanderzusetzen.

Der Samstagvormittag war bemerkenswerten Entscheidungen des OGH in Strafsachen seit 2016 gewidmet. PräsDOGH iR Hon.-Prof. Dr. *Eckart Ratz* referierte neue Leitentscheidungen, die ausführlich diskutiert werden konnten. Sein abgedruckter Beitrag fasst wichtige Aussagen der jüngsten strafrechtlichen Rechtsprechung des OGH unter dem Gesichtspunkt der Praxisrelevanz aus Verteidigersicht stringent zusammen. Die 12. STRAKO-Sitzung abschließend durfte der Verfasser das heiße Thema „Nachrichtendienstliche Tätigkeit mit Blick auf strafprozessuale Fragestellungen“ vortragen. Die gemeinsam mit RA Mag. *Philip Marsch* besorgte schriftliche Niederlegung der Ansichten könnte, wie sollte es wohl anders sein, den Gesetzgeber ebenfalls sehr interessieren.

Allen an der 12. Sitzung der STRAKO 2018 Mitwirkenden – ganz besonders jenen, die keine Mühen scheuend mit ihren Beiträgen dieses Themenheft des Anwaltsblatts gestalten – sei an dieser Stelle nochmals sehr herzlich gedankt.

RICHARD SOYER

Der Autor ist Vorsitzender der Strafrechtskommission des ÖRAK, Partner im Rechtsanwaltsbüro Soyer Kier Stuefer, Wien, und Universitätsprofessor für Strafrecht an der Johannes Kepler Universität (JKU), Linz.



2019/79

Inhalt 04_2019

- 185 Editorial
- 187 Wichtige Informationen
- 188 Werbung & PR
- 189 Recht kurz & bündig
- 193 Europa aktuell
- 194 Portrait des Monats



Mag. Christian Ragger Foto: Die Freiheitlichen in Kärnten - FPÖ Kärnten Landesgeschäftsstelle

- 286 Inserate
- 288 Indexzahlen

AUTOREN DIESER AUSGABE:

RA Dr. Manfred Ainedter, Wien
 em. RA Dr. Gerhard Benn-Ibler, Wien
 RA Dr. Michael Buresch, Wien
 RA Dr. Bernhard Fink, Kärnten
 RA Mag. Franz Galla, Wien
 Assoz. Prof. Dr. Severin Glaser, Wien
 RA Dr. Bertram Grass, Bregenz
 HR Prof. Dr. Franz Hartl, Langenzersdorf
 RA Dr. Markus Heidinger LL.M., Wien
 RA Dr. Adrian Eugen Hollaender, Wien
 RA Dr. Helmut Horn, Graz
 Mag. Ursula Koch, ÖRAK
 Mag. Jessica König, ÖRAK Büro Brüssel
 RA Dr. Wolfgang Kropf, MBL, Wien
 RA Britta Kynast, ÖRAK Büro Brüssel
 em. RA Prof. Dr. Nikolaus Lehner, Wien
 RA Dr. Wolfgang Lenneis, Wien
 RAA Mag. Maximilian Maier, Dornbirn
 RA MMag. Dr. Rupert Manhart LL.M. (LSE), Bregenz
 RA Mag. Philip Marsch, Wien
 Mag. Christian Moser, ÖRAK
 Hon.-Prof. Dr. Eckart Ratz, Wien
 RA Dr. Ullrich Saurer, Graz
 RA Dr. Wolf-Georg Schärf, Wien
 RA Mag. Rüdiger Schender, Wien
 Mag. Elisabeth Schusterbauer, Wien
 o.Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer, Innsbruck
 RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer, Wien
 Mag. Fabian Stegmayer, Bibliothek RAK Wien
 Univ.-Lektor Mag. Dr. Franz Philipp Sutter, Wien
 RA Mag. Dr. Felix Karl Vogl, Schruns
 RA Dr. Alexander Wittwer, LL.M., Dornbirn

195 STRAFRECHTSKOMMISSION 2018

- 196 Die anwaltliche Perspektive zur Umsetzung der EU-RL „Prozesskostenhilfe“
Bernhard Fink
- 201 Verschärfung der Strafenpraxis: Sind neue Tatbestände und höhere Strafen notwendig?
Rüdiger Schender
- 204 Geldwäscherei neu – ein Vorschlag zur Neufassung des Straftatbestands unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Vorgaben und österreichischer Judikatur
Severin Glaser und Rupert Manhart
- 216 Wie zeitgemäß ist das Suchtmittelstrafrecht?
Klaus Schwaighofer
- 222 Bemerkenswertes aus der Judikatur des OGH in Strafsachen seit 2016
Eckart Ratz
- 236 Nachrichtendienstliche Tätigkeit und Strafprozess – Problemstellungen und Reformperspektiven
Richard Soyer und Philip Marsch

241 SERVICE

- 242 Im Gespräch



Univ.-Prof. Dr. Gernot Murko Foto: Mike Ranz

- 245 Termine
- 246 Chronik
- 250 Aus- und Fortbildung
- 256 Rezensionen
- 265 Zeitschriftenübersicht

269 RECHTSPRECHUNG

- 270 Disziplinarverfahrensrecht (I)
- 271 Disziplinarverfahrensrecht (II)
- 272 Die Reichweite der Haftung für den Erfüllungsgehilfen
- 275 (Deutsches) Europäisches Nachlasszeugnis als taugliche Eintragungsgrundlage für das (österreichische) Grundbuch
- 281 Familienzeitbonus auch für Rechtsanwälte
- 283 Karenzentschädigung für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots FLAF-beitragspflichtig!

Wichtige Informationen

Schmerzengeldsätze in Österreich in Euro

Stand: Februar 2019

FRANZ HARTL (FH)
Präsident des LG Kor-
neuburg iR.

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

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

*) Die angeführten Beträge gelten als Untergrenze.

1. Diese Schmerzengeldtabelle stellt bloß eine **Bemessungshilfe** und **keine Berechnungsmethode** dar!!
2. Es wird darauf hingewiesen, dass die in obiger Tabelle angeführten **Sätze der überwiegenderen Praxis** bei diesen Gerichten entsprechen; **vereinzelte Abweichungen** können daher **nicht ausgeschlossen** werden.

- Rentenantrittsalter ist Vollendung des 65. Lebensjahres
- kein Verzicht notwendig

Wenn somit mindestens ein Beitragsmonat erworben und die Wartezeit durch Eintragung in eine Liste erfüllt wurde, verfallen die eingezahlten Beiträge nicht. Wie hoch Ihr Anspruch auf Altersrente zu einem bestimmten Stichtag wäre, können Sie gerne bei Ihrer zuständigen Rechtsanwaltskammer erfragen.

FH

ES

Schon gewusst?

Ein Anspruch auf Altersrente aus der Versorgungseinrichtung Teil A besteht, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- der Erwerb mindestens eines Beitragsmonats
- die Erfüllung der Wartezeit von 12 Monaten durch Eintragung in eine Liste
- Rentenantrittsalter gestaffelt nach Geburtsjahr (65. Lebensjahr bis 70. Lebensjahr)
- Verzicht auf die Ausübung der Rechtsanwaltschaft weltweit

Ein Anspruch auf Altersrente aus der Versorgungseinrichtung Teil B besteht, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- der Erwerb mindestens eines Beitragsmonats
- keine Wartezeit

Werbung & PR

BESTELLFORMULAR WERBEARTIKEL

| | | | | | |
|---|--|--------------|--------------|---------|--------|
|  | MANNER-SCHNITTEN | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | 2 knusprige Waffeln gefüllt mit Haselnusscreme mit beidseitiger Banderole „Bevor es Brösel gibt...“ und „Sollten Sie mal Brösel haben...“ mit R-Logo, ca. 15 g | 0,50 | | | |
|  | BONBONS | Füllmenge | Preis €/Pkg. | Anzahl | Gesamt |
| | Bonbon in Wickler aus blauer Folie, Aufdruck „Fruchtgenuss“ mit R-Logo, Fruchtmix (Himbeere, Zitrone und Pfirsich) | ½ kg | 17,00 | | |
| | | 1 kg | 32,00 | | |
|  | KUGELSCHREIBER | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Stabilo Metallkugelschreiber silber mit R-Logo und austauschbarer Mine | 7,50 | | | |
|  | KUGELSCHREIBER | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Blau, mit Aufdruck | 0,75 | | | |
|  | ANSTECK-PIN „R“ | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | R-Logo ausgestanzt als Ansteck-Pin, ø ca 15 mm | 2,50 | | | |
|  | LANYARD TRAGESCHLAUFE | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Blau, mit Aufdruck „www.rechtsanwaelte.at“, mit Karabiner Länge: 45 cm (ohne Karabiner) | 1,50 | | | |
|  | STOCKSCHIRM MIT HOLZGRIFF & KUNSTLEDERDETAIL | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Stockschirm, marineblau, Fiberglas, teflonbeschichtet, mit Aufdruck Ø 115 cm | 20,00 | | | |
|  | SCHLÜSSELANHÄNGER | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Pfeife mit roter LED-Leuchte, blau mit Aufdruck | 1,10 | | | |
|  | NOTIZBÜCHER | Format | Preis €/Pkg. | Anzahl | Gesamt |
| | 100 Blatt, Hardcover kratzfest laminiert, Kern kariert, gelocht und perforiert, mit Leseband und Kapitalband | A5 | 8,90 | | |
| | | A4 | 9,90 | | |
|  | POST IT HAFTNOTIZBLOCK | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Weiß, mit Aufdruck DIN A7, 50 Blatt | 1,75 | | | |
|  | SCHREIBBLOCK | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Weiß, mit Aufdruck DIN A4, 50 Blatt kopfgeleimt | 2,00 | | | |
|  | AUFKLEBER | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Logo Maße: 12 x 3 cm | 1,00 | | | |
|  | USB-STICK | Preis €/Stk. | Anzahl | Gesamt | |
| | Sonderform R-Logo in 3D, 16 GB Datenvolumen, USB 2.0 | 7,50 | | | |
| GESAMT zuzüglich Spesen für Versand und Verpackung | | | | Preis € | |

AUSFÜLLEN UND BESTELLEN

Name bzw Firma:

Straße: PLZ/Ort:

Datum: Unterschrift:

§ 25 Abs 3 und 7 UWG

2019/80

Urteilsveröffentlichung – zur Klarstellung der Bedeutung der Bestimmungen

1. Eine Verpflichtung der beklagten Partei zur Urteilsveröffentlichung kommt nur ausnahmsweise, und zwar in einem Medium der beklagten Partei, in Betracht. Bedarf dabei die Klägerin zur Urteilsveröffentlichung der Mitwirkung der beklagenden Partei, dann trifft diese die Verpflichtung (analog einem Medienunternehmer nach § 25 Abs 7 UWG), die Veröffentlichung ohne unnötigen Aufschub vorzunehmen.

2. Ist die klagende Partei berechtigt, die Urteilsveröffentlichung in einem Medium der beklagten Partei zu verlangen, kann sie sofort die Verurteilung der beklagten Partei zur Veröffentlichung begehren, ohne davor iSd § 25 Abs 3 UWG formal ermächtigt worden zu sein.

OGH 21. 11. 2018, 6 Ob 173/18i JusGuide 2019/05/17413. us

§ 352 UGB

2019/81

Verzinsung des Kaufpreises für GmbH-Anteile

1. Die Gesellschafter von Personen- oder Kapitalgesellschaften sind in machen Verträgen über die Gründung oder innere Organisation idR nicht als Unternehmer oder Verbraucher anzusehen, weil das Gesellschaftsverhältnis kein Austauschverhältnis ist, sondern aus einer Fülle wechselseitiger Rechte und Pflichten besteht, die dem Zweck des gemeinschaftlichen Zusammenwirkens dienen.

2. Die Anwendung einzelner Bestimmungen des UGB auf Gesellschafter einer GmbH kommt aber dann in Betracht, wenn der Normzweck einer Bestimmung dies erfordert. Dies gilt auch für die Regelung über die Verzinsung von Geldforderungen in § 352 UGB, welche den Zweck hat, die systematische Verzögerung von Zahlungen im geschäftlichen Verkehr zu unterbinden.

3. Für den von einem GmbH-Gesellschafter zu leistenden Kaufpreis sind somit keine unternehmerischen Verzugszinsen zu leisten, außer beide Gesellschafter betreiben ein Unternehmen, zu dessen Betrieb der Erwerb und die Veräußerung von Geschäftsanteilen gehört.

OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 126/18z JusGuide 2019/07/17451. us

§§ 1, 7 UWG

2019/82

Zur pauschalen Herabsetzung von Mitbewerbern (Ernährungsberater)

1. Die Tätigkeit eines Ernährungsberaters nach § 119 GewO ist in § 1 Abs 1 Z 1 AusbVorbG nicht angeführt. Dennoch haben die Gerichte der Absolventin eines von der Klägerin angebotenen Erwachsenen-Ausbildungskurses zum „diplo-

mierten Ernährungsberater“ das Anbieten von Dienstleistungen, wie beispielsweise Training, Coaching, Schulung ua, zu den Themen Abnehmen, Ernährung bei Unverträglichkeiten, Kinderernährung verboten, weil sie nicht über die notwendige Berechtigung verfügt.

2. Die Behauptung einer „umfassenden Haftung der Klägerin“ und die Bezugnahme auf deren „nicht selten zu hohen Preis“, welche bei der Auszubildenden eine „verschleierte Hoffnung auf eine künftige Tätigkeit als Ernährungsberater“ erweckt, ist insgesamt nicht irreführend iSd UWG.

3. Es wird damit erkennbar, dass Kursanbieter ihren Kunden gegenüber haftbar gemacht werden können, falls ihre Ausbildung entgegen erweckten Erwartungen nicht auf die Ausübung einer Tätigkeit abzielt, die (bloß) als freies Gewerbe anzusehen ist und daher für Kunden auch wertlos sein kann.

OGH 23. 10. 2018, 4 Ob 177/18k JusGuide 2018/51/17319. us

§ 81 Abs 1 Satz 2 UrhG

2019/83

Unternehmerhaftung nach dem UrhG

1. Die Haftung des Unternehmers nach § 81 Abs 1 Satz 2 UrhG ist großzügig zu verstehen. Sie setzt weder die Kenntnis noch das Verschulden des Unternehmers voraus, es handelt sich um eine reine Erfolgshaftung. Wesentlich für die Haftungsbegründung ist nur, dass die Verletzung dem Unternehmer zu Gute kommt und dieser die rechtliche Möglichkeit hat, den Verstoß abzustellen. Irrelevant hingegen ist, ob der Unternehmer in der jeweiligen Situation faktisch dazu in der Lage ist.

2. Die Verantwortung des Unternehmers endet jedoch, wenn die Tätigkeit des Beauftragten dem Unternehmer in keiner Weise zu Gute kommt und der Verstoß zudem lediglich „gelegentlich“, dh ohne inneren Zusammenhang zum erteilten Auftrag, begangen wird.

OGH 27. 11. 2018, 4 Ob 2016/18w JusGuide 2019/06/17433. us

§ 252 Abs 2 StPO

2019/84

Verlesung von StrafErk

§ 252 Abs 2 StPO meint mit „gegen den Angeklagten früher ergangene Straferkenntnisse“ nur rechtskräftige (gerichtliche oder verwaltungsbehördliche) Entscheidungen. Eine Pflicht zur Verlesung nicht rechtskräftiger Entscheidungen besteht daher nicht.

OGH 3. 8. 2018, 14 Os 19/18b (LGSt Wien 127 Hv 3/17t) EvBl 2018/158. MA

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

ULLRICH SAURER (US)
Rechtsanwalt

MANFRED AINEDTER (MA)
Rechtsanwalt

FRANZ GALLA (FG)
Rechtsanwalt

§ 70 Abs 1 Z 1 StGB (§ 114 Abs 3 Z 1 FPG)

2019/85

Schlepperei „unter Einsatz besonderer Mittel“

Der Einsatz eines nicht für den Personentransport zugelassenen Lieferwagens bei Schleppereifahrten mit im Frachtraum beförderten Fremden ist ohne Weiteres als ein von § 70 Abs 1 Z 1 StGB erfasstes Mittel zu qualifizieren.

OGH 5. 7. 2018, 12 Os 50/18x (LG St. Pölten 35 Hv 133/17h) EvBl 2018/159. MA

§ 302 Abs 1 StGB (§ 7 Abs 1 StGB)

2019/86

Amtsgelder als Gegenstand von Missbrauch der Amtsgewalt

Ein Recht des Staates, die Einhaltung von Vorschriften (hier: bei der „Einhebung von Parteiengeldern und Strafgeldern“) durch Beamte zu beaufsichtigen und zu kontrollieren, reicht nach stRsp als Bezugspunkt des Schädigungsvorsatzes nicht aus. Davon zu unterscheiden ist das durch den Gemeinderat als gewählten allg Vertretungskörper ausgeübte Recht (der Gemeinde) auf Kontrolle von (sonstigen) Gemeindeorganen, welches die Rsp (in bestimmten Konstellationen iZm Missbräuchen im Rahmen der Gemeindebuchhaltung) als iSd § 302 Abs 1 StGB ausreichend anerkannte. Dieses Recht ist Ausfluss demokratischer Kontrolle vollziehender Organe auf der Ebene der Gemeindegewalt (also mediatisierte Partizipation der Gemeindebürger) und unterscheidet sich in diesem Aspekt von sonstigen – durch in der Verwaltungshierarchie Vorgesetzte oder AufsichtsBeh ausgeübten – staatlichen Kontroll- und Aufsichtsrechten.

Wer bei der Einhebung von „Parteiengeldern und Strafgeldern“ im Rahmen einer Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften in Vollziehung der Gesetze handelt und wen eine (durch Gesetz, Verordnung oder Weisung normierte) Pflicht zum Abführen dieser Beträge trifft, begeht nach mittlerweile einheitlicher Rsp durch unterlassenes Abführen solcher (gesetzeskonform) eingehobener Gebühren und Verwaltungsstrafen Befugnisfehlgebrauch iSd § 302 Abs 1 StGB, weil das Verhalten des Beamten bis zum Erreichen des Vollziehungsziels (der Vereinnahmung dieser Beträge durch den Staat) einheitlich als (ein) Amtsgeschäft zu begreifen ist. Davon ist so lange auszugehen, als der Beamte die eingehobenen Beträge noch in seiner Verfügungsmacht, also nicht abgeführt hat. Der – gelegentlich in der älteren (allerdings keineswegs einheitlichen) Rsp verwendete – Rechtssatz, ein mit dem Schlagwort „Griff in die Kasse“ umschriebenes Verhalten eines Beamten sei stets (nur) Veruntreuung, nicht Missbrauch der Amtsgewalt, bedarf also einer Präzisierung. Die Subsumtion hängt vom Bestehen eines Zusammenhangs mit einem Amtsgeschäft iSd ab, ohne dass es auf die Art der den Beamten in diesem Zusammenhang treffenden Handlungspflicht („Verwahren“ oder

„Verwalten“) ankommt. Das Argument, eine (im Rahmen der Hoheitsverwaltung bestehende) Befugnis des Beamten zur Zueignung derartiger Beträge sei auszuschließen, übersieht, dass der Befugnisfehlgebrauch nicht in der Zueignung, sondern in der Verletzung spezifischer Handlungspflichten (etwa in der Abführung der Beträge) besteht, und zerlegt das einheitliche Amtsgeschäft unsachgemäß in Einzelphasen.

OGH 3. 8. 2018, 17 Os 9/18d (LG Wr. Neustadt 37 Hv 149/17v) EvBl 2018/160. MA

§ 363a StPO (§ 353 StPO; Art 6 EMRK)

2019/87

Keine Erneuerung gegen abgelehnte Wiederaufnahme ohne EGMR

Ein Verfahren über die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens fällt grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK, weil es keine „strafrechtliche Anklage“ iS der Konvention zum Gegenstand hat. Daran ändert EGMR 11. 7. 2017 (GK), 19867/12, *Moreira Ferreira/Portugal*, nichts, weil diese E eine (§ 363a StPO vergleichbare) Erneuerung des Strafverfahrens nach Feststellung einer Menschenrechtsverletzung durch den EGMR betrifft.

OGH 3. 8. 2018, 14 Os 63/18y EvBl-LS 2018/179. MA

§ 21 Abs 1 StGB (§ 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO)

2019/88

Anders geartete Prognoseerfüllung erfüllt Unterbringungsvoraussetzung

Die mit Strafe bedrohte Handlung, deren Begehung zu befürchten ist, kann völlig anderer Natur als die Anlasstat(en) sein, sofern die Kausalität der geistigen oder seelischen Abartigkeit iSd § 21 Abs 1 StGB bejaht wird.

OGH 3. 8. 2018, 14 Os 61/18d EvBl-LS 2018/180. MA

§ 229 StGB (§§ 28, 127, 146 StGB)

2019/89

Vinkuliertes Sparbuch kein Diebstahlsubjekt

Ein vinkuliertes Sparkasseneinlagebuch ist – ohne Rücksicht darauf, ob dem Täter das Losungswort bekannt ist – kein taugliches Tatobjekt eines Diebstahls. Die Wegnahme eines solchen Sparbuchs, über das der Täter nicht (allein) verfügungsberechtigt ist, begründet – bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale – das Vergehen der Urkundenunterdrückung nach § 229 Abs 1 StGB. Unternimmt es der Täter in weiterer Folge, ein Sparkasseneinlagebuch dadurch zu realisieren, dass er einen anderen durch Täuschung über seine Berechtigung zur Verfügung über die betreffende (wie hier € 300.000,- übersteigende) Spareinlage zu deren Auszahlung verleitet, hat er bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale – in echter Realkonkurrenz zu § 229 Abs 1

StGB – das Verbrechen des Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 3 StGB zu verantworten.

OGH 3. 8. 2018, 14 Os 71/18z EvBI-LS 2018/181. MA

§ 38 Abs 1 WEG

2019/90

Keine Pflicht zur Zustimmung zu rechtsunwirksamen Bestimmungen

Ein Vertragspartner hat grundsätzlich Anspruch darauf, dass ein Entwurf keine Bestimmungen enthält, die entweder gegen bereits bestehende Vereinbarungen oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Er kann daher die Unterfertigung derartiger Entwürfe ablehnen. Es soll niemand in die Lage gebracht werden, sich auf die Rechtsunwirksamkeit einer von ihm selbst unterschriebenen Vertragsklausel berufen zu müssen. Das gilt auch für den Wohnungseigentumsvertrag; enthält dieser rechtsunwirksame Bestimmungen, besteht keine Pflicht des beklagten Wohnungseigentumsbewerbers zur Unterfertigung des Wohnungseigentumsvertrags, und dessen Zustimmung kann auch nicht durch Urteil ersetzt werden.

Nach der Generalklausel des § 38 Abs 1 WEG sind Vereinbarungen oder Vorbehalte, die geeignet sind, die dem Wohnungseigentumsbewerber oder Wohnungseigentümer zustehenden Nutzungs- oder Verfügungsrechte aufzuheben oder unbillig zu beschränken, rechtsunwirksam. § 38 WEG richtet sich gegen die Aufhebung oder Beschränkung der einem Wohnungseigentümer gesetzlich zustehenden Nutzungsrechte oder Verfügungsrechte, wobei die Einschränkung durch die wirtschaftliche, organisatorische und wissensmäßige Übermacht des Wohnungseigentumsorganisations begründet ist.

OGH 12. 6. 2018, 5 Ob 50/18s ecolex 2019/8, 30. FG

§ 506 Abs 2 ZPO

2019/91

Begründungserfordernis der Rechtsrüge

Die Vorinstanzen verpflichteten die beklagte Hundehalterin, es zu unterlassen, ihren Hund so zu halten, dass dieser auf die klägerischen Grundstücke eindringen könne. Das BerG erkannte die Rechtsgrundlage dieses Unterlassungsanspruchs in § 523 ABGB und begründete dies mit der jüngeren Judikatur zur Frage, nach welchen Kriterien Tiere als Einwirkungen iSd § 364 Abs 2 ABGB zu qualifizieren sind. Dabei komme es nicht allein auf die Größe des Tiers an, sondern vielmehr auf dessen Beschaffenheit und Wesensart bzw dessen „faktische Beherrschbarkeit“.

In der Revision versuchte es die Beklagte nicht aufzuzeigen, warum es sachgerechter sein sollte, auch Hunde weiter nach § 364 Abs 2 ABGB zu beurteilen oder warum Hunde nicht mit Schafen, Ziegen oder Hühnern vergleichbar sein sollten, wohl aber mit Katzen oder Bienen; eine Auseinandersetzung mit der vom BerG ausführlich erörterten Frage, nach

welchen Kriterien (kleine) Hunde als Einwirkung nach § 364 Abs 2 ABGB qualifiziert werden sollten, findet in der Revision somit nicht statt, obwohl allein darin die präjudizielle Rechtsfrage besteht. Hat es der Revisionswerber unterlassen, entsprechend § 506 Abs 2 ZPO darzulegen, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache unrichtig erscheint, ist damit die Rechtsrüge, die sich auf die bloße und nicht weiter ausgeführte Behauptung beschränkt, das BerG habe die Sache rechtlich unrichtig beurteilt, nicht gesetzmäßig ausgeführt.

OGH 14. 8. 2018, 3 Ob 86/18w ecolex 2019/50, 127. FG

§ 82 Abs 1 Z 3 EheG

2019/92

Büro in Ehwohnung fällt in Aufteilungsmasse

§ 82 Abs 1 Z 3 EheG scheidet alle einem Unternehmen gewidmeten Sachen von der Aufteilung aus. Befindet sich auf einem gemeinsamen Liegenschaftsbesitz sowohl die Ehwohnung als auch ein Hausteil, der zum Unternehmen eines Ehegatten gehört oder seiner Berufsausübung dient, dann ist letzterer Teil der Liegenschaft – aber nur dann – von der Aufteilung ausgenommen, wenn er von der Ehwohnung eindeutig abgegrenzt ist.

Haben Ehegatten gemeinsam an einer Liegenschaft Eigentum erworben, in der sich sowohl die Ehwohnung als auch das Unternehmen eines der Ehegatten befindet, unterliegt nur der Teil der Eigentumsrechte der Aufteilung, der der Ehwohnung entspricht. Ist keine eindeutige Abgrenzung möglich, so verliert das Haus die Qualifikation als Ehwohnung nicht, wenngleich es zum Teil auch dem Unternehmen eines Ehegatten dient; die Liegenschaft unterliegt dann insgesamt der Aufteilung.

OGH 17. 10. 2018, 1 Ob 180/18d Zak 2019/11, 14. FG

§§ 914, 1389 ABGB

2019/93

Auslegung der Generalklausel eines Vergleichs

§ 1389 Satz 2 ABGB bezieht sich auf „allgemeine, auf alle Streitigkeiten überhaupt lautende Vergleiche“, also auf sog Generalvergleiche. Einen solchen sehen die Klägerinnen in der Formulierung „Mit Erfüllung dieses Vergleichs sind sämtliche wechselseitigen Ansprüche zwischen den Parteien bereinigt und verglichen“ des abgeschlossenen Vergleichs. Eine solche Formulierung erfasst jede Art von Ansprüchen, und zwar unabhängig davon, ob sie für die Parteien bei Vergleichsabschluss erkennbar waren oder nicht; wenn eine entgegenstehende Parteienabsicht nicht feststeht, ist die Bereinigungswirkung nach der Zweifelsregel des § 1389 Satz 2 ABGB jedoch nur auf Ansprüche zu erstrecken, welche die Parteien bedenken konnten.

Gegenstand des Ausgangsverfahrens war aber nur ein Begehren auf Mietzins und Räumung, dem eine Gegenforderung aus Kosten von Entsorgung von Abfall entgegengestalt-

ten wurde. Ein Vorkaufsrecht selbst war nicht Gegenstand des Verfahrens und wurde in diesem bis auf eine kurze Erwähnung im Zuge der Parteienvernehmung des Geschäftsführers der Beklagten nicht thematisiert, insb auch nicht durch Vorbringen oder gegenüber dem Richter; ebenso wenig war es ein Thema in der Korrespondenz zwischen den Vertretern der Streitparteien. Auch steht das Ergebnis des BerG

im Einklang mit der Rsp zur Bereinigungswirkung von Vergleichen bei der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen; mit dem Vergleich sollten im Zweifel (nur) die Ansprüche aus dem Dauerschuldverhältnis (Mietverhältnis), nicht aber damit gar nicht in Zusammenhang stehende Ansprüche verglichen werden.

OGH 25. 10. 2018, 6 Ob 151/18a Zak 2019/54, 34.

FG



Österreichs Nummer sicher

Faszikelwerk in 2 Mappen.
inkl. 31. Lfg. EUR 198,-
ISBN 978-3-214-17271-8

Im Abonnement zur Fortsetzung vorgemerkt.

Dieses Werk ist auch online erhältlich.
manz.at/dat-komm

Knyrim (Hrsg)

Der DatKomm

Praxiskommentar zum Datenschutzrecht – DSGVO und DSG, inklusive 31. Lieferung

Der DatKomm wächst. Wichtige Bestimmungen sind jetzt kommentiert und erweitern das Grundwerk:

- **Art 1 DSGVO und § 1 DSG** – Gegenstand und Ziele (Konrad Lachmayer)
- **Art 2 DSGVO und §§ 2, 4 DSG** – Sachlicher Anwendungsbereich (Gregor Heißl)
- **Art 4 DSGVO** – Begriffsbestimmungen (Elisabeth Hödl)
- **Art 37-39 DSGVO und § 5 DSG** – Benennung, Stellung, Aufgaben des Datenschutzbeauftragten (Gregor König)
- **Art 40-43 DSGVO** – Verhaltensregeln (Thomas Strohmaier)
- **Art 77 DSGVO und §§ 24-26 DSG** – Beschwerde bei der Datenschutzbehörde; **Art 81, 82 DSGVO und § 29 DSG** – Haftung und Recht auf Schadenersatz (Thomas Schweiger)
- **Art 92, 93 DSGVO** – Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte (Katarin Steinbrecher)
- **Art 94-99 DSGVO und §§ 61, 64-69 DSG** – Schlussbestimmungen (Marija Križanac)

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

Norma & Norman präsentieren digitale Services von MANZ.



Bevor novellierte Normen in Kraft treten, werden Sie davon per Mail informiert. Das bedeutet weniger Arbeit. Und Sie sind immer auf dem aktuellsten Stand.

**Entdecken Sie den neuen Gesetzesbutler auf
www.rdb.at**

RECHTSAKADEMIE MANZ 

Jahrestagung

STRAFVERTEIDIGUNG

MIT STRATEGIE

Unverzichtbare Hilfestellung für einen erfolgreichen Prozessausgang!

Dienstag, 28. Mai 2019, 09.00 bis 17.00 Uhr
Hotel de France,
Schottenring 3, 1010 Wien

Jetzt anmelden!

www.manz.at/rechtsakademie

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

Europarat: Geplante Konvention zum Schutz von Rechtsanwälten nimmt weitere Hürde

Die geplante Konvention des Europarats zum Schutz von Rechtsanwälten ist im Jänner 2019 ihrer Realisierung einen weiteren wichtigen Schritt nähergekommen. Am 30. 1. 2019 hat das Ministerkomitee bestehend aus den Außenministern des Europarats seinen Europäischen Ausschuss für Justizielle Zusammenarbeit (Comité européen de coopération juridique, CDCJ) mit der Erstellung einer Machbarkeitsstudie hierzu beauftragt. Diese soll bis zum Ende dieses Jahres vorgelegt werden. Das Ministerkomitee drückt in seiner Entschliessung unter anderem ausdrücklich seine Sorge im Hinblick auf die Sicherheit und Unabhängigkeit von Rechtsanwälten und die Bedrohungen in gewissen nationalen Kontexten aus. Anwälte spielen eine wesentliche Rolle in der Rechtspflege, die freie Berufsausübung sei unerlässlich für die vollständige Verwirklichung des Rechts

auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK. Aus Sicht des Ministerkomitees ist nun insb der potenzielle Mehrwert einer Konvention, gerade im Vergleich zum bestehenden Schutz durch die EMRK und die EGMR-Rechtsprechung im Rahmen der Machbarkeitsstudie zu überprüfen. Ein ebenfalls vorgeschlagenes Frühwarnsystem für bedrohte Rechtsanwälte werde zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal erwogen. Das Ministerkomitee hat die relevanten Ausschüsse und Abteilungen des Europarats auch dazu aufgerufen, ihre Tätigkeiten im Bereich der Aus- und Fortbildung, beispielsweise durch bilaterale Kooperationen, auszubauen. Der ÖRAK unterstützt ausdrücklich die Arbeiten des Europarats zur Schaffung einer Konvention zum Schutz von Rechtsanwälten sowie ihren Mandaten und bringt sich hierzu gegenüber nationalen Entscheidungsträgern ein.

BRITTA KYNAST
Leiterin ÖRAK-Vertretung in Brüssel. Die Autorin ist in Deutschland zugelassene Rechtsanwältin.

2019/94

Neue Verordnungen betreffend Güterstände internationaler Paare in Europa

Am 29. 1. 2019 traten zwei EU-Verordnungen zur Klärung des auf Güterstände internationaler Paare anzuwendenden Rechts in Kraft: eine Verordnung in Bezug auf internationale Ehen (Verordnung [EU] 2016/1103) und eine in Bezug auf internationale eingetragene Partnerschaften (Verordnung [EU] 2016/1104). Die Verordnungen sollen mehr Rechtssicherheit für internationale Paare schaffen und verhindern, dass in verschiedenen Mitgliedstaaten für den Fall einer Scheidung, Trennung oder des Todes eines Partners parallele und eventuell konkurrierende Gerichtsverfahren, beispielsweise über Immobilien oder Bankkonten, geführt werden. Mit den neuen Regelungen soll geklärt werden, welches nationale Gericht bei diesen Verfahren zuständig ist und welches nationale Recht dabei Vorrang hat.

Zudem werden Regelungen zur Anerkennung und Vollstreckung eines in einem Mitgliedstaat ergangenen Urteils in Fällen des Güterrechts in einem anderen Mitgliedstaat festgelegt. Da im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens keine Einstimmigkeit zwischen allen EU-Mitgliedstaaten erzielt werden konnte, gelten die Verordnungen derzeit nur in 18 Mitgliedstaaten im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit, darunter zB Österreich und Deutschland. In den nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten wird in grenzüberschreitenden Rechtssachen weiterhin das relevante nationale Recht (einschließlich zB des Internationalen Privatrechts) angewendet, jedoch können sich diese jederzeit der verstärkten Zusammenarbeit anschließen.



JESSICA KÖNIG
Praktikantin ÖRAK-Vertretung in Brüssel.

2019/95

Portrait des Monats

Ein Leben auf Achse

Seit 9. 11. 2017 ist der Kärntner Rechtsanwalt Mag. Christian Ragger Abgeordneter zum Nationalrat. Für die FPÖ vertritt er darin seinen Heimatbezirk Wolfsberg, der bei der Nationalratswahl 2017 mit 36,4% der an Stimmen österreichweit zweitstärkste Bezirk seiner Partei war.

2019/96

Seine politische Karriere begann *Christian Ragger* bereits während der Studentenzeit an der Karl-Franzens-Universität in Graz beim Ring Freiheitlicher Studenten. Nach Abschluss des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften wurde er 1997 Bezirksparteiobmann der FPÖ Wolfsberg und übt diese Funktion bis heute aus. Mit 22 Dienstjahren zählt der Kärntner bereits zu einem der dienstältesten Poli-

fakultät der Universität Teramo und spricht daher neben Englisch auch fließend Italienisch. Mehrmals im Monat ist er zu den Kanzleisitzen im südlichen Nachbarland unterwegs, wo er mit einem Partner, der internationale Betriebsansiedlungen durchführt, zusammenarbeitet. Auch in Wien hat die Kanzlei eine Sprechstelle eingerichtet, die noch weiter ausgebaut werden soll. So lassen sich die berufliche und die parlamentarische Tätigkeit gut kombinieren. *Ragger* ist Mitglied in mehreren Parlamentsausschüssen, ua in den beiden rechtsstaatlich wesentlichsten, dem Justiz- und dem Verfassungsausschuss.

Privates

Seinem Heimatbezirk Wolfsberg fühlt sich der zweifache Familienvater nach wie vor stark verpflichtet. Hier ist er aufgewachsen und auch politisch groß geworden. Die Schulzeit verbrachte er am Stiftsgymnasium St. Paul und am BORG Wolfsberg, wo er maturierte. Gleich daneben befinden sich mit dem Stadionbad und der Lavanttal-Arena zwei weitere nicht unwesentliche Bezugspunkte im Leben von *Christian Ragger*. Als junger Nachwuchs-Schwimmer schaffte er es sogar bis in die österreichische Auswahl. Beim zurzeit erfolgreichsten Kärntner Fußballverein WAC, bei dem auch sein Sohn zum Kicken begann, half er als Vorstandsmittglied bei der Sanierung des Vereins mit, als sich dieser noch in der Kärntner Liga befand. Heute hat der stolze Hundebesitzer andere Hobbys. Er ist mit seiner Familie in den etwas kleineren Ort Frantschach im Norden Wolfsbergs gezogen und im dort ansässigen Jagdverein Gösel aktiv. Gemeinsam mit seinen beiden Labrador Retrievern „Frey“ und „Freki“ geht er wöchentlich auf die Pirsch. Im Winter stehen Skifahren und Skitouren am Programm, im Sommer Segeln.

Christian Ragger hat sich vom Bezirkspolitiker bis zum Nationalratsabgeordneten hochgearbeitet. Dort bringt er auf höchster Ebene die Interessen der Rechtsanwaltschaft im Gesetzwerdungsprozess ein.



Christian Ragger ist Partner der Poganitsch, Fejan & Ragger Rechtsanwälte GmbH

Foto: Republik Österreich – Parlamentsdirektion

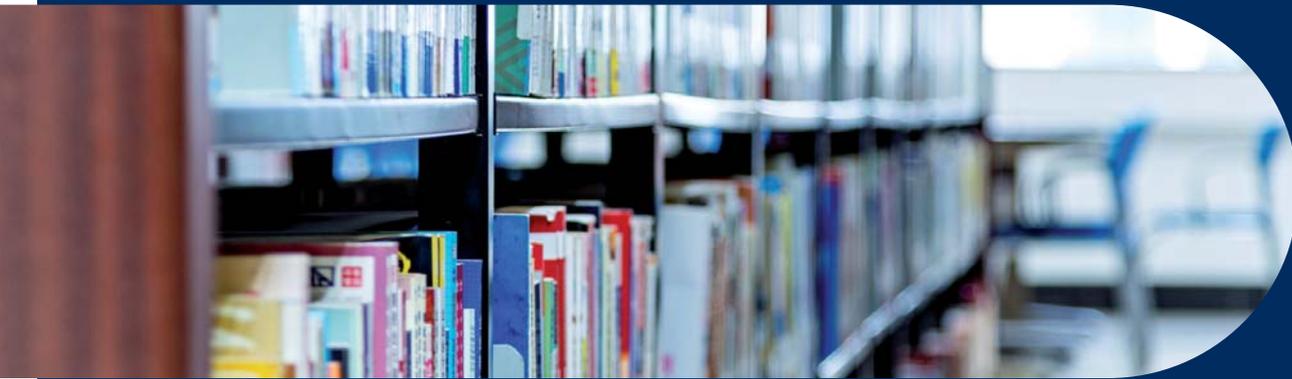
tiker im Nationalrat. An Erfahrung fehlt es ihm damit nicht. Von 1999 bis 2009 war *Ragger* Abgeordneter zum Kärntner Landtag und machte wie die meisten seiner Parteikollegen den Weg zum BZÖ und wieder zurück mit. Parallel dazu forcierte er seine Ausbildung als Rechtsanwaltswärter, trat 2003 seiner heutigen Kanzlei bei und ließ sich 2004 als Rechtsanwalt eintragen. Aufgrund seines Eintritts in die Landesregierung von Kärnten musste er diese Tätigkeit 2009 ruhend stellen und blieb bis 2016 Berufspolitiker. Von 2013 bis 2016 war *Ragger* zudem Landesparteiobmann der FPÖ Kärnten.

Beruf & Politik

Heute ist der Lavanttaler wieder als geschäftsführender Gesellschafter der Kanzlei Poganitsch, Fejan & Ragger Rechtsanwälte GmbH aktiv. Seine Schwerpunkte liegen dabei im Unternehmensrecht, vor allem auf Gesellschaftsgründungen und Unternehmenssanierungen. Dazu kommen Spezialisierungen im Transportrecht, Gewerberecht oder im Jagdrecht und Tierschutz. Neben den Kärntner Standorten Wolfsberg, Bleiburg und Klagenfurt unterhält seine Kanzlei Büros in Udine, Florenz und Mailand. *Ragger* verbrachte ein Jahr seines Studiums an der rechtswissenschaftlichen

CHRISTIAN MOSER

ÖRAK, Juristischer Dienst



STRAFRECHTSKOMMISSION 2018

- 196 Die anwaltliche Perspektive zur Umsetzung der EU-RL „Prozesskostenhilfe“
- 201 Verschärfung der Strafenpraxis: Sind neue Tatbestände und höhere Strafen notwendig?
- 204 Geldwäscherei neu – ein Vorschlag zur Neufassung des Straftatbestands unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Vorgaben und österreichischer Judikatur
- 216 Wie zeitgemäß ist das Suchtmittelstrafrecht?
- 222 Bemerkenswertes aus der Judikatur des OGH in Strafsachen seit 2016
- 236 Nachrichtendienstliche Tätigkeit und Strafprozess – Problemstellungen und Reformperspektiven



BERNHARD FINK
Vizepräsident der
Rechtsanwaltskammer
für Kärnten und des
Österreichischen Rechts-
anwaltskammertages
(ÖRAK).

2019/97

Die anwaltliche Perspektive zur Umsetzung der EU-RL „Prozesskostenhilfe“

I. ALLGEMEINES

1. Entwicklung

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

2. Ziele

Die Stärkung des Rechts auf ein faires Verfahren für verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls wird von drei maßgeblichen Zielen determiniert. So soll die Prozesskostenhilfe sehr rasch gewährt werden, nämlich spätestens vor der ersten Befragung durch die Sicherheitsbehörden. Auch soll die Gewährung von Prozesskostenhilfe unionsweit an klare, transparente Kriterien anknüpfen und soll letztlich die damit verbundenen Bewilligungsverfahren insgesamt verbessert werden.

II. AUSGESTALTUNG

1. Anwendungsbereich

Grundsätzlich bezeichnet der Begriff der Prozesskostenhilfe die Bereitstellung finanzieller Mittel durch den Mitgliedstaat für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand, um das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand tatsächlich zu gewährleisten (Art 3). Insoweit ergänzt die RL die „RL Rechtsbeistand“ sowie die „RL Jugendstrafverfahren“ und darf nicht so ausgelegt werden, dass dadurch die in diesen beiden Richtlinien vorgesehenen Rechte beschränkt werden (Art 1 Abs 2). Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben die Prozesskostenhilfe-RL längstens bis zum 25. 5. 2019 umzusetzen (Art 12).

In persönlicher Hinsicht soll die Prozesskostenhilfe – sofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind – verdächtigen oder beschuldigten Personen in Strafverfahren gewährt werden (Art 1 Abs 1 lit a), oder jenen Personen, die

unter den Begriff „gesuchte Personen“ einzuordnen sind. Im Sinn der RL sind hiervon nämlich auch Personen erfasst, gegen die ein Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls anhängig ist, und zwar ab ihrer Festnahme im Vollstreckungsmitgliedstaat (Art 1 Abs 1 lit b und Art 2 Abs 2). Wenn Personen erst im Zuge ihrer Befragung durch die Strafverfolgungsbehörden zu verdächtigen oder beschuldigten Personen werden, stehen ihnen ab diesem Zeitpunkt alle Rechte aus der RL zu (Art 2 Abs 3).

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

2. Allgemeine Bestimmungen

Grundsätzlich sind die Entscheidungen über die Bewilligung oder Ablehnung von Prozesskostenhilfe und die Bestellung von Rechtsbeiständen unverzüglich von einer dafür zuständigen Behörde zu treffen (Art 6 Abs 1); im Strafverfahren spätestens zu den in Art 4 Abs 5 genannten Zeitpunkten. Das bedeutet, dass eine Bewilligung der Prozesskostenhilfe **unverzüglich und spätestens** vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörde oder aber vor der Durchführung von Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen (Gegenüberstellungen und Tatortrekonstruktionen) zu erfolgen hat.

Die Mitgliedstaaten haben durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass die zuständige Behörde ihre Entscheidung sorgfältig trifft und dabei die Rechte der Verteidigung wahrt. Ein diesbezüglich vorausgehender ausdrücklicher Antrag der verdächtigen oder gesuchten Person auf Gewährung von Prozesskostenhilfe sollte insb angesichts schutzbedürftiger Personen, deren besondere Bedürfnisse bei Umsetzung der RL zu berücksichtigen sind (Art 9), keine zwingende Voraussetzung für die Bewilligung sein.

Für den Fall, dass ein Antrag auf Prozesskostenhilfe teilweise oder ganz abgewiesen wird, haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die davon betroffene Person darüber schriftlich informiert wird (Art 6 Abs 2). Zudem muss ver-

dächtigen, beschuldigten und gesuchten Personen bei Verletzung ihrer Rechte ein wirksamer Rechtsbehelf nach nationalem Recht zur Verfügung stehen (Art 8).

Im Zusammenhang mit der Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen und Schulungen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, durch entsprechende – ua auch finanzielle – Maßnahmen sicherzustellen, dass ein wirksames System der Prozesskostenhilfe von angemessener Qualität besteht (Art 7 Abs 1 lit a). Die Qualität der damit verbundenen Dienstleistungen muss angemessen sein, um die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten. Dabei ist die Unabhängigkeit der Rechtsberufe gebührend zu achten (lit b leg cit). Dem in die Entscheidung über Gewährung von Prozesskostenhilfe eingebundenen Personal und den Rechtsbeiständen, die Dienstleistungen iS der Prozesskostenhilfe-RL erbringen, sind Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zur Verfügung zu stellen (Art 7 Abs 2 und 3).

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

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

3. Besondere Bestimmungen für die Prozesskostenhilfe im Strafverfahren

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

Wenn ein Mitgliedstaat eine Bedürftigkeitsprüfung vorsieht, sind dabei sämtliche relevanten und objektiven Kriterien miteinzubeziehen, um festzustellen, ob eine verdächtige oder beschuldigte Person über keine ausreichenden Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügt (Art 4 Abs 3). Zu diesen Kriterien zählen zB Einkommen, Vermögen und die familiären Verhältnisse der betroffenen Person,

aber auch die Kosten der Unterstützung durch einen Rechtsanwalt und der Lebensstandard in dem betreffenden Mitgliedstaat. Im Umkehrschluss ist es den Mitgliedstaaten also gestattet, Verdächtigen je nach deren finanzieller Lage einen Teil der Kosten der Rechtsvertretung selbst aufzuerlegen. Zudem ist Prozesskostenhilfe nur für die Zwecke jenes Strafverfahrens zu gewähren, in dem die betreffende Person selbst der Begehung einer Straftat verdächtig oder beschuldigt wird (Art 4 Abs 6).

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

Unter bestimmten Umständen wird das Vorliegen dieser materiellen Kriterien aber fingiert, und zwar dann, wenn Verdächtige oder Beschuldigte im Laufe eines Verfahrens im Anwendungsbereich der RL dem zuständigen Gericht bzw Richter zur Entscheidung über eine Haft vorgeführt werden (Art 4 Abs 4 lit a), sowie dann, wenn sie sich bereits in Haft befinden (Art 4 Abs 4 lit b).

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

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

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

Da es sich – im Gegensatz zur Prozesskostenhilfe im Strafverfahren – bei der Vollstreckung von EuHB jedenfalls um Haftsachen handelt, müssen die materiellen Kriterien für die Bereitstellung der Prozesskostenhilfe nicht mehr geprüft werden. Deren Vorliegen wird durch die RL fingiert. Die Gewährung von Prozesskostenhilfe für gesuchte Personen kann auch nur von einer Bedürftigkeitsprüfung abhängig gemacht werden.

III. UMSETZUNG DER PROZESSKOSTENHILFE-RL

1. Umsetzungsbedarf in Österreich aus Sicht der Rechtsanwaltschaft

a) Allgemeines

Laut Anlage I („Gliederungselemente des Bundesvoranschlages“) Bundesfinanzgesetz 2018 v 1. 5. 2018 BGBl I 2018/18, 130, soll wohl kein Anpassungsbedarf zur Umsetzung dieser RL bestehen. So wird – dieser Anlage zum Budgetgesetz 2018 folgend – etwa das Wirkungsziel 1 (Gewährleistung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens durch Vorschläge zur Anpassung und Weiterentwicklung des Rechtssystems im Hinblick auf die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse) bereits ausreichend verfolgt. Zudem sei „das Recht auf Beiziehung eines Verteidigers in einem frühen Stadium nach der Festnahme in Umsetzung der RL 2013/48/EU (RL Rechtsbeistand) und der RL (EU) 2016/1919 (RL Prozesskostenhilfe) durch die Möglichkeit der Beiziehung eines „Verteidigers in Bereitschaft“ bereits gewährleistet.

Die vorliegende Prozesskostenhilfe-RL kodifiziert auf unionsrechtlicher Ebene Vorgaben, die sich überwiegend bereits aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben. Nach Art 6 Abs 3 lit c EMRK hat jeder Angeklagte, falls er nicht über die finanziellen Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, das Recht, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Da die EMRK im Verfassungsrang steht, musste ohnehin bereits die bestehende Regelung der Verfahrenshilfe im Strafverfahren daher den Standards gemäß der Judikatur des EGMR entsprechen.

b) Änderungsbedarf im gerichtlichen Strafverfahren

Im gerichtlichen Strafverfahren sieht die Regelung des § 61 Abs 2 StPO eine Bedürftigkeitsprüfung (Art 4 RL Prozesskostenhilfe) samt Prüfung materieller Kriterien (Art 4 Abs 4 RL Prozesskostenhilfe) vor. Soin ist für einen Beschuldigten dann ein Verfahrenshilfeverteidiger zu bestellen, wenn er außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie zu einer einfachen Lebensführung notwendigen Unterhalts die gesamten Kosten der Verteidigung zu tragen, und die Bestellung eines Verfahrenshilfeverteidigers im Interesse der Rechtspflege ist.

Eine erforderliche Bestellung eines Verfahrenshilfeverteidigers wird in den Fällen des § 61 Abs 2 Z 1 bis 4 StPO gesetzlich fingiert. Das sind also ua Fälle der Untersuchungs- bzw Strafhaft (§ 61 Abs 1 Z 1) oder Fälle, bei denen die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher/entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher/gefährliche Rückfallstäter angedacht ist (§ 61 Abs 1 Z 2 und 3), oder in Strafsachen, die vor dem Landesgericht als Geschworenen- oder Schöffengericht verhandelt werden sollen (§ 61 Abs 1 Z 4). Dies gilt weiter auch für jene Fälle, in denen die Haft während des Strafverfahrens gerichtlich ver-

fügt wird, und auch in jenen Fällen, in denen eine Strafe von einer gewissen Schwere droht.

Eine derartige Erforderlichkeit wird ex lege auch dann angenommen, wenn verfahrensgegenständlich eine schwierige Sach- oder Rechtslage vorliegt. Beachtlich sind in diesem Zusammenhang auch die besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Beschuldigten, die eine Erforderlichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe implizieren (vgl § 61 Abs 2 Z 2 und Z 4 StPO).

Die Entscheidung durch die Behörde hat nach Art 6 Abs 1 der RL unverzüglich zu erfolgen, sodass dieser Begriff der Unverzüglichkeit in die StPO neu aufgenommen werden muss. Auch ist entscheidend, dass der nach § 59 Abs 4 StPO beigegebene Verteidiger im Fall finanzieller Bedürftigkeit kostenlos ist.

c) Änderungsbedarf im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren

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

d) Änderungsbedarf im Verfahren zur Vollstreckung eines EuHB

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

e) Der rechtsanwaltliche Bereitschaftsdienst

Die teilweise vorgeschlagene Dringlichkeitsprozesskostenhilfe oder „vorläufige Prozesskostenhilfe“ kann über den bereits bestehenden rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst erfolgen, sodass damit der RL entsprochen wird.

Bereits im Jahr 2008 hat der Österreichische Rechtsanwaltskammertag gemeinsam mit dem Bundesministerium

für Justiz einen rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst (Verteidigernotruf, Journaldienst) eingerichtet. Dieser wurde im Jahr 2016 vor dem Hintergrund der Umsetzung der RL über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand reformiert und gesetzlich in § 59 Abs 4 StPO verankert. Je nach Einzelfall umfasst dieser ein telefonisches oder persönliches Beratungsgespräch sowie gegebenenfalls den anwaltlichen Beistand während der Vernehmung.

Seitdem können Beschuldigte eines Strafverfahrens, Beschuldigte, die im Inland festgenommen wurden und deren Auslieferung nach ARHG bzw Übergabe nach EU-JZG beantragt wurde, sowie Personen, die aufgrund eines von einer österreichischen Justizbehörde erlassenen Europäischen Haftbefehls festgenommen wurden, den Verteidigernotruf in Anspruch nehmen. Es besteht die Möglichkeit, bereits bei der ersten Vernehmung sowie nach Einlieferung in die Justizanstalt bis zur Entscheidung über die erstmalige Verhängung der Untersuchungshaft Kontakt mit einem Verteidiger aufzunehmen. Über die kostenfreie, täglich rund um die Uhr erreichbare Hotline (0800 376 386) kann unverzüglich ein Verteidiger erreicht werden. Die Vertretung endet grundsätzlich mit der Freilassung des festgenommenen oder zur sofortigen Vernehmung vorgeführten Beschuldigten bzw mit Verhängung der Untersuchungs-, Auslieferungs- oder Übergabehaft.

Österreichweit nehmen jeden Tag achtzehn dafür eingeteilte Rechtsanwälte die bei der Hotline einlangenden Anrufe entgegen. Seit 1. 1. 2017 erfolgten über den Verteidigernotruf bereits 2.658 Kontaktaufnahmen (Stand: Ende Dezember 2018); das sind ca 110 Anrufe pro Monat. Im Vergleich zu den Vorjahren sind die Zahlen damit deutlich angestiegen. Der Durchschnittswert lag im Jahr 2016 bei ca 30 Anrufen im Monat. Diese Vervielfachung der Anfallzahlen verdeutlicht, dass der Verteidigernotruf vermehrt in Anspruch genommen wird und er damit stetig an Wichtigkeit zunimmt. In Umsetzung der RL Prozesskostenhilfe werden sich die Anfallzahlen nochmals beträchtlich erhöhen. Der ÖRAK und die österreichischen Rechtsanwälte leisten mit dem Bereitschaftsdienst daher jedenfalls einen wesentlichen Beitrag zur rechtsstaatlich gebotenen Wahrung der Beschuldigtenrechte.

Das bewährte Instrumentarium des rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdiensts soll auch künftig getrennt vom Verfahrenshilfesystem bestehen bleiben. Dies ist aus der Sicht der Rechtsanwaltschaft jedenfalls begrüßenswert. Die Kostentragung wäre in § 59 StPO noch gesetzlich anzupassen, wobei von einer kostenlosen Begebung bei bloßer Behauptung einer finanziellen Bedürftigkeit iSd § 61 Abs 2 StPO oder der Schutzbedürftigkeit iSd § 61 Abs 2 Z 2 StPO auszugehen ist.

Grundsätzlich ist der RL im Strafverfahren die Entscheidung über die Bewilligung oder Ablehnung von Prozesskostenhilfe samt Begebung von Rechtsbeiständen unverzüglich, spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörde oder aber vor

der Durchführung von Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen (Gegenüberstellungen und Tatortrekonstruktionen) zu fällen. ErwGr 19 RL Prozesskostenhilfe berücksichtigt aber, dass die zuständigen Behörden wohl nicht in der Lage sein werden, schon zu diesem frühen Zeitpunkt eine materielle Prüfung und Begebung des Verfahrenshilfeverteidigers zu entscheiden. In einem solchen Fall muss dann vor einer solchen Befragung oder vor der Durchführung solcher Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen zumindest eine Art von „Dringlichkeits-Prozesskostenhilfe“ oder eine vorläufige Prozesskostenhilfe gewährt werden. Die Behauptung der finanziellen Bedürftigkeit wird daher für die kostenlose Beistellung eines Verteidigers im Wege des rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdiensts notwendig und im Ergebnis auch ausreichend sein. Die Mitgliedstaaten haben nämlich jedenfalls durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass die zuständige Behörde ihre Entscheidung sorgfältig trifft und dabei die Rechte der Verteidigung wahrt. Die Begebung eines Rechtsanwalts in Bereitschaft aufgrund eines (mündlich) gestellten Antrags stellt dies sicher.

Grundsätzlich deckt der rechtsanwaltliche Bereitschaftsdienst jene Leistungen ab, die nach der RL Prozesskostenhilfe zugunsten der Verfahrensbeholdenen geleistet werden müssen. Das sind zunächst die für jedermann kostenlose telefonische Beratung, der sog „erste Anruf“, aber auch allfällige darüber hinausgehende rechtsanwaltliche Leistungen wie Beratungsgespräche und die Teilnahme an Vernehmungen und Tatrekonstruktionen. In aller Regel sind die Anwesenheit des Verteidigers in Bereitschaft bei der Befragung durch die Polizei und die in diesem Zusammenhang geleistete Rechtsberatung notwendig. Die über einen „ersten Anruf“ hinausgehenden Leistungen sind derzeit grundsätzlich kostenpflichtig und werden mit einem Stundensatz von derzeit € 120,- zuzüglich USt verrechnet.

In der Praxis wird dies aktuell so gehandhabt, dass der den Bereitschaftsdienst leistende Rechtsanwalt für über die kostenlose telefonische Beratung hinausgehende Leistungen grundsätzlich eine Honorarnote legt. Sollte sich jedoch herausstellen, dass dem Beschuldigten Verfahrenshilfe gewährt wird, oder behauptet der Beschuldigte seine finanzielle Bedürftigkeit, so wird von der Geltendmachung dieses Honoraranspruchs beim Beschuldigten abgesehen. Die Abgeltung dieser Bereitschaftsdienstleistungen erfolgt sodann über den ÖRAK durch die vom BMVRDJ dafür bereitgestellten Mittel. Im Hinblick auf Art 4 Abs 5 RL Prozesskostenhilfe kann daher diese in der Praxis bereits bewährte Handhabung wohl beibehalten werden. Es wird jedoch wohl nicht mehr notwendig sein, die Leistungen vorerst gegenüber dem Beschuldigten abzurechnen, sofern dieser seine finanzielle Bedürftigkeit behauptet. Eine zeitnahe Abrechnung der erbrachten Leistungen gegenüber dem ÖRAK bleibt aber weiterhin erforderlich. Für die bloße Bereitschaft gebühren Rechtsanwälten auf Bereitschaft € 110,- zuzüglich USt pro Tag.

Aufgrund der zu erwartenden steigenden Nachfrage wäre es in diesem Zusammenhang aber auch notwendig, mehr auf Abruf bereitstehende Verteidiger zur Verfügung zu stellen, sodass tatsächlich ein hinreichender Zugang zu einem Verteidiger iS der RL erfolgen kann. Angesichts des bevorstehenden Mehraufwands ist meines Erachtens eine angemessene Erhöhung der Honorare für den Bereitschaftsdienst notwendig.

f) Verfahrenshilfesystem

Die Verfahrenshilfeverteidigungen in Österreich sind insgesamt gesehen von guter Qualität. Im Jahr 2017 gab es 20.864 Verfahrenshilfebestellungen, davon 14.479 (69,4%) in Strafsachen (= überdurchschnittlicher Anstieg in Strafsachen im Vergleich zum Jahr 2016: von 20.419 Verfahrenshilfen 13.812 [67,6%]).

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

Die Auswahl des Verfahrenshilfeverteidigers über ein flächendeckendes und einigermaßen gerechtes Bestellsystem wird von Zeit zu Zeit infrage gestellt. Vorgaben, wonach bei der Auswahl des Verfahrenshilfeverteidigers auch auf besondere spezifische Qualifikationen Rücksicht zu nehmen sei, trifft die Prozesskostenhilfe-RL nicht. In diesem Zusammenhang ist aber anzumerken, dass von den rund 6.200 in Österreich zugelassenen Rechtsanwälten immerhin 887, sohin fast 15%, Strafrecht explizit als ein besonderes Fachgebiet gewählt haben. Darüber hinaus sind 147 Rechtsanwälte außerdem im Spezialgebiet des Wirtschaftsstrafrechts tätig. In Österreich ist beinahe jeder vierte Rechtsanwalt (24,12%) in einer sog Allgemeinpraxis tätig, welche in aller Regel und speziell außerhalb der Ballungszentren stets auch strafrechtliche Klienten zu betreuen hat. Dies zeigt die dominante Stellung des Rechtsanwalts in seiner Funktion als Strafverteidiger. Zudem stellt dies ein Zeichen für die Einheitlichkeit des Berufsbilds des Rechtsanwalts dar, der auch als Strafverteidiger auftreten kann.

Diese Einheitlichkeit des Berufsstands ist ein hohes Gut, das es zu erhalten gilt. Dem geschuldet sind daher auch ein noch besserer und punktuell noch zu verstärkender strafrechtlicher Kompetenzerwerb im Rahmen der Ausbildung zum Rechtsanwalt und die Erhaltung dieser Kompetenz durch eine diesbezügliche pflichtgemäße Fortbildung des Rechtsanwalts gem § 10 Abs 6 RAO. Dazu wird es hinkünf-

tig Schwerpunktsetzungen durch den ÖRAK und die Anwaltsakademie (AWAK) geben.

IV. PROZESSKOSTENHILFE-RL IM LICHT DER EMRK

Wie bereits erwähnt, kodifiziert die vorliegende RL auf unionsrechtlicher Ebene Vorgaben, die sich überwiegend bereits aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben.

Die Entstehung der Prozesskostenhilfe-RL wurde im Wesentlichen von der Judikatur der EGMR, insb der Entscheidung in der Rs *Salduz (vs Türkei)*, EGMR 36391/02, beeinflusst. Zur Maßnahme C des „Fahrplans Verfahrensrechte“ wird – in wortnaher Anlehnung an die *Salduz*-Entscheidung – ausgeführt, dass das Recht auf Rechtsbeistand (durch einen Rechtsberater) für einen Verdächtigen oder Beschuldigten zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens zum frühestmöglichen Zeitpunkt von grundlegender Bedeutung ist. Dementsprechend ist es auch nur konsequent, dass im Lichte der Rechtsbeistand-RL einem Verdächtigen oder Beschuldigten in einem Strafverfahren nicht nur zum frühestmöglichen Zeitpunkt des Verfahrens ein Rechtsbeistand gewährt wird, sondern auch im Fall eines entsprechenden Interesses der Rechtspflege und/oder einer wirtschaftlichen Bedürftigkeit die mit der Gewährung eines Rechtsbeistands verbundenen Kosten getragen werden.

Die Prozesskosten-RL stellt daher mE auch sicher, dass im Rahmen der unionsweiten Mindestharmonisierung dieses Aspekts der Verfahrensrechte in Strafverfahren der stRsp des EGMR zu Art 6 EMRK dahingehend Rechnung getragen wird, dass dem „Recht auf praktische und wirksame Verteidigung“ zum Durchbruch verholfen wird. So wird in der stRsp des EGMR immer wieder hervorgehoben, dass die Konvention nicht nur theoretisch (Verfahrens)rechte schützen will, um die Konventionsgarantie zu erfüllen. So kann nach den Umständen des Einzelfalls auch die bloße Bestellung eines Verteidigers noch nicht ausreichend sein, um diesem Grundrecht zu entsprechen und um die Verteidigungsrechte des Grundrechtsträgers praktisch und wirksam wahrnehmen zu können.

In Verbindung mit dem Regressionsverbot in den Schlussbestimmungen der Prozesskostenhilfe-RL ist diese RL jedenfalls ein Schritt in die richtige Richtung und wichtig für die Durchsetzung einer effektiven Verteidigung in einem rechtsstaatlichen Verfahren. Rechte und Verfahrensgarantien, die durch die GRC, die EMRK oder andere einschlägige völkerrechtliche oder nationale Bestimmungen eingeräumt werden und ein höheres Schutzniveau gewährleisten, sind aber jedenfalls vorrangig vor den nationalen Umsetzungsbestimmungen dieser RL anzuwenden.

V. RESÜMEE

Die RL Prozesskostenhilfe kodifiziert weitgehend Vorgaben, die sich bereits aus Art 6 EMRK ergeben. Diesbezüg-

lich besteht ein beschränkter Änderungsbedarf der österreichischen Rechtslage. Das liegt vor allem daran, dass das Verfahrenshilfesystem den EMRK-Standards entspricht und weite Teile der Vorgaben der RL Prozesskostenhilfe durch den erfolgreichen rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst („Verteidignotruf“) abgedeckt werden. Die Qualität der Verfahrenshilfe in Österreich ist gut und das gegenwärtige Bestellungssystem erweist sich in der Praxis als sachgerecht. Daher soll der rechtsanwaltliche Bereitschaftsdienst auch neben dem Verfahrenshilfesystem bestehen

bleiben und eine Umsetzungsmaßnahme derselben darstellen. Dies stellt insoweit auch eine Umsetzungsmaßnahme der RL dar.

In Hinblick auf die ebenfalls noch umzusetzende, hier jedoch nicht behandelte RL Jugendstrafverfahren werden Änderungen im Bereich der notwendigen Verteidigung erforderlich sein. Außerdem wird Jugendlichen bei der ersten Vernehmung iSd § 153 Abs 1 StPO ausnahmslos ein kostenloser Rechtsbeistand über den Bereitschaftsdienst beizugeben sein.

Verschärfung der Strafenpraxis: Sind neue Tatbestände und höhere Strafen notwendig?

Das Thema meines heutigen Vortrags, „Verschärfung der Strafenpraxis: Sind neue Tatbestände und höhere Strafen notwendig?“, ist in erster Linie ein rechtspolitisches. Die Diskussion um die Notwendigkeit strengerer Strafdrohungen – insb bei Gewalt- und Sexualdelikten – wird in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen insb von der Politik geführt.

Es treffen dabei durchaus unterschiedliche ideologische Wertvorstellungen aufeinander. Diskutiert wird nicht nur die grundsätzliche Frage nach strengeren Strafen, sondern zB auch das Verhältnis der Gewichtung von Strafdrohungen bei Gewalt- und Sexualdelikten einerseits und Wirtschaftsdelikten andererseits. In mehreren Schritten über die letzten Jahre wurden wiederholt legislativ Strafschärfungen eingeführt. Zuletzt brachte insb die StGB-Novelle des Jahres 2015 (in Kraft getreten mit 1. 1. 2016) zum Teil erhebliche Strafverschärfungen im Bereich der Gewaltdelikte, aber auch die Einführung neuer Straftatbestände.

Der Ruf nach strengeren Strafen wird aber auch regelmäßig dann laut, wenn besonders drastische Anlassfälle durch die Medien gehen. Mediale Berichterstattung hat durchaus Einfluss und bringt politische Entscheidungsträger – zumindest vermeintlich – unter Druck. Auswirkungen haben sie aber durchaus auch auf Behörden. Ich denke etwa an den Fall Brunnenmarkt, der kurz- und mittelfristig zu einem deutlichen Anstieg an Einweisungen gem § 21 StGB geführt hat.

Es ist aber vor allem die Politik, die sich dieses Themas immer wieder und regelmäßig annimmt. Es hat in den letzten Jahren kaum Regierungsverhandlungen gegeben (egal in welcher Konstellation), bei denen das Thema Sicherheit – und damit regelmäßig einhergehend die Frage nach Strafverschärfungen – nicht prominent diskutiert wurde.

Auch das aktuelle Regierungsprogramm 2017–2022 der ÖVP-FPÖ-Koalition thematisiert Strafverschärfungen, insb bei Sexual- und Gewaltdelikten. Auch das bereits angesprochene Verhältnis zu Wirtschaftstatbeständen wird thematisiert:

„Die Relation der Strafdrohungen für Vermögensdelikte einerseits und für Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit sowie Sexualdelikte andererseits wird in unserer Gesellschaft als nicht mehr zeitgemäß empfunden und kritisiert. Bisherige Anstrengungen, eine Ausgewogenheit herzustellen, waren nicht ausreichend, sodass weitere Maßnahmen zu setzen sind. Straftatbestände und Strafdrohungen müssen dem gesellschaftlichen Wandel Rechnung tragen. Dazu muss im Strafrecht den negativen Auswirkungen von Straftaten auf das Leben und die körperliche und geistige Unversehrtheit von Opfern mehr Gewicht eingeräumt werden. Opfer von Gewalt- und Sexualdelikten sind schwerer Traumatisierung ausgesetzt, die in den gesetzlichen Strafdrohungen zu wenig berücksichtigt wird.“

Dieser programmatischen Festlegung folgen dann zwar eher allgemein formulierte, aber im Inhalt durchaus gezielte Festlegungen, wie etwa

- „weitere Strafverschärfung bei Gewalt- und Sexualdelikten“ oder
- „Verschärfung einzelner Bestimmungen im SMG, um insbesondere Minderjährige zu schützen“;
- „Nachschärfung der Strafzumessungsgründe (zB außerordentliche Strafverschärfung bei besonders verwerflichen Beweggründen oder besonders brutaler Tatbegehung oder nachhaltigen psychischen Folgen für das Opfer)“.

Letztere Formulierung klingt zunächst allgemein gehalten, könnte aber gerade im Bereich der schweren Gewalt- bzw



RÜDIGER SCHENDER
Vorsitzender des Arbeitskreises Strafrecht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages

2019/98

Sexualkriminalität durchaus weitreichende Auswirkungen auf Strafdrohungen haben. Zu beachten ist insb der Hinweis auf „außerordentliche Strafverschärfung“.

Damit angesprochen sind nämlich nicht die Einführung neuer Tatbestände oder die Anhebung des Strafrahmens bei konkreten Delikten (wie dies in der Vergangenheit oft der Fall war), sondern eben die „allgemeinen Strafzumessungsgründe“. Zu denken ist etwa an besondere Erschwerungsgründe nach § 33 StGB, aber auch an die Strafverschärfung bei Rückfall nach § 39 StGB bzw Änderungen von Mindeststrafdrohungen nach § 39a StGB.

Eine Änderung dieser Bestimmungen hätte Auswirkungen auf eine Vielzahl von Delikten, sogar auf ganze Deliktgruppen bei qualifizierter Strafbegehung.

Eine Strafsverschärfung bei qualifizierten Rückfallstätern – etwa aus besonders verwerflichen Beweggründen oder wegen besonders brutaler Tatbegehung – wäre zumindest der Versuch, von der Gesellschaft für besonders verwerflich erachtete Straftaten zu treffen, ohne den eigentlichen Deliktskatalog angreifen zu müssen.

§ 39 StGB sieht derzeit bereits vor, dass bei zwei Vorverurteilungen wegen Taten, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, das Höchstmaß der angedrohten Freiheits-/Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden kann (maximal auf 20 Jahre). Es handelt sich um eine „Kann-Bestimmung“, die dem erkennenden Gericht einen Ermessensspielraum einräumt. § 39a StGB ist derzeit auf Taten beschränkt, die ein volljähriger Täter gegen eine unmündige Person unter Anwendung von Gewalt oder Drohung begeht.

Ob es zu einer Erweiterung dieser Bestimmungen kommt (etwa durch eine verpflichtende Strafverschärfung bei qualifiziertem Rückfall oder durch Erweiterung der erfassten Deliktgruppen), bleibt abzuwarten.

Sind nun aber neue Tatbestände und/oder höhere Strafrahmen notwendig?

Ich denke nicht. Der Deliktskatalog unseres StGB ist umfassend und erfasst schon jetzt in seinen Tatbeständen jenes Verhalten, das strafrechtlich zu ahnden ist, in angemessener Weise.

Auch höhere Strafrahmen – jedenfalls ohne Bezug auf besonders verwerfliche Tatbegehung – sind meines Erachtens ebenso wenig notwendig. Die bestehenden Strafrahmen sind weitestgehend ausreichend. Der obere Bereich des Strafrahmens wird ohnedies nur in seltenen Fällen – etwa bei mehrfachen Rückfallstätern – überhaupt ausgeschöpft.

Wird in „Extremfällen“ mit den bestehenden Strafdrohungen nicht das Auslangen gefunden, bietet § 39 Abs 1 StGB schon jetzt die Möglichkeit, das Höchstmaß der angedrohten Strafe um die Hälfte zu überschreiten. Gerade der wahrscheinlich relevanteste Fall des mehrfachen Rückfallstäters ist damit ohnedies bereits abgedeckt und gibt den Gerichten die Möglichkeit, nicht aber die Verpflichtung zu einer Strafschärfung („kann“).

Für die Strafzumessung hingen bieten die besonderen Erschwerungsgründe des § 33 StGB eine Richtlinie. Auch diese Bestimmung wurde wiederholt ergänzt.

Insgesamt denke ich daher, dass eine weitere Anhebung der oberen Strafrahmen im Deliktskatalog des StGB nicht notwendig ist.

Studien der empirischen Forschung legen nahe, dass eine Anhebung der Strafdrohungen bei potentiellen Tätern auch nur bedingt eine präventive Wirkung entfaltet. Ein Täter denkt in der Regel nicht darüber nach, ob ihm maximal zehn oder 15 Jahre Strafe drohen. Er denkt eher darüber nach, ob er erwischt wird oder nicht. Eine weitere Strafverschärfung hätte demzufolge meist nur bedingt Auswirkungen darauf, ob jemand straffällig wird. Weitere Strafverschärfungen könnten allerdings dem Gedanken eines erweiterten Opferschutzes (auch hinsichtlich potentieller zukünftiger Opfer) folgen.

In den letzten zehn Jahren ist es bereits mehrfach sowohl zur Einführung neuer Straftatbestände als auch zu Strafverschärfungen gekommen:

(i) Durch das 2. Gewaltschutzgesetz (2. GeSchG BGBl I 2009/40), welches am 1. 6. 2009 in Kraft trat, wurde die Verlängerung der Verjährung für Sexualstraftaten (§ 58 Abs 3 Z 3 StGB) eingeführt. Nicht mehr in die Verjährungsfrist einzurechnen ist seitdem die Zeit bis zur Vollenendung des 28. Lebensjahrs des zur Zeit der Tatbegehung minderjährigen Opfers.

Es wurden in § 202 Abs 1 StGB (Vergewaltigung) und § 205 Abs 1 StGB (sexueller Missbrauch einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person) Strafuntergrenzen in Höhe von sechs Monaten eingeführt und die Strafrahmen der § 205 Abs 2 StGB sowie § 207 Abs 3 StGB (sexueller Missbrauch von Unmündigen mit der Tatfolge einer schweren Körperverletzung, Begehung durch Versetzung in besonders qualvollen Zustand oder Erniedrigung in besonderer Weise) auf fünf bis 15 Jahre bei schwerer Körperverletzung bzw Schwangerschaft als Folge bzw zehn bis 20 Jahre oder lebenslänglich bei Tod als Folge angehoben.

(ii) Am 1. 1. 2011 trat BGBl I 2010/111 in Kraft. Dabei handelt es sich um eine der wenigen Novellen der letzten Jahre, die zu einer Entschärfung führte: Durch den Entfall der Z 2 und Änderung der Z 3 des § 88 Abs 2 StGB (fahrlässige Körperverletzung) kam es zu einer Anhebung der Strafflosigkeitsgrenze, wenn aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von zuvor drei und nunmehr 14 Tagen entsteht.

Auch im allgemeinen Teil wurden die Anlasstaten für die Unterbringung in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher durch Ausschluss der „mit Strafe bedrohten Handlungen gegen fremdes Vermögen“ eingeschränkt (§ 21 Abs 3 StGB).

In gewisser Weise strafverschärfend wirkte, dass seit dieser Novelle Geldstrafen nicht mehr zur Gänze bedingt nachgesehen werden können (§ 43 Abs 1 und § 43a Abs 1 StGB).

(iii) Mit 1. 1. 2012 (BGBl I 2011/130) wurde § 39a StGB (Änderung der Strafdrohung bei strafbaren Handlungen gegen unmündige Personen) eingeführt. Nach § 39a Abs 1 StGB werden die Mindeststrafdrohungen angehoben, wenn ein volljähriger Täter eine vorsätzliche strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung gegen eine unmündige Person begangen hat.

Die gleichen Voraussetzungen (Tatbegehung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung durch eine volljährige gegen eine unmündige Person) sind seitdem ein eigener Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 StGB.

Zudem kam es zu einer Ausdehnung der österreichischen Gerichtsbarkeit nach § 64 Abs 1 Z 4a StGB auf bestimmte weitere Sexualdelikte.

Ebenfalls eingeführt wurden zwei neue Tatbestände im Bereich des Sexualstrafrechts, nämlich einerseits die Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen („Grooming“; § 208a StGB), und andererseits wurde die wissentliche Betrachtung einer pornografischen Darbietung einer minderjährigen Person unter Strafe gestellt (§ 215a Abs 2a StGB).

(iv) Zu einer beträchtlichen Strafverschärfung im Bereich des Sexualstrafrechts kam es durch das Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013 (Inkrafttreten 1. 8. 2013):

- Erhöhung der Mindeststrafdrohung für Vergewaltigung (§ 201 Abs 1 StGB) von sechs Monaten auf ein Jahr (vgl schon Strafverschärfung durch das 2. GeSchG 2009, Pkt [i]);
- Erhöhung des Strafrahmens der geschlechtlichen Nötigung (§ 202 Abs 2 StGB) in schweren Fällen auf fünf bis 15 Jahre (vormals ein bis zehn Jahre); bei Tatfolge Tod: Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe (vormals fünf bis 15 Jahre);
- Anpassung im Bereich des sexuellen Missbrauchs einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person (§ 205 StGB) an den Tatbestand der Vergewaltigung (§ 201 StGB);
- inhaltliche Erweiterung der Qualifikation bei sexuellem Missbrauch von Unmündigen (§§ 206 und 207 StGB, jeweils Abs 3 und 4);
- Ausdehnung des Tatbestands der sittlichen Gefährdung von Personen unter 16 Jahren (§ 208 Abs 2 bis 4 StGB);
- Ausdehnung des Tatbestands der Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen (§ 208a Abs 1a und 2 StGB);
- Anhebung der Strafdrohung bei Förderung der Prostitution und pornografischer Darbietungen Minderjähriger (§ 215a Abs 1 und 2 StGB);
- Anhebung der Strafdrohung bei Zuhälterei (§ 216 Abs 1 bis 4 StGB);
- Ausdehnung der Reichweite des Tätigkeitsverbots (§ 220b Abs 1 StGB).

(v) Umfangreiche Strafverschärfungen brachte auch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015. Es kam zu zahlreichen Änderungen, ua in den Bereichen der Körperverletzungsdelikte und der Sexualdelikte. Es seien hiervon einige genannt:

- Einführung der Definition der groben Fahrlässigkeit in § 6 Abs 3 StGB und Ersatz des Tatbestands „Fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ durch den Tatbestand „grob fahrlässige Tötung“;
- Neugestaltung der §§ 84 bis 86 StGB (schwere Körperverletzung, Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen, Körperverletzung mit tödlichem Ausgang): Es kam zu einer Differenzierung des Strafrahmens je nachdem, ob der Täter mit Misshandlungs- oder Verletzungsvorsatz gehandelt hat, sowie zur Erhöhung des Strafrahmens für die qualifizierte Körperverletzung;
- Erhöhung des Strafrahmens in § 87 StGB (absichtliche schwere Körperverletzung);
- Einführung einer neuen Strafbestimmung „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ (§ 205a StGB).

(vi) Durch die Strafgesetznovelle 2017 (Inkrafttreten 1. 9. 2017) wurden die notwehrfähigen Rechtsgüter um die „sexuelle Integrität und Selbstbestimmung“ erweitert.

Diese Darstellungen zeigen, dass es in den letzten Jahren zu wiederholten Novellierungen, insb des Sexualstrafrechts, kam. Dabei wurden die Strafhöhen für Sexualdelikte teilweise massiv erhöht, in manchen Fällen sogar verdoppelt.

Ziel des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 war es, das bisherige Missverhältnis bei den Strafen für Gewaltdelikte und Vermögensdelikte zu beseitigen. Es kam auch zu einer Verschärfung der Strafdrohungen bei bestimmten Gewaltdelikten.

Abschließend ist festzuhalten, dass bereits in den letzten Jahren eine kontinuierliche Tendenz zur Anhebung der Strafdrohungen, insb im Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte, evident ist. Es wurden zudem neue Straftatbestände eingeführt.

Bevor es zu weiteren Strafverschärfungen kommt, erscheint eine Evaluierung über einen längeren Zeitraum sinnvoll, um darauf aufbauend eine rechtspolitische Diskussion über das Thema allfälliger weiterer Strafschärfungen führen zu können.

Weitere Anhebungen der Strafanrohungen im Delikt-katalog des StGB oder die Einführung weiterer Straftatbestände wären meines Erachtens derzeit nicht sachgerecht und auch nicht zielführend. Sehr wohl gerechtfertigt erscheinen demgegenüber Strafverschärfungen bei gefährlichen Rückfallstätern im Bereich der Gewalt- und Sexualdelikte – sowohl aus spezial- und generalpräventiven Gründen als auch aus Sicht des Opferschutzes.



SEVERIN GLASER
Der Autor ist Assoziierter
Professor an der WU
Wien.



RUPERT MANHART
Der Autor ist Rechtsan-
walt in Bregenz.

2019/99

Geldwäscherei neu – ein Vorschlag zur Neufassung des Straftatbestands unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Vorgaben und österreichischer Judikatur

I. EINFÜHRUNG

Der Bereich der Geldwäsche¹ unterliegt mannigfachen internationalen und europäischen Vorgaben, die gerade in den letzten Jahren mit geradezu atemberaubender Geschwindigkeit geändert und vermehrt wurden.² Im österreichischen Recht hat das zu zahlreichen Änderungen geführt, darunter auch zu einer (erneuten) Verschärfung des Geldwäschereistraftbestands nach § 165 StGB durch die Strafgesetznovelle 2017.³ Dabei wurden einige grundsätzliche Probleme, wie etwa das fragliche Ende der Tatobjekteigenschaft, die den Straftatbestand seit seiner Einführung 1993 begleiten, nie behoben. Angesichts des Umstands, dass durch die Umsetzung der PIF-RL⁴ und der RL 2018/1673⁵ erneute Änderungen des österreichischen Geldwäscherei-Straftbestands unvermeidlich sein werden, versucht dieser Beitrag, eine völlige Neugestaltung des Geldwäscherei-Straftbestands zu skizzieren, die nicht nur der Umsetzung der (alten und neuen) europäischen und internationalen Vorgaben gerecht wird, sondern auch die grundlegenden Probleme des bisherigen § 165 StGB bewältigen soll.

II. ALLGEMEINER TEIL

1. Administrativer und strafrechtlicher Geldwäschebegriff

Der vorliegende Beitrag gestaltet und fasst den Geldwäscherei-Straftbestand in Übereinstimmung mit den entsprechenden internationalen und europäischen Vorgaben neu. Dabei ist allerdings eine Vorbemerkung unerlässlich: Bislang nehmen fast alle – ebenfalls in Umsetzung europäischer und internationaler Vorgaben – ergangenen österreichischen Geldwäsche-Präventionsbestimmungen, die sich verstreut über mehrere verschiedene Gesetze⁶ finden, Bezug auf den Geldwäscherei-Straftbestand nach § 165 StGB als Anknüpfungspunkt der Präventionspflichten. Dass diese Verstrickung von Strafrecht und Präventionsrecht nie erforderlich war und für beide Bereiche letztlich nachteilig ist, wurde literarisch bereits erörtert;⁷ dass die Schaffung eigenständiger Geldwäschebegriffe für präventionsrechtliche Zwecke möglich und praktikabel ist, zeigen das WTBG

und das BiBuG, deren Präventionsbestimmungen⁸ an jeweils eigens legaldefinierten Geldwäschebegriffen⁹ anknüpfen. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass nicht nur andere internationale Vorgaben,¹⁰ sondern auch die im Geldwäschereibereich ergangenen EU-Rechtsakte¹¹ eine Trennung

¹ Der vorliegende Beitrag verwendet für die allgemeine kriminologische Typologie und internationale Vorgaben den Begriff der „Geldwäsche“, für das österreichische Strafrecht den Begriff der „Geldwäscherei“. Soweit präventionsrechtliche Bestimmungen im österreichischen Recht an den Straftatbestand anknüpfen, ist auch insoweit von Geldwäscherei zu sprechen, im Übrigen von Geldwäsche.

² Allein im Jahr 2018 wurden im Rahmen der EU neben der gleich noch detaillierter zu erörternden RL 2018/1673 noch folgende weitere Rechtsakte verabschiedet: RL (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. 5. 2018 zur Änderung der RL (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der RL 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl L 156 v. 19. 6. 2018, 43 (5. Geldwäsche-RL); VO (EU) 2018/1672 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 10. 2018 über die Überwachung von Barmitteln, die in die Union oder aus der Union verbracht werden, und zur Aufhebung der VO (EG) 1889/2005, ABl L 284 v. 12. 11. 2018, 6 (2. Barmittel-VO); sowie zwei Novellen der (tertiärrechtlichen) Hochrisiko-VO 2016/1675, nämlich die Delegierte Verordnung (EU) 2018/105 der Kommission v. 27. 10. 2017 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2016/1675 im Hinblick auf die Aufnahme Äthiopiens in die Liste der Drittländer mit hohem Risiko in der Tabelle unter Nummer I des Anh. ABl L 19 v. 24. 1. 2018, 1, sowie die Delegierte Verordnung (EU) 2018/212 der Kommission v. 13. 12. 2017 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2016/1675 zur Ergänzung der RL (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Aufnahme von Sri Lanka, Trinidad und Tobago und Tunesien in die Tabelle unter Nummer I des Anh. ABl L 41 v. 14. 2. 2018, 4.

³ BGBl I 2017/117.

⁴ RL (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5. 7. 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl L 198 vom 28. 7. 2017, 29.

⁵ RL (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 10. 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl L 284 v. 12. 11. 2018, 22.

⁶ Zu nennen sind bspw die RAO (§§ 8 a ff), die NO (§§ 36 a ff), das FM-GwG, das WiEReG, das BKA-G (§ 4), die GewO (§§ 365 m ff), das GSpG (va § 31 c) etc, aber auch Landesgesetze in Bezug auf Wettunternehmer und Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten.

⁷ Glaser, Neue Wege bei der Geldwäschebekämpfung, ZWF 2016, 10 (12); ders., Gibt es „Gold-Plating“ im Bereich der Geldwäsche? AnwBl 2018, 440 (443).

⁸ §§ 87 ff WTBG bzw §§ 43 ff BiBuG.

⁹ § 87 Abs 2 Z 1 WTBG bzw § 43 Abs 2 Z 1 BiBuG.

¹⁰ So verwendet etwa die United Nations Convention against Corruption, Chapter XVIII Treaty 18 UNTS, GA Res 58/4, 31. 10. 2003 (UNCAC), zwei verschiedene Geldwäschebegriffe für das Straf- und Präventionsrecht; ebenso die United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Chapter XVIII Treaty 18 UNTS, GA Res 55/25, 15. 11. 2000 (Palermo-Konvention).

¹¹ Vgl einerseits den präventionsrechtlichen Geldwäschebegriff nach Art 1 Abs 3 der RL (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20. 5. 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der VO (EU) 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der RL 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und RL 2006/70/EG der Kommission, ABl L 141 v. 5. 6. 2015, 73 (4. Geldwäsche-RL), andererseits den strafrechtlichen Geldwäschebegriff nach Art 3 RL 2018/1673, der nicht nur einen weiteren Vortatensatz enthält, sondern auch

der Geldwäschebegriffe für den straf- und präventionsrechtlichen Bereich mittlerweile selbst praktizieren und daher auch für die innerstaatliche Umsetzung nahelegen. Die in diesem Beitrag vorgeschlagene Neufassung des Geldwäscherei-Straftatbestands baut auf einer durchgehenden Trennung der Geldwäsche-Präventionspflichten vom Geldwäscherei-Straftatbestand auf, damit letzterer nur durch jene internationalen und europäischen Vorgaben determiniert wird, die tatsächlich das Strafrecht regeln. Er soll jedoch nicht mit den Inhalten jener internationalen und europäischen Vorgaben belastet werden, die ausschließlich das Geldwäschepräventionsrecht regeln.

2. Internationale Vorgaben

Reduziert man die internationalen und europäischen Vorgaben zur Geldwäsche um all jene, die sich ausschließlich der Geldwäscheprävention widmen, bleiben dennoch mehrere Rechtsakte bestehen, die es bei der Schaffung eines Geldwäscherei-Straftatbestands zu beachten gilt. Einfach zu berücksichtigen sind dabei Art 3 Abs 1 lit b sowie lit c sublit i Wiener Drogenkonvention,¹² Art 23 UNCAC, Art 6 Palermo-Konvention und Art 7 OECD-Bestechungsübereinkommen,¹³ verlangen sie doch die Kriminalisierung der Geldwäsche in Bezug auf einen jeweils sehr eingeschränkten Vortatenkatalog und ohne Erfordernis zur Kriminalisierung der Eigengeldwäsche.

Das Straßburger Geldwäsche-Übereinkommen,¹⁴ das Österreich im Unterschied zur ebenfalls unterzeichneten Warschauer Geldwäsche-Konvention¹⁵ auch ratifiziert hat, ist nicht auf bestimmte Vortaten, sondern horizontal ausgerichtet, überlässt es jedoch letztlich jeder Vertragspartei selbst, durch eine auf Art 6 Abs 4 gegründete Erklärung für sich festzulegen, in Bezug auf welche Vortaten sie durch den völkerrechtlichen Vertrag gebunden sein soll. Österreich hat insoweit erklärt, nur auf Verbrechen als Vortaten abstellen zu wollen.¹⁶ Der Geldwäsche-RBe¹⁷ verbietet den EU-Mitgliedstaaten die Aufrechterhaltung von Vorbehalten zu Art 6 Straßburger Geldwäsche-Übereinkommen in Bezug auf „*schwere Straftaten*“, wozu „*auf jeden Fall die Straftaten gehören, die mit einer Freiheitsstrafe [. . .] im Höchstmaß von mehr als einem Jahr, oder – in Staaten, deren Rechtssystem ein Mindeststrafmaß für Straftaten vorsieht – die mit einer Freiheitsstrafe [. . .] von mindestens mehr als sechs Monaten belegt werden können*“.¹⁸ Die Europäische Kommission legt diese Bestimmung so aus, dass Österreich jedenfalls alle Straftaten, deren Freiheitsstrafdrohung ein Jahr übersteigt, als Vortaten der Geldwäscherei umschreiben sollte, maW seine anderslautende Erklärung zu Art 6 Straßburger Geldwäsche-Übereinkommen nicht aufrechterhalten dürfte.¹⁹ Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend, und es ist bezeichnend, dass die Europäische Kommission – obwohl Österreich erst durch die Strafgesetznovelle 2017 einen der Kommissionsauffassung entsprechenden Vortatenkatalog des § 165

StGB hergestellt hat – nie ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich angestrengt hat. Tatsächlich kann die zitierte Bestimmung des Geldwäsche-RBe auch durchaus so gelesen werden, dass sie für Staaten, die wie Österreich sowohl Höchststrafen als auch Mindeststrafen vorsehen, ein Wahlrecht hinsichtlich der beiden Kriterien zur Abgrenzung des Vortatenkatalogs (mehr als ein Jahr Freiheitsstrafdrohung oder mehr als sechs Monate Mindeststrafdrohung) begründet.²⁰ Im Übrigen ist weder dem Straßburger Geldwäsche-Übereinkommen noch dem Geldwäsche-RBe eine Pflicht zur Kriminalisierung der Eigengeldwäsche zu entnehmen.

Anderes gilt für die PIF-RL, die bezogen auf einen relativ überschaubaren Vortatenkatalog²¹ durch ihre Übernahme des Geldwäschebegriffs der 4. Geldwäsche-RL die Kriminalisierung der Eigengeldwäsche erfordert.

Den weitestgehenden Vortatenkatalog enthält die neue RL 2018/1673, die einerseits über eine ausgedehnte Aufzählung von Straftaten bzw Straftatenkategorien verfügt, andererseits über die bereits aus dem Geldwäsche-RBe bekannte Generalklausel, nach der entweder alle mit einer mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe im Höchstmaß oder mit mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe im Mindestmaß bedrohten Straftaten Vortaten sein müssen (Art 2 Z 1). Zudem erfordert die RL 2018/1673 die Kriminalisierung der Eigengeldwäsche, wenngleich nicht in Bezug auf alle Tatbegehungsvarianten (Art 3 Abs 5).

Zusammengefasst ist die bis 3. 12. 2020 umzusetzende RL 2018/1673 also keineswegs die einzige Vorgabe, die bei Abfassung des nationalen Geldwäscherei-Straftatbestands

unterschiedliche Anforderungen an ausländische Vortaten und an die Erfassung der Eigengeldwäsche stellt. Der eine Kriminalisierung erfordernde Art 4 Abs 1 PIF-RL knüpft zwar an den Geldwäschebegriff der 4. Geldwäsche-RL an, ändert jedoch seinerseits den zu erfassenden Vortatenkatalog ab.

¹² Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen, Wien 20. 12. 1988, Chapter VI Treaty 19 UNTS.

¹³ Übereinkommen gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, Paris 17. 12. 1997, abgedruckt in 37 ILM 1 (1998).

¹⁴ Übereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, Straßburg 8. 11. 1990, ETS 141 (Straßburger Geldwäsche-Übereinkommen).

¹⁵ Konvention des Europarates über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten, Warschau 16. 5. 2005, ETS 198.

¹⁶ BGBl III 1997/153.

¹⁷ Rahmenbeschluss des Rates v 26. 6. 2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten (2001/500/JI), ABl L 182 v 5. 7. 2001, 1 (Geldwäsche-RBe).

¹⁸ Art 1 Abs 1 lit b Geldwäsche-RBe.

¹⁹ Bericht der Kommission – Zweiter Bericht der Kommission auf der Grundlage von Art 6 des Rahmenbeschlusses v 26. 6. 2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten, Brüssel, 21. 2. 2006, SEC (2006) 219, KOM (2006) 72 endg.

²⁰ In diesem Sinn etwa Erläuterung RV 1669 BlgNR 25. GP 21.

²¹ Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union (Art 3 PIF-RL), der freilich weit mehr umfasst als nur Betrug iSd § 146 StGB und etwa auch in das Finanzstrafrecht hineinreicht; Bestechung und Bestechlichkeit iSd Art 4 Abs 2 PIF-RL; sowie schließlich die sog „missbräuchliche Verwendung“ nach Art 4 Abs 3 PIF-RL, bei der es fraglich ist, ob sie die Einführung neuer materieller Strafbestimmungen (die in der Folge auch als Vortaten der Geldwäscherei zu umschreiben wären) erfordert oder bereits jetzt vollinhaltlich in bestehenden Straftatbeständen wie Untreue oder Veruntreuung abgebildet ist.

zu berücksichtigen wäre, in vielerlei Hinsicht jedoch die weitreichendste. Der in der Folge vorgeschlagene Geldwäscherei-Straftatbestand kann sich daher meist an den Anforderungen der RL 2018/1673 orientieren und wird damit oft auch den Erfordernissen der anderen internationalen Vorgaben gerecht werden. Wo jedoch die Anforderungen anderer internationaler bzw. europäischer Rechtsakte punktuell über das durch die RL 2018/1673 geforderte Maß hinausgehen, wird der nationale Geldwäscherei-Straftatbestand auch dies zu berücksichtigen haben.

III. BESONDERER TEIL

Die RL 2018/1673 normiert die von den Mitgliedstaaten unter Strafe zu stellenden Handlungen in Art 3 und 4 wie folgt:

„Artikel 3

Straftatbestände der Geldwäsche

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die vorsätzliche Begehungsweise folgender Handlungen unter Strafe gestellt ist:

a) der Umtausch oder Transfer von Vermögensgegenständen in Kenntnis der Tatsache, dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit stammen, zum Zwecke der Verheimlichung oder Verschleierung des illegalen Ursprungs der Vermögensgegenstände oder der Unterstützung einer Person, die an einer solchen Tätigkeit beteiligt ist, damit diese den Rechtsfolgen ihrer Tat entgehen;

b) die Verheimlichung oder Verschleierung der wahren Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung von Vermögensgegenständen oder von Rechten oder Eigentum an Vermögensgegenständen in Kenntnis der Tatsache, dass diese Gegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit stammen;

c) der Erwerb, der Besitz oder die Verwendung von Vermögensgegenständen, in Kenntnis – bei der Übernahme dieser Vermögensgegenstände – der Tatsache, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit stammen.

(2) Die Mitgliedstaaten können die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass eine Handlung nach Absatz 1 strafbar ist, wenn der Täter den Verdacht hatte oder ihm bekannt hätte sein müssen, dass die Vermögensgegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit stammen.

(3) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass

a) eine frühere oder gleichzeitige Verurteilung wegen der kriminellen Tätigkeit, aus der die Vermögensgegenstände stammen, keine Voraussetzung für eine Verurteilung wegen der Straftaten nach den Absätzen 1 und 2 ist;

b) eine Verurteilung wegen der Straftaten nach den Absätzen 1 und 2 möglich ist, wenn festgestellt wird, dass die Vermögensgegenstände aus einer kriminellen Tätigkeit stammen, ohne dass es erforderlich wäre, alle Sachverhaltselemente bzw. alle Umstände im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit festzustellen, darunter auch die Identität des Täters;

c) die Straftaten nach den Absätzen 1 und 2 auch Vermögensgegenstände erfassen, die aus einer Handlung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats oder eines Drittstaates stammen, wenn die Handlung eine kriminelle Tätigkeit darstellen würde, wäre sie im Inland begangen worden.

(4) Im Falle von Absatz 3 Buchstabe c des vorliegenden Artikels können die Mitgliedstaaten ferner verlangen, dass die betreffende Handlung nach dem nationalen Recht des anderen Mitgliedstaats oder des Drittstaates, in dem diese Handlung begangen wurde, eine Straftat darstellt, es sei denn, diese Handlung stellt eine der Straftaten aus Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a bis e und h und gemäß geltendem Unionsrecht dar.

(5) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass eine Handlung nach Absatz 1 Buchstaben a und b unter Strafe gestellt wird, wenn sie von Personen verübt wird, die an der kriminellen Tätigkeit, aus der die Vermögensgegenstände stammen, als Täter oder in anderer Weise beteiligt waren.

Artikel 4

Beihilfe, Anstiftung und Versuch

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Beihilfe und die Anstiftung zu einer Straftat nach Artikel 3 Absätze 1 und 5 sowie der Versuch der Begehung einer solchen Straftat unter Strafe gestellt werden.“

Die RL 2018/1673 verlangt nur, die objektbezogene bzw. vortatbezogene Geldwäscherei unter Strafe zu stellen, die gegenwärtig in Österreich gem § 165 Abs 1 und 2 StGB strafbar ist. Auch die sonstigen internationalen Vorgaben und völkerrechtlichen Verpflichtungen (s dazu oben II.2.) verlangen nur die Kriminalisierung von Straftaten, die auf Vermögensbestandteile Bezug nehmen, die aus Vortaten herrühren bzw. stammen. Weder diese internationalen Vorgaben noch die RL verlangen die Kriminalisierung der subjektbezogenen Geldwäscherei, die gegenwärtig nach § 165 Abs 3 StGB unter Strafe steht. Internationale Verpflichtungen gegen die organisierte Kriminalität und gegen terroristische Vereinigungen werden ebenfalls nicht durch § 165 Abs 3 StGB umgesetzt, sondern durch §§ 278 bis 278g StGB.²² Auch der (wie bereits ausgeführt problematische) Verweis auf den strafrechtlichen Geldwäschereibegriff in den Vorschriften zur Prävention von Geldwäsche verlangt nicht, auch die subjektbezogene Geldwäscherei unter Strafe zu stellen. Letztlich handelt es sich dabei um einen systematischen Fremdkörper im Geldwäscherei-Straftatbestand des StGB.

§ 165 Abs 3 StGB leidet an praktischen Anwendungsproblemen, weshalb es bislang auch keine einzige Verurteilung nach dieser Bestimmung gibt. Beispielsweise ist die Strafbarkeit der Geldwäscherei an Vermögensbestandteilen, die der Verfügungsmacht ausländischer krimineller Organi-

²² Glaser, Geldwäsche, in Kert/Kodek (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.11f.

sationen oder terroristischer Vereinigungen unterliegen, im Detail unklar, da das Tatortrecht mitzubewertigen ist. Auch wird in der Praxis der Beweis, dass Vermögensbestandteile der Verfügungsmacht der Organisation bzw. Vereinigung unterliegen und nicht nur private Vermögensbestandteile eines ihrer Mitglieder sind (die nicht Tatobjekt sein können), nicht möglich sein, da derartige Organisationen bzw. Vereinigungen kaum Bücher führen werden, die die Zuordnung ermöglichen.²³ Neben § 278 d StGB besteht daher unserer Ansicht nach keine kriminalpolitische Notwendigkeit, Geldwäscherei an der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (§ 278 a) oder einer terroristischen Vereinigung (§ 278 b) unterliegenden Vermögensbestandteilen unter Strafe zu stellen.

Es wird daher vorgeschlagen, entsprechend der RL 2018/1673 keine Strafbarkeit der subjektbezogenen Geldwäsche mehr vorzusehen.

Art 5 RL 2018/1673 verlangt eine „Mindesthöchststrafe“ von vier Jahren Freiheitsstrafe:

„Artikel 5

Strafen für natürliche Personen

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die in den Artikeln 3 und 4 genannten Straftaten mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden strafrechtlichen Sanktionen geahndet werden.

(2) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die in Artikel 3 Absätze 1 und 5 genannten Straftaten mit einer Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens vier Jahren geahndet werden.

(3) Ferner treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass gegen natürliche Personen, die die in den Artikeln 3 oder 4 genannten Straftaten begangen haben, gegebenenfalls zusätzliche Sanktionen oder Maßnahmen verhängt werden.“

Bei der vorgesehenen Strafdrohung handelt es sich um einen für das österreichische Strafrecht untypischen Strafrahmen. Nichtsdestotrotz sollte diese Mindesthöchststrafdrohung nicht überschritten werden, da die Umsetzung ohnedies bereits eine Anhebung der bestehenden Strafdrohung von drei auf vier Jahre bedeutet.

Schließlich sieht die RL 2018/1673 vor, dass „erschwerende Umstände“ normiert werden müssen, ohne aber zu definieren, ob diese einen Einfluss auf den Strafrahmen haben müssen oder lediglich im Rahmen des bestehenden Strafrahmens zu berücksichtigen sind:

„Artikel 6

Erschwerende Umstände

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die folgenden Umstände bei Straftaten nach Artikel 3 Absätze 1 und 5 und Artikel 4 als erschwerende Umstände gelten:

a) die Straftat wurde im Rahmen einer kriminellen Vereinigung im Sinne des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI begangen, oder

b) der Täter ist ein Verpflichteter im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie (EU) 2015/849 und hat die Straftat in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit begangen.

(2) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die folgenden Umstände bei Straftaten nach Artikel 3 Absätze 1 und 5 und Artikel 4 als erschwerende Umstände gelten:

a) Die gewaschenen Vermögensgegenstände haben einen beträchtlichen Wert.

b) Die gewaschenen Vermögensgegenstände stammen aus einer der in Artikel 2 Absatz 1 Buchstaben a bis e und h genannten Straftaten.“

1. Der Straftatbestand nach § 165 Abs 1

Art 3 Abs 1 lit a und b RL 2018/1673 entsprechen funktional dem bisherigen § 165 Abs 1 StGB, welche Bestimmung schon bisher jene Handlungen unter Strafe stellte, durch die Vermögensbestandteile verborgen oder ihre Herkunft verschleiert werden sollte. Die vorgeschlagene Formulierung des § 165 Abs 1 neu setzt daher Art 3 Abs 1 lit a und b RL 2018/1673 um.

a) Tathandlungen

Die Tathandlungen § 165 Abs 1 Z 1 StGB neu sind das Umwandeln oder Einem-anderen-Übertragen. Diese Tathandlungen sind nur dann strafbar, wenn der Täter auch mit dem erweiterten Vorsatz (dazu sogleich) auf Verheimlichung oder Verschleierung von deren illegalem Ursprung oder der Unterstützung einer anderen Person, die an der Vortat beteiligt ist, handelt.

Die Tathandlungen Umwandeln und Übertragen entsprechen den bereits jetzt in § 165 Abs 2 StGB normierten Tathandlungen:

- Umwandeln des Vermögensbestandteils führt zum Ersatz durch einen anderen, der an die Stelle des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswerts tritt. Der neu erworbene Vermögensbestandteil kann seinerseits wieder Gegenstand der Geldwäsche sein. Ein Beispiel für das Umwandeln ist etwa der Kauf von Wertsachen oder Aktien mit Gewinnen aus dem Drogenhandel.²⁴
- Übertragen bedeutet, einem Dritten die Verfügungsbefugnis über den Vermögensbestandteil zukommen zu lassen, etwa durch Übergabe, Überweisung oder Abtretung.²⁵

Nach § 165 Abs 1 Z 2 StGB neu macht sich strafbar, wer die wahre Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung von inkriminierten Vermögensbestandteilen oder von Rechten oder Eigentum an ihnen verheimlicht oder verschleiert:

- Das Verheimlichen entspricht dabei dem bisherigen Verbergen, ist also jede Tätigkeit, die das Auffinden des Ver-

²³ Siehe hierzu ausführlich Glaser, Geldwäsche, in Kert/Kodek (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.71 ff.

²⁴ Kirchbacher in WK²-StGB § 165 Rz 18; Rainer in SbgK-StGB § 165 Rz 37.

²⁵ Kirchbacher in WK²-StGB § 165 Rz 18; Rainer in SbgK-StGB § 165 Rz 39.

mögensbestandteils vereitelt oder erschwert.²⁶ Verheimlichen können sowohl physische als auch abstrakte Handlungen in Bezug auf unkörperliche Wirtschaftsgüter sein.

- Verschleiern kann von Verheimlichen nicht trennscharf unterschieden werden. Verschleiern heißt, falsche Angaben, etwa im Rechtsverkehr, zu machen. Unter den Tatbestand fallen zB Handlungen wie das Verbringen eines Geldkoffers über die Grenze, das Vergraben, die falsche Deklaration im Jahresabschluss; nicht aber das bloße Verschweigen.

In beiden Fällen ist der Erfolg der Tathandlung, dass der Täter die wahre Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung von Vermögensbestandteilen verschleiert oder verheimlicht. Der Tatbestand ist also ein tathandlungsbedingtes Erfolgsdelikt, bei dem der Täter die kriminelle Herkunft von Vermögensbestandteilen verheimlicht oder verschleiert.

Wie bisher stellt § 165 Abs 1 ein alternatives Mischdelikt dar. Die in § 165 Abs 1 Z 1 und 2 vorgesehenen Begehungsformen sind rechtlich gleichwertig. Wenn der Täter hinsichtlich desselben Vermögensbestandteils mehr als eine der gleichwertigen Begehungsformen verwirklicht, handelt es sich dennoch nur um eine einzige strafbare Handlung.²⁷ Tathandlungen nach § 165 Abs 1 und 2 StGB können zueinander in Scheinkonkurrenz von Vortat und strafloser Nachtat stehen.²⁸

Da die Geldwäscherei gem § 165 Abs 1 Z 1 ein schlichtes Tätigkeitsdelikt ist, kommt eine Begehung durch Unterlassung nach § 2 StGB von vorneherein nicht in Betracht.²⁹ Auch die Tathandlungen nach Z 2 verlangen eine aktive Tätigkeit; der Täter muss die im Tatbestand umschriebenen Handlungen verwirklichen, weshalb auch diesbezüglich eine Begehung durch Unterlassung nicht denkbar ist.

b) Innere Tatseite

Beide Tatbestandsalternativen des § 165 Abs 1 StGB neu setzen voraus, dass der Täter weiß, dass die Vermögensbestandteile aus einer kriminellen Tätigkeit herrühren. Art 3 Abs 2 RL 2018/1673 würde zwar erlauben, diesbezüglich auch nur bedingten Vorsatz oder gar Fahrlässigkeit unter Strafe zu stellen, eine derartige Herabsetzung der Strafbarkeitsschwelle ist aber weder kriminalpolitisch erforderlich, noch entspricht es der österreichischen Strafrechtstradition, im Bereich dieser Delikte eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vorzusehen.

§ 165 Abs 1 Z 1 StGB neu normiert einen erweiterten Vorsatz: Der Täter muss in der Absicht handeln, dass er den illegalen Ursprung der Vermögenswerte verheimlicht oder verschleiert oder dass er eine andere Person, die an einer Vortat beteiligt ist, unterstützt, damit diese den Rechtsfolgen ihrer Tat entgeht. Hinsichtlich der Alternative sind Überschneidungen mit der Begünstigung nach § 299 StGB denkbar, in welchem Fall aber § 165 Abs 1 Z 1 StGB neu aufgrund von Spezialität und als das strengere Delikt vorgehen muss.

Hinsichtlich der übrigen Tatbestandselemente genügt bedingter Vorsatz.

c) Eigengeldwäscherei

Art 3 Abs 4 RL 2018/1673 verlangt, dass hinsichtlich der Tatbestandsalternativen des § 165 Abs 1 Z 1 und 2 auch die Eigengeldwäscherei strafbar sein muss. Dem wird durch die vorgeschlagene Formulierung Rechnung getragen, die diesbezüglich im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage entspricht.

Demzufolge ist auch – unionsrechtskonform – im Rahmen des § 165 Abs 2 StGB neu vorgesehen, dass die Eigengeldwäscherei nicht strafbar ist.

2. Der Straftatbestand nach § 165 Abs 2

§ 165 Abs 2 StGB neu erfüllt im Wesentlichen die Funktion des bisherigen § 165 Abs 2 StGB, durch welche Tatbestandsalternative alltägliche Handlungen des Wirtschaftslebens unter Strafe gestellt werden. Da es sich um Alltagshandlungen handelt, die für sich allein genommen kein Unrecht darstellen, sind hohe Anforderungen an die innere Tatseite zu stellen. Ferner ist die Eigengeldwäscherei nicht strafbar, es kann also beim Vortäter selbst gar nicht zur Strafbarkeit wegen Geldwäscherei nach Abs 2 kommen. § 165 Abs 2 StGB neu setzt Art 3 Abs 1 lit c RL 2018/1673 um.

a) Tathandlungen

§ 165 Abs 2 StGB neu normiert drei Tathandlungen, nämlich das Erwerben, das Besitzen und das Verwenden:

- Das Erwerben entspricht dem An-sich-Bringen des § 165 Abs 2 StGB und erfasst sohin jede Handlung, durch die der Täter die Verfügungsmacht über Vermögensbestandteile erhält, also an diesen Gewahrsame begründet.³⁰
- Das Besitzen ist ein Dauerdelikt.³¹ Die Tathandlung geht weiter als das Verwahren und Verwalten des bestehenden § 165 Abs 2 StGB, da – anders als bei diesen Tathandlungen – der Besitz das Innehaben sowohl für sich selbst wie auch für einen anderen umfasst.
- Das Verwenden entspricht dem bisherigen Anlegen, Umwandeln, Verwerten oder Einem-Dritten-Übertragen. Das Verwenden umfasst daher alle Handlungen, durch die der Täter die Verfügungsmacht zu einem bestimmten Zweck an einen Dritten überträgt. Da die Dereliktion keinem bestimmten Zweck dient und niemandem dadurch die Verfügungsmacht verschafft wird, handelt es sich dabei um keine Verwendung iSd § 165 Abs 2 StGB neu.

²⁶ Glaser, Geldwäsche, in *Kert/Kodek* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.16; Kirchbacher in *WK²-StGB* § 165 Rz 16; Rainer in *SbgK-StGB* § 165 Rz 28.

²⁷ Glaser, Geldwäsche, in *Kert/Kodek* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.59; Kirchbacher in *WK²-StGB* § 165 Rz 14.

²⁸ 14 Os 150/02 SSt 2003/71; Glaser, Geldwäsche, in *Kert/Kodek* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.59; Kirchbacher in *WK²-StGB* § 165 Rz 14.

²⁹ Glaser, Geldwäsche, in *Kert/Kodek* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.63.

³⁰ Kirchbacher in *WK²-StGB* § 165 Rz 18; Rainer in *SbgK-StGB* § 165 Rz 33.

³¹ Glaser, Geldwäsche, in *Kert/Kodek* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.62.

Die drei Tathandlungen erfassen sozusagen den gesamten Lebenszyklus des Vermögensbestandteils beim Täter, von der Erlangung der Gewahrsame (Erwerb) über die Aufrechterhaltung derselben (Besitz) bis hin zu deren Verlust (Verwenden). Jedem Besitzen und jedem Verwenden geht notwendigerweise ein Erwerb voraus, diese beiden Tathandlungen sind also ohne einen vorangegangenen Erwerb nicht denkbar.

Auch bei diesen drei Tathandlungen handelt es sich um ein alternatives Mischdelikt, sodass die Begehungsweisen gleichwertig sind; da der Täter nach dem Erwerb in vielen Fällen auch andere Begehungsformen verwirklicht, kann er sich bei Verwirklichung mehrerer Begehungsformen nur einmal strafbar machen.

b) Innere Tatseite

Wie bei § 165 Abs 1 StGB neu ist der Täter nur strafbar, wenn er weiß, dass die Vermögensbestandteile aus einer kriminellen Tätigkeit herrühren. Die Besonderheit besteht jedoch darin, dass dieses Wissen bereits zur Zeit des Erwerbs bestehen muss; damit wird der Einschub in Art 3 Abs 2 RL 2018/1673 („in Kenntnis – bei der Übernahme dieser Vermögensgegenstände – der Tatsache, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit stammen“) umgesetzt.

Diese Begrenzung der Strafbarkeit ist sinnvoll, auch wenn hierdurch die Tathandlungen des Besitzens und des Verwendens praktisch an Bedeutung verlieren. Wenn der Täter nämlich einen Vermögensbestandteil ohne Wissen um die inkriminierte Herkunft erworben hat, besitzt er diesen Vermögensbestandteil. Ohne diese Begrenzung würde es ausreichen, dass zu diesem Dauerzustand dieses Wissen später hinzutritt. Es wäre also der Vorsatz allein ausreichend, um eine Strafbarkeit zu begründen. Außerdem könnte der Täter der Strafbarkeit gar nicht mehr entgehen, da auch die sofortige Aufgabe der Vermögensbestandteile die bereits eingetretene Strafbarkeit nicht mehr aufheben würde.

3. Tatobjekt

Das Tatobjekt der aktuellen (objektbezogenen) Geldwäscherei nach § 165 Abs 1 und 2 StGB ist ein Vermögensbestandteil, der aus einer geeigneten Vortat herrührt, wobei es sich bei den Tathandlungen des § 165 Abs 2 StGB um die Vortat eines anderen handeln muss. Der zu berücksichtigende Vortatenkatalog bestimmt sich weitgehend nach konkreten internationalen Vorgaben. Darüber hinaus gibt es jedoch nur sehr begrenzte weitere internationale Vorgaben zur Tatobjekteigenschaft, was dem nationalen Gesetzgeber einen gewissen Spielraum gibt, bestehende Probleme des Geldwäscherei-Straftatbestands auszuräumen.

a) Vermögensbestandteile (§ 74 Abs 1 Z 13)

So liegt nach der derzeitigen Rechtslage zwar eine Legaldefinition dafür vor, wann ein Vermögensbestandteil aus einer Vortat herrührt (§ 165 Abs 5 StGB), dem Gesetz ist je-

doch keine Definition dafür zu entnehmen, was überhaupt ein Vermögensbestandteil ist. Der Umstand, dass für den Kernbegriff des Tatobjekts der Geldwäscherei keine klare Definition des Gesetzgebers vorliegt, ist unbefriedigend: Zwar hat die Lit ein brauchbares Begriffsverständnis entwickelt, nämlich körperliche Sachen, unkörperliche Gegenstände (zB Bankguthaben) und sonstige Rechte mit Vermögenswert.³² Auch ist sich die hM einig darüber, dass Vermögensbestandteile vom weiteren Begriff der Vermögensvorteile zu unterscheiden sind und insb keine bloßen Ersparnisse erfassen,³³ da ein Vermögensbestandteil so konkretisierbar sein muss, dass er auch übertragen werden kann.³⁴ Dennoch gab es in der Vergangenheit vereinzelt Stimmen in der Lit, die auch ersparte Aufwendungen als Vermögensbestandteile betrachten wollten,³⁵ was wohl – so wie die ausdrückliche Anordnung der Tatobjekteigenschaft von Abgabenersparnissen im deutschen Geldwäsche-Straftatbestand nach § 261 Abs 1 Satz 3 dStGB – zur Kontamination des Gesamtvermögens des Vortäters führen würde, der sich durch die Vortat Aus- bzw Abgaben erspart.³⁶

Derartig weitreichenden Auslegungen kann der Gesetzgeber mit einer eindeutigen Begriffsbestimmung entgegen treten, die überdies versuchen sollte, den technischen Entwicklungen und wirtschaftlichen Realitäten insoweit Rechnung zu tragen, als auch virtuelle Währungen von einem zeitgemäßen Verständnis des Begriffs der Vermögensbestandteile erfasst werden.³⁷ Anders als das bisherige nationale Recht enthält die RL 2018/1673 eine Legaldefinition für das Tatobjekt ihres Geldwäschebegriffs („Vermögensgegenstände“), die als Grundlage für eine in das österreichische Recht einzuführende Legaldefinition für Vermögensbe-

³² Vgl etwa *Birkbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I⁴ (2017) § 165 Rz 4; *Burgstaller*, Die neuen Geldwäschereidelikte, ÖBA 1994, 173 (175); *Fabrizy*, StGB¹² § 165 Rz 2; *Kirchbacher* in WK²-StGB § 165 Rz 6; *Klippel*, Geldwäscherei (1994) 131; *Rainer* in SbgK-StGB § 165 Abs 1–4 StGB, 8. Lfg (Mai 2003) Rz 14; *Rosbaud* in SbgK-StGB § 165 Abs 5 StGB, 8. Lfg (Mai 2003) Rz 15; *Leukauff/H. Steiningner/Flora*, StGB⁴ (2017) § 165 Rz 4.

³³ *Fuchs*, Strafrecht im Wandel, in 33. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2005) 5 (8); *Dannecker/Reinel*, Rechts- und Amtshilfe in der EG – aktuelle Entwicklungen, in *Leitner* (Hrsg), Finanzstrafrecht 2006 (2007) 49 (93); *Bülte*, Teil 2 Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance, in *Dannecker/Leitner* (Hrsg), Handbuch der Geldwäsche-Compliance (2010) Rz 387; *Kirchbacher* in WK²-StGB § 165 Rz 6; *Tomisser*, Finanzvergehen als Vortaten der Geldwäscherei? Grundlagen und Grenzen, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 121 (126f); *Glaser*, Geldwäsche, in *Kert/Kodek* (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.16; *Brandl/Stocker* in *Leitner/Brandl/Kert* (Hrsg), Handbuch Finanzstrafrecht⁴ (2017) Rz 140.

³⁴ *Bülte*, Finanzverbrechen als Vortaten der Geldwäscherei, in *Leitner* (Hrsg), Finanzstrafrecht 2012 (2013) 163 (170); *ders*, Teil 2 Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance, in *Dannecker/Leitner* (Hrsg), Handbuch der Geldwäsche-Compliance (2010) Rz 385; *Tomisser*, Finanzvergehen als Vortaten der Geldwäscherei? Grundlagen und Grenzen, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 121 (126f); *Glaser*, Finanzvergehen als Geldwäscherei begründende Vortaten nach der Strafgesetznovelle 2017, ÖJZ 2017, 722 (725).

³⁵ *Klippel*, Geldwäscherei (1994) 131; *Killmann*, Mehrwertsteuerbetrug und Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft – eine österreichische Perspektive, wbl 2004, 545 (553).

³⁶ *Fischer*, StGB⁶⁵ (2018) § 261 Rz 8b, 8c; *Schmidt/Krause* in LK¹² (2007) § 261 Rz 13.

³⁷ In diesem Sinn wohl auch FATF, Guidance for a Risk-Based Approach Virtual Currencies, June 2015.

standteile wörtlich übernommen werden könnte.³⁸ Hinzuzufügen wäre einerseits die Klarstellung, dass unkonkretisierte Vermögensvorteile wie Ersparnisse, vermiedene Verluste oder Forderungsverzichte keine Vermögensbestandteile darstellen sowie dass umgekehrt unkörperliche Spekulationsobjekte wie Einheiten virtueller Währungen und die auf diese entfallenden Wertzuwächse vom Begriff der Vermögensbestandteile erfasst sind. In dieser Hinsicht böte sich die wörtliche Übernahme des entsprechenden Satzes der Regelung des § 87 Abs 2 Z 3 WTBG bzw § 43 Abs 2 Z 3 BiBuG an, die für das Tatobjekt des präventionsrechtlichen Begriffs der Geldwäsche (§ 87 Abs 2 Z 1 WTBG bzw § 43 Abs 2 Z 1 BiBuG) bereits de lege lata eine solche Klarstellung enthält.³⁹

b) Mögliche Vortaten (§ 74 Abs 1 Z 12)

Der Umfang des Vortatenkatalogs wird weitgehend durch die internationalen Vorgaben determiniert, wobei die RL 2018/1673 über den längsten Katalog an erforderlichen Vortaten verfügt, in dem sich fast alle in anderen internationalen Rechtsakten geforderten Vortaten wiederfinden. Es wird daher genügen, wenn sich der österreichische Gesetzgeber bei der Festlegung des Vortatenkatalogs an die Vorgaben der RL 2018/1673 hält, deren Bezeichnung für Vortaten („kriminelle Tätigkeiten“) ebenfalls in das nationale Recht übernommen werden könnte. Soweit überblickbar, könnte nur die PIF-RL (nicht nur, aber auch mit ihrem bereits dargestellten Erfordernis nach der Vortateigenschaft für die „missbräuchliche Verwendung“) ggf über den durch die RL 2018/1673 ohnehin geforderten Vortatenkatalog hinausreichen, je nachdem, wie dieser in Art 4 Abs 3 PIF-RL skizzierte Tatbestand ausgelegt wird.

Soweit die RL 2018/1673 erfordert, dass entweder alle mit einer mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe im Höchstmaß oder mit mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe im Mindestmaß bedrohten Straftaten Vortaten sein müssen (Art 2 Z 1), ist auf die bereits oben dargestellte Auslegung der gleichlautenden Generalklausel des Geldwäsche-RBe zu verweisen, derzufolge vorgeschlagen wird, alle Straftaten, die mit einer gesetzlichen Freiheitsstrafandrohung von mindestens mehr als sechs Monaten bedroht sind, generalklauselartig als Vortaten festzulegen. Was den über diese Generalklausel hinausgehenden Katalog der in der RL 2018/1673 aufgezählten „kriminellen Tätigkeiten“ (Art 2 Z 1 lit a–y) betrifft, so ist auch dieser selbstverständlich korrekt umzusetzen, wobei angesichts der Vielzahl der betroffenen Delikte an dieser Stelle nur auf den im Anhang enthaltenen Vorschlag für einen Vortatenkatalog („kriminelle Tätigkeiten“) verwiesen werden soll, der der Übersicht halber in eine Art 2 Z 1 lit a–y gleich gehaltene und deshalb gut gegenüberstellbare Liste gegliedert ist. Zu beachten ist, dass die RL 2018/1673 mitunter eher Typusbegriffe als konkrete Straftatbestände als Vortaten erfordert (etwa nach Art 2 Z 1 lit s: „Fälschung“), was der Umsetzung ein gewisses Ermessen ermöglicht. An einer Stelle scheint die RL 2018/

1673 dem nationalen Gesetzgeber überdies ein – angesichts der doch recht unterschiedlichen Alternativen verwunderliches – Wahlrecht einzuräumen, entweder Raub oder Diebstahl als Vortat zu umschreiben (Art 2 Z 1 lit o). Es ist vorzuschlagen, mit derartigem Spielraum verantwortungsvoll umzugehen, und einerseits sinnloses Gold-Plating zu vermeiden, andererseits aber doch den Blick auf das kriminalpolitisch Vernünftige nicht zu verlieren. In diesem Sinn sollte etwa nicht entweder Raub oder Diebstahl in den Vortatenkatalog aufgenommen werden, sondern beides, jedoch beim Diebstahl beschränkt auf qualifizierte Fälle. Darüber hinaus sollten auch in der RL 2018/1673 gar nicht genannte, aber im Gesamtkontext des österreichischen Vermögensstrafrechts im Hinblick auf Rechtsgut, Unwert und Strafdrohung vergleichbare Vermögensdelikte wie qualifizierte Veruntreuung (§ 133 Abs 2 StGB) und qualifizierte Unterschlagung (§ 134 Abs 3 StGB) ebenfalls erfasst werden.

Die Erfassung der letztgenannten Delikte (wie die ebenfalls vorgeschlagene Vortateigenschaft der Untreue) liegt im Übrigen auch in einer Umsetzung der Verpflichtung zur Erfassung der missbräuchlichen Verwendung nach Art 4 Abs 3 PIF-RL als Vortat. Schließlich sind auch alle Delikte als Vortaten zu erfassen, die im innerstaatlichen Strafrecht dem EU-Betrug (Art 3 Abs 2 PIF-RL) entsprechen, und – wie etwa Förderungsmisbrauch (§ 153 b StGB) nicht ohnehin bereits in den Katalog der kriminellen Tätigkeiten nach der RL 2018/1673 fallen.

c) Auslandsvortaten (§ 165 Abs 3)

Keine explizite Aussage trifft das Gesetz zur Frage, welche Anforderungen an die Verwirklichung der Vortat zu stellen sind, um eine nachfolgende Geldwäscherei überhaupt begründen zu können. Die Lit ist sich hingegen grundsätzlich einig darüber, dass die Vortat (nur, aber immerhin) tatbestandsmäßig und rechtswidrig begangen worden sein muss, schuldhaftes Handeln des Vortäters hingegen ebenso wenig erforderlich ist, wie Strafaufhebungs- oder Strafausschlussgründe in Bezug auf die Vortat für eine nachfolgende Geldwäscherei von Relevanz wären.⁴⁰ Ebenso unbestritten ist es, dass eine konkrete Verurteilung oder auch nur Verfolgung wegen der Vortat keine Voraussetzung für eine nachfolgende Geldwäscherei ist: Vielmehr hat das über die Geldwäscherei urteilende Gericht selbständig als Vorfrage zu klären, ob eine geeignete Vortat tatbestandsmäßig und

³⁸ Art 2 Z 2 RL 2018/1673 definiert einen Vermögensgegenstand als „Vermögenswerte aller Art, ob körperlich oder nichtkörperlich, beweglich oder unbeweglich, materiell oder immateriell, und Rechtstitel oder Urkunden in jeder – einschließlich elektronischer oder digitaler – Form, die das Eigentumsrecht oder Rechte an solchen Vermögenswerten belegen“.

³⁹ § 87 Abs 2 Z 3 Satz 2 WTBG bzw § 43 Abs 2 Z 3 Satz 2 BiBuG lauten wortgleich: „[...] dazu zählen auch unkörperliche Spekulationsobjekte wie Einheiten virtueller Währungen und die auf diese entfallenden Wertzuwächse, nicht aber bloße Ersparnisse wie etwa nicht eingetretene Wertverluste, Forderungsverzichte oder ersparte Aus- oder Abgaben.“

⁴⁰ Flora § 165 in Leukauf/H. Steininger, StGB⁴ (2017) Rz 13; Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 13; Trenkwalder, Geldwäschebekämpfung in Österreich, in Hypo Investment Bank (Liechtenstein) AG, Verdacht auf Geldwäsche 141 (146).

rechtswidrig begangen wurde.⁴¹ Diese Auslegung des nationalen Rechts genügt den Erfordernissen des Art 3 Abs 3 lit a RL 2018/1673, der den Mitgliedstaaten verbietet, eine Verurteilung wegen der Vortat als Voraussetzung einer nachfolgenden Geldwäscherei vorzusehen. Nach Art 3 Abs 3 lit b RL 2018/1673 muss eine Strafbarkeit wegen Geldwäscherei möglich sein, wenn festgestellt wird, dass die „Vermögensgegenstände“ aus einer kriminellen Tätigkeit stammen, ohne dass es erforderlich wäre, alle Sachverhaltselemente bzw alle Umstände iZm der kriminellen Tätigkeit festzustellen, einschließlich der Identität des Vortäters. Auch dieser Anforderung wird bereits durch die Auslegung des geltenden österreichischen Rechts entsprochen, die die umfassende Sachverhaltsaufklärung in Bezug auf die Vortat ebenfalls nicht erfordert, solange nur die tatbestandsmäßige und rechtswidrige Begehung der Vortat festgestellt werden kann (was bei einem Vortäter, dessen Identität nicht bekannt ist, freilich schwierig sein mag, indessen nicht undenkbar ist). Insoweit die Auslegung des geltenden Rechts unumstritten ist und auch den internationalen Erfordernissen gerecht wird, besteht kein Grund zur Änderung.

Keine einhellige Auffassung gibt es freilich zur Frage, inwieweit Auslandstaten Vortaten einer Geldwäscherei sein können. Teile des Schrifttums weisen auf die Wesentlichkeit des Umstands hin, ob die im Ausland begangene Vortat den österreichischen Strafgesetzen unterliegt (§§ 63–65 StGB; § 5 Abs 2 FinStrG).⁴² Andere Teile des Schrifttums wollen unabhängig davon Auslandstaten als Vortaten ansehen, soweit sie nach dem Recht des Tatortstaats (gerichtlich)⁴³ strafbar sind und einer geeigneten Vortat nach österreichischem Recht entsprechen.⁴⁴ Bei einer derartigen Ausdehnung des Vortatverständnisses geht es letztlich um eine Beurteilung der Tat nach dem Recht zweier Rechtsordnungen, nämlich nach der österreichischen wie jener des (bzw eines) Tatortstaats. Da es bei inländischen Vortaten nur auf ihre tatbestandsmäßige und rechtswidrige Begehung ankommt, fragt sich, warum bei Auslandstaten nicht auch nur auf ihre Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit (auch nach ausländischem Recht) abzustellen sein sollte, sondern auf ihre Strafbarkeit nach der *lex loci*.⁴⁵ Problematisch erscheinen weiters jene in der Lit geäußerten Auffassungen, die bei der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit nach zwei Rechtsordnungen nicht den konkret verwirklichten Sachverhalt (iS des Prinzips der identen Norm) prüfen wollen, sondern den Sachverhalt sinngemäß umstellen möchten, mithin das im Auslieferungsrecht geltende Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit auf eine materiell-rechtliche Frage übertragen.⁴⁶ Dass es im österreichischen Geldwäscherei-Straftatbestand anders als in Deutschland (§ 261 Abs 8 dStGB) oder der Schweiz (§ 305bis Abs 4 schwStGB) keine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Vortateigenschaft von Auslandstaten gibt, zeigt sich in der Vielfalt dieser teils widersprüchlichen, teils in sich bedenklichen Meinungen als deutlich nachteilig.

Der internationale Rechtsrahmen macht die Formulierung einer passenden Regelung nicht einfach: Art 6 Abs 2 lit a Straßburger Geldwäsche-Übereinkommen erfordert die Erfassung von Vortaten, ungeachtet der Tatsache, ob diese ihrerseits nicht den österreichischen Strafgesetzen unterliegen, ohne hierbei jedoch zwischen Inlands- und Auslandstaten zu unterscheiden. Art 3 Abs 3 lit c RL 2018/1673 stellt hingegen auf den Tatort der Vortat ab und verlangt die Erfassung jener im Ausland begangenen Handlungen als Vortaten, die bei inländischem Tatort eine Vortat darstellen würden; nicht gefordert ist indessen die Umstellung des Sachverhalts. Art 3 Abs 4 RL 2018/1673 erlaubt bei im Ausland begangenen Vortaten grundsätzlich ein Abstellen auf die Strafbarkeit nach der *lex loci*, nimmt davon jedoch bestimmte Vortaten aus dem Katalog der kriminellen Tätigkeiten aus. Dies könnte (insb bei Drittstaaten) dazu führen, dass Handlungen, die nach dem jeweiligen Tatortrecht völlig legal sind, nach innerstaatlichem Recht als Vortaten zu qualifizieren wären. In einer gemeinsamen Erklärung an den Rat haben Deutschland, Griechenland, Slowenien und Tschechien deshalb ihre (überzeugende) Rechtsansicht geäußert, dass insb nach Art 49 GRC auch in diesem Fall ein primärrechtliches Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit (recte: des Prinzips der identen Norm) besteht.⁴⁷ Bei der Umsetzung der RL 2018/1673 in das österreichische Recht scheint es tunlich, sich diese Rechtsmeinung zum Primärrecht zu eigen zu machen.

Angesichts des dargestellten internationalen Rahmens ist vorzuschlagen, bestimmte in Österreich schon bisher vertretene Ansichten über die Vortateigenschaften beizubehalten, aber in eine Stufenordnung zueinander zu setzen. Naheliegend ist es zunächst, bei allen Vortaten, die ohnehin den österreichischen Strafgesetzen unterfallen, nicht weiter zwischen Inlands- und Auslandstaten zu unterscheiden. Nur dann, wenn die Tat nicht österreichischen Strafgeset-

⁴¹ Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 13; zur Hehlerei OGH 21. 12. 1978, 13 Os 146/78–15.

⁴² Klippel, Geldwäscherei (1994) 136; Lafite/Varro, Abgabehinterziehung als neue Vortat zur Geldwäscherei, ecolo 2011, 947 (948 f); Fuchs/Reindl-Krauskopf, Strafrecht Besonderer Teil I⁶ (2018) 265.

⁴³ Klippel, Geldwäscherei (1994) 136.

⁴⁴ Burgstaller, Die neuen Geldwäschereidelikte, ÖBA 1994, 173 (179 f); Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 12/5; Klippel, Geldwäscherei (1994) 134; Tomisser, Finanzvergehen als Vortaten der Geldwäscherei? Grundlagen und Grenzen, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 121 (134 f).

⁴⁵ Für bloße Berücksichtigung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit auch im ausländischen Recht Glaser, Geldwäsche, in Kert/Kodek (Hrsg), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.38; für das Erfordernis der konkreten Strafbarkeit (dh zusätzliche Berücksichtigung von Schuldfragen, Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründen nach der *lex loci* etwa Bülte, Teil 2 Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance, in Dannecker/Leitner (Hrsg), Handbuch der Geldwäsche-Compliance (2010) Rz 653; Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 12/5. ⁴⁶ Flora in FS Höpfel 161 (172 f); A. Peschetz/K. Peschetz, Umsetzung der 4. Geldwäsche-RL im WTBG 2017, SWK 2017, 1399 (1403); Tomisser, Finanzvergehen als Vortaten der Geldwäscherei? Grundlagen und Grenzen, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014, 121 (139 f); Killmann, Mehrwertsteuerbetrug und Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft – eine österreichische Perspektive, wbl 2004, 545 (554).

⁴⁷ Erklärung der Tschechischen Republik, der Bundesrepublik Deutschland, der Hellenischen Republik und der Republik Slowenien, 5. 10. 2018, 2016/0414(COD), 12230/1/18, REV 1 ADD 1.

zen unterliegt, sollte eine solche Unterscheidung getroffen werden: Auslandstaten, die (ohne Umstellung des Sachverhalts) sowohl nach den österreichischen Strafgesetzen als auch nach den Gesetzen des Tatorts den Tatbestand einer gerichtlich strafbaren Handlung erfüllen und rechtswidrig begangen wurden, sollten als Vortaten gelten. Im Inland vorgenommenen Handlungen, die nur nach ausländischem Recht strafbar sind, sollte keine Vortateigenschaft zugebilligt werden.

d) Herrühren (§ 165 Abs 4)

Für die Frage, wann bzw. wodurch ein Vermögensbestandteil aus einer Vortat herrührt, besteht bereits nach geltendem Recht eine Legaldefinition, die inhaltlich nicht zu beanstanden ist: Ein Vermögensbestandteil rührt demnach aus einer Vortat her, wenn ihn der Vortäter durch die Vortat erlangt oder für die Begehung der Vortat empfängt sowie wenn sich im Vermögensbestandteil der Wert des ursprünglich vom Vortäter durch die Vortat erlangten oder für die Begehung der Vortat empfangenen Vermögensbestandteils verkörpert (sog. Surrogat). Da es insofern auch keinerlei internationale Vorgaben gibt, sollte die funktionierende Regelung beibehalten werden.

e) Dekontamination (§ 165 Abs 5)

In auffälligem Gegensatz zur vorhandenen gesetzlichen Regelung des Beginns der Tatobjekteigenschaft (des Herrührens aus der Vortat) steht allerdings das Fehlen einer Regelung zur Frage, wann ein Vermögensbestandteil seine Tatobjekteigenschaft wieder verliert bzw. ob er sie überhaupt je wieder verliert. Besonders die „Verdinglichung des Makels“⁴⁸ bei Surrogaten führt zu einer grundsätzlich uferlosen⁴⁹ Kontaminierung, die dazu führt, dass „nicht unerhebliche Teile des Umlauf- und auch des Anlagevermögens aus Straftaten ‚herrühren‘ müssen“.⁵⁰ Die Bemerkung Fischers zum deutschen Recht, dass objektiv tatbestandsmäßige Geldwäsche somit unvermeidlich wäre,⁵¹ lässt sich ebenso gut auf Österreich übertragen, ist aber angesichts der dadurch ausgelösten unerträglichen Belastung des Wirtschaftslebens⁵² ein unbefriedigendes Ergebnis. Ebenso unerträglich ist es, kein Ende der Tatobjekteigenschaft bei einer Entschädigung des Opfers anzunehmen (mag diese nun im Rahmen einer tätigen Reue bzw. Selbstanzeige erfolgen oder nicht), oder im Fall einer Konfiskation oder eines Verfalls, da hierdurch im Grunde ein tatbestandsmäßiges Handeln iSd § 165 StGB bei Personen (dem Opfer der Vortat, dem erkennenden Richter etc.) ausgelöst wird, die sich im Übrigen völlig rechtskonform und sozialadäquat verhalten.

In der Lit wurden deshalb seit jeher Ansätze vertreten, die die Tatobjekteigenschaft von kontaminierten Vermögensbestandteilen durch verschiedene Vorgänge enden lassen wollen: So vertritt eine Vielzahl von Autoren die Auffassung, dass bei Surrogaten nur das letzte Glied in der Umwandlungskette Tatobjekt der Geldwäsche sein kann, nicht aber die Zwischenglieder: Der neu erworbene Vermögensbestandteil träte an die Stelle des älteren,⁵³ welcher als

Tatobjekt wieder ausscheidet.⁵⁴ Weniger einhellig sind hingegen die Auffassungen zur Frage, ob auch der ursprünglich vom Vortäter durch die Vortat erlangte oder für die Begehung der Vortat empfangene Vermögensbestandteil seine Tatobjekteigenschaft dadurch verliert, dass ein Surrogat an seine Stelle tritt.⁵⁵ Vertreten wird mitunter weiters die Auffassung, dass der gutgläubige Erwerb eines kontaminierten Vermögensbestandteils zum Ende seiner Tatobjekteigenschaft führen soll,⁵⁶ wobei auch hier im Detail unterschiedliche Anforderungen gestellt werden, so etwa gutgläubiger Eigentumserwerb⁵⁷ oder Entgeltlichkeit des Erwerbs.⁵⁸ Um das vom Täter entschädigte Opfer keiner tatbestandsmäßigen Geldwäschereihandlung auszusetzen, werden ebenfalls verschiedene Ansätze vertreten: Teilweise wird ein Ende der Tatobjekteigenschaft bei Opferentschädigung durch tätige Reue oder Selbstanzeige argumentiert,⁵⁹ teilweise das Ende der Tatobjekteigenschaft bei jeder Art von Schadenersatz des Täters am Opfer angenommen, gleich ob dieser aus Deliktserträgen geleistet wird oder nicht.⁶⁰

Auch das sog. „Problem der Verdünnung“⁶¹ ist derzeit gesetzlich unregelt: Es ist demnach offen, ob und unter welchen Umständen die ununterscheidbare Vermischung von kontaminierten und nichtkontaminierten Vermögensbestandteilen (zB auf einem Bankkonto) zu einem Ende der Tatobjekteigenschaft führt. In der deutschen Lit wird bisweilen die Theorie der Totalkontamination⁶² (dh der Erstreckung der Tatobjekteigenschaft auch auf die bis dahin nicht aus der Vortat herrührenden Vermögensbestandteile) vertreten. Der BGH geht zwar nicht ganz so weit, nimmt aber bei einem Bankkonto, auf dem legal erworbene ebenso wie kontaminierte Gelder liegen, immerhin dann die Kontamination des gesamten Kontostands an, wenn der aus

⁴⁸ ErläutRV 874 BlgNR 18. GP 8.

⁴⁹ Burgstaller, Die neuen Geldwäschereidelikte, ÖBA 1994, 173 (175); Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 7 (Stand 1. 9. 2011, rdb.at).

⁵⁰ Fischer, StGB⁶⁵ (2018) § 261 Rz 4a.

⁵¹ Fischer, StGB⁶⁵ (2018) § 261 Rz 4a.

⁵² ErläutRV 874 BlgNR 18. GP 8.

⁵³ Vgl etwa Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 7. In diesem Sinn wohl auch schon ErläutRV 874 BlgNR 18. GP 8.

⁵⁴ Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹⁴ (2018) §§ 165, 165a Rz 4; Bülte, Teil 2 Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance, in Dannecker/Leitner (Hrsg), Handbuch der Geldwäsche-Compliance (2010) Rz 437; Burgstaller, Geldwäscherei durch Annahme eines Rechtsanwalts Honorars? AnwBl 2001, 574 (579); Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 9; Köck, Wirtschaftsstrafrecht² (2010) 137; Rainer in SbgK-StGB § 165 Abs 1–4 StGB, 8. Lfg (Mai 2003) Rz 22; Trenkwalder, Geldwäschereibekämpfung in Österreich, in Hypo Investment Bank (Liechtenstein) AG, Verdacht auf Geldwäsche 141 (147); zu § 261 dStGB in diesem Sinn etwa Altenhain in NK⁵ (2017) § 261 Rz 79.

⁵⁵ Für ein Ende der Tatobjekteigenschaft in diesem Fall Fuchs in FS Platzgummer 425 (427 ff); Fuchs/Reindl-Krauskopf, Strafrecht Besonderer Teil I⁶ (2018) 266 f; für ein Fortbestehen der Tatobjekteigenschaft Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 8; Köck, Wirtschaftsstrafrecht² (2010) 137.

⁵⁶ Klippel, Geldwäscherei (1994) 140, 150 f; zust Burgstaller, Geldwäscherei durch Annahme eines Rechtsanwalts Honorars? AnwBl 2001, 574 (578).

⁵⁷ Rainer in SbgK-StGB § 165 Abs 1–4 StGB, 8. Lfg (Mai 2003) Rz 24; Köck, Wirtschaftsstrafrecht² (2010) 137.

⁵⁸ Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹⁴ (2018) §§ 165, 165a Rz 4f.

⁵⁹ Bülte, Teil 2 Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance, in Dannecker/Leitner (Hrsg), Handbuch der Geldwäsche-Compliance (2010) Rz 444 ff.

⁶⁰ Fuchs in FS Platzgummer 425 (430).

⁶¹ Zum Begriff vgl etwa Altenhain in NK⁵ (2017) § 261 Rz 74.

⁶² Schmidt/Krause in LK¹² (2007) § 261 Rz 12.

„Vortaten herrührende Anteil bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht völlig unerheblich ist.“⁶³ In Österreich wird bisweilen darauf abgestellt, ob die aus der Vortat herrührenden Anteile die legalen Anteile überwiegen, in welchem Fall es zur Totalkontamination kommen solle, andernfalls zur Dekontamination.⁶⁴ Burgstaller zufolge sei hingegen in Österreich überwiegend anerkannt, dass bei einer Teiltransaktion mit teilkontaminiertem Vermögen der Umgang mit einem Tatobjekt nur dann anzunehmen ist, „wenn der betroffene Vermögensteil rechnerisch zwangsläufig auch kontaminierte Werte enthalten muss“.⁶⁵ Es sei sonst immer iS der Unschuldsumvermutung anzunehmen, dass die Einzeltransaktion nur legal erworbenes Vermögen betreffe.⁶⁶

Eine ebenfalls im Gesetz unregelte Variante des Problems der Verdünnung ist die Frage, ob Wertsteigerungen kontaminierter Vermögensbestandteile auch kontaminiert sind bzw unter welchen Voraussetzungen sie es nicht sind. Auch hierzu wird in Deutschland die These der Totalkontamination aller Wertsteigerungen vertreten.⁶⁷ In Österreich wurden differenzierende Lösungen vorgeschlagen, die – wenngleich mit im Detail verschiedener Akzentuierung – letztlich danach unterscheiden, ob die Wertsteigerungen selbst auch auf die Vortat zurückzuführen sind (und deshalb kontaminiert sind) oder aber auf einen kausalen wertsteigernden Beitrag des Vortäters oder Geldwäschers, in welchem Fall sie nichtkontaminierte Vermögensbestandteile darstellen, die mit kontaminierten vermischt sind.⁶⁸

Die Unsicherheit, welche der zu den jeweiligen Detailfragen geäußerten Rechtsmeinungen nun tatsächlich zur Anwendung gebracht würde, reicht zur Einschätzung aus, dass die in der Lit ausgedrückten Meinungen kein adäquater Ersatz für eine eindeutige Regelung durch den Gesetzgeber sind. Da sich die internationalen Vorgaben mit dem Ende der Tatobjekteigenschaft gar nicht beschäftigen, hätte der nationale Gesetzgeber völlig freie Hand, eine zweckmäßige Dekontaminierungsregelung zu schaffen, die alle angesprochenen Problembereiche erledigt. Diese kann und sollte sich an den schon bisher in der Lit geäußerten Auffassungen orientieren und diese kodifizieren. Vorzuschlagen ist zunächst, das Ende der Tatobjekteigenschaft für bestimmte Konstellationen festzuhalten, nämlich die Rückerlangung des Vermögensbestandteils durch das Opfer der Vortat (etwa wenn das Opfer den Vermögensbestandteil als Entschädigung erhält); darüber hinaus aber auch immer dann, wenn der Vermögensbestandteil Gegenstand einer tätigen Reue (die – wie etwa im Fall des § 167 Abs 3 StGB – ggf auch ohne Einbindung des Vortatopfers erfolgen kann), Einziehung, Konfiskation oder eines Verfalls wird. Für Surrogate sollte jene hM Teil der gesetzlichen Regelung werden, nach der in einer Umwandlungskette ein Surrogat an die Stelle eines anderen Surrogats tritt, welches seine Tatobjekteigenschaft wieder verliert, und zwar iS der Klarheit auch dann, wenn das letzte Surrogat den Wert des vorherigen auch nur zum überwiegenden Teil verkörpert. Für den Fall der ununterscheidbaren Vermischung von kontaminierten und legal er-

worbenen Vermögensbestandteilen wird vorgeschlagen, die von Burgstaller zum Ausdruck gebrachte, aber wohl von der hM mitgetragene Lösung zu kodifizieren, nach der das Ende der Tatobjekteigenschaft dann gekommen ist, wenn sich die Verkörperung des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswerts in einem Vermögensbestandteil nicht (mehr) rechnerisch zwangsläufig ergibt. Für Wertsteigerungen kontaminierter Vermögensbestandteile sollte festgehalten werden, dass sie insoweit dekontaminiert sind, als sie (kausal) auf das Zutun des Vortäters oder des Täters einer Geldwäscherei zurückzuführen sind.

4. Erschwerungsgrund (§ 33 Abs 4)

Art 6 RL 2018/1673 verlangt, dass die Mitgliedstaaten bestimmte „erschwerende Umstände“ normieren, ohne aber festzulegen, ob hierdurch das Strafmaß verschärft werden muss oder ob der Richter diese Umstände nur im Rahmen der bestehenden Strafdrohung berücksichtigen soll. ErwGr 15 führt dazu ausdrücklich aus:

„Auch wenn keine Verpflichtung besteht, das Strafmaß zu verschärfen, sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass der Richter oder das Gericht bei der Verurteilung von Tätern erschwerenden Umständen im Sinne dieser Richtlinie Rechnung tragen können. Es liegt im Ermessen des Richters oder des Gerichts, darüber zu entscheiden, ob unter Berücksichtigung aller Fakten des jeweiligen Falls aufgrund von speziellen erschwerenden Umständen das Strafmaß zu verschärfen ist. Die Mitgliedstaaten sollten nicht verpflichtet werden, erschwerende Umstände vorzusehen, wenn das nationale Recht vorsieht, dass Straftaten im Sinne des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI oder Straftaten, die von natürlichen Personen begangen werden, die in der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit als Verpflichtete handeln, als eigenständige Straftat strafbar sind und daher strenger bestraft werden können.“

Art 6 könnte daher entweder als besonderer Erschwerungsgrund im Rahmen der Strafzumessung oder als Qualifikation umgesetzt werden. Vorgeschlagen wird eine Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessungsgründe, da die RL ohnedies bereits eine Erhöhung des Strafrahmens vorsieht, auch wenn die Einführung eines besonderen Strafzumessungsgrundes nur für ein bestimmtes Delikt im österreichischen StGB eine Neuerung darstellt. Auch ist uns be-

⁶³ BGH 20. 5. 2015, 1 StR 33/15 Rz 6.

⁶⁴ Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹⁴ (2018) §§ 165, 165a Rz 6.

⁶⁵ Burgstaller, AnwBl 2001, 574 (579); in diesem Sinn auch Bülte, Teil 2 Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance, in Dannecker/Leitner (Hrsg), Handbuch der Geldwäsche-Compliance (2010) Rz 432; Fuchs/Reindl-Krauskopf, Strafrecht Besonderer Teil I⁶ (2018) 266; Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK²-StGB § 165 Rz 10; Klippel, Geldwäscherei (1994) 154f, 157; Rainer in SbgK-StGB § 165 Abs 1–4 StGB, 8. Lfg (Mai 2003) Rz 26.

⁶⁶ Bülte, Teil 2 Rechtspolitische und strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance, in Dannecker/Leitner (Hrsg), Handbuch der Geldwäsche-Compliance (2010) Rz 432; Burgstaller, AnwBl 2001, 574 (579); Klippel, Geldwäscherei (1994) 154.

⁶⁷ Vgl etwa Altenhain in NK⁵ (2017) § 261 Rz 69; Schmidt/Krause in LK¹² (2007) § 261 Rz 11.

⁶⁸ Klippel, Geldwäscherei (1994) 159; Glaser, Geldwäsche, in Kert/Kodek (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 7.58.

wusst, dass Fehler bei der Strafzumessung in der Regel nicht an den OGH herangetragen werden können, sodass daraus eine uneinheitliche Rechtsanwendung in den einzelnen Oberlandesgerichtssprengeln resultieren könnte. Dies ist ein Nachteil, den die Praxis aber gerne in Kauf nimmt, wenn dadurch eine unnötig hohe Strafdrohung vermieden wird.

Art 6 Abs 1 normiert zwei verpflichtend umzusetzende Erschwerungsgründe:

- Zum einen handelt es sich um die Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung iS des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI.⁶⁹ In Österreich entspricht dieser Begriff der kriminellen Vereinigung gem § 278 StGB.
- Zum anderen sind Verpflichtete iS der Bestimmungen zur Geldwäscheprävention schwerer zu bestrafen. Die RL 2018/1673 verweist dabei nur auf die 4. GeldwäscherL. Da zum Zeitpunkt der Implementierung bereits die 5. Geldwäscherichtlinie umgesetzt sein wird, die geringfügige Anpassungen bei der Definition der Verpflichteten vorsieht, schlagen wir vor, bereits im Zuge der Umsetzung der RL 2018/1673 auf diese aktuelle Fassung zu verweisen. Ein dynamischer Verweis auf die jeweils geltende Fassung verbietet sich jedoch, da dies unseres Erachtens in Widerspruch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Strafrechts stehen würde. Ein Verweis nur auf nationales Recht ist ebenfalls nicht möglich, da auch ausländische Verpflichtete der 4. GeldwäscherL als Täter umfasst sind.

Weiteres Erfordernis ist, dass die Tat durch den Verpflichteten „im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit“ begangen wurde, „die unter diese Richtlinie fällt“. Zum einen wird dadurch der private Bereich ausgenommen. Zum anderen ist bei manchen Verpflichteten vorgesehen, dass nicht das gesamte Tätigkeitsspektrum unter die Bestimmungen zur Geldwäscheprävention fällt; so sind bei Rechtsanwälten und anderen rechtsberatenden Berufen nur die sog „geldwäschegeneigten Geschäfte“ gemeint. Die Begehung der Tat im Rahmen von Tätigkeiten, die nicht unter die Präventionsbestimmungen fallen, soll nicht schwerer bestraft werden. Damit erhalten die Präventionspflichten eine strafrechtliche Bestärkung, wohingegen eine derartige Verschärfung der Strafbarkeit bei allen anderen Tätigkeiten kriminalpolitisch nicht erforderlich ist.

Fraglich könnte weiters sein, wen der Erschwerungsgrund trifft, wenn Verpflichteter keine natürliche Person, sondern ein Verband ist. Zumal der Verband selbst strafbar ist und nur dieser Adressat der Präventionspflichten ist, fällt der Erschwerungsgrund nur dem Verband zur Last, nicht aber der jeweils im Verband mit der Wahrnehmung der Pflichten beauftragten natürlichen Person, welche nicht selbst Verpflichtete ist.

⁶⁹ Rahmenbeschluss 2008/841/JI v 24. 10. 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, ABl L 2008/300, 42.

IV. FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Besondere Erschwerungsgründe

§ 33. (1) [. .]

(4) Ein Erschwerungsgrund ist es ferner auch, wenn der Täter einer strafbaren Handlung nach § 165 StGB

1. die Straftat im Rahmen einer kriminellen Vereinigung (§ 278) begangen hat oder
2. ein Verpflichteter im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie (EU) 2015/849 in der Fassung der Richtlinie (EU) 2018/843 ist und die Straftat in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit, die unter diese Richtlinie fällt, begangen hat.

Andere Begriffsbestimmungen

§ 74. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

[. .]

12. Kriminelle Tätigkeiten: alle strafbaren Handlungen, die mit einer gesetzlichen Freiheitsstrafe im Mindestmaß von mehr als sechs Monaten bedroht sind, sowie

- a. strafbare Handlungen nach §§ 144 und 278,
- b. terroristische Straftaten (§ 278c) und strafbare Handlungen nach §§ 278e, 278f, 278g, 282a, schwerer Diebstahl (§ 128) mit dem Ziel, eine terroristische Straftat (§ 278c) zu begehen, sowie Urkundenfälschung (§ 223) oder Fälschung besonders geschützter Urkunden (§ 224) mit dem Ziel, eine terroristische Straftat (§ 278c) zu begehen, sich an einer terroristischen Vereinigung zu beteiligen (§ 278b Abs 2) oder die Straftat der Reisen für terroristische Zwecke (§ 278g) zu begehen,
- c. strafbare Handlungen nach § 104a sowie nach §§ 114, 115, 117 Abs 2 und 3, 118 Abs 2 und 3 FPG,
- d. strafbare Handlungen nach §§ 202, 205, 205a, 207, 207a, 207b, 208, 208a, 212, 213, 214, 215, 215a, 216, 217,
- e. gerichtlich strafbare Handlungen nach dem SMG oder dem NPSG,
- f. strafbare Handlungen nach § 50 Abs 1 Z 5 und Abs 1a WaffG,
- g. strafbare Handlungen nach § 164,
- h. strafbare Handlungen nach §§ 153, 153a, 302, 304, 305, 306, 307, 307a, 307b, 308, 309 sowie § 10 UWG,

- i. strafbare Handlungen nach §§ 146, 147, 148, 153b, 168b, 241a, 241b, 241c, 241e, 241f, 241h,
 - j. strafbare Handlungen nach §§ 233, 234, 236, 237 (jeweils unter Einbeziehung des § 241),
 - k. strafbare Handlungen nach §§ 60 und 68h MarkSchG, § 35 MustSchG, § 42 GMG, § 159 PatentG, § 22 HlSchG, § 91 UrhG und § 82b AMG,
 - l. strafbare Handlungen nach §§ 172, 177b, 177c, 177d, 177e, 180, 181, 181b, 181c, 181d, 181e, 181f, 181g, 181h, 181i,
 - m. strafbare Handlungen nach §§ 77, 78, 79, 84, 85,
 - n. strafbare Handlungen nach §§ 99, 100, 101,
 - o. strafbare Handlungen nach §§ 128, 129, 130, 131, 133 Abs 2, 134 Abs 3, 142,
 - p. gerichtlich strafbare Finanzvergehen nach §§ 33, 35, 37, 38a, 39 FinStrG und § 7 AEG,
 - q. strafbare Handlungen nach § 46 SeeSchFG
 - r. gerichtlich strafbare Insider-Geschäfte und Offenlegungen (§ 163 BörseG) sowie gerichtlich strafbare Marktmanipulation (§ 164 BörseG)
 - s. strafbare Handlungen nach §§ 107c, 118a, 119, 119a, 126a, 126b, 126c, 148a.
13. Vermögensbestandteile: Vermögenswerte aller Art, ob körperlich oder nichtkörperlich, beweglich oder unbeweglich, materiell oder immateriell, und Rechtstitel oder Urkunden in jeder – einschließlich elektronischer oder digitaler – Form, die das Eigentumsrecht oder Rechte an solchen Vermögenswerten belegen; dazu zählen auch unkörperliche Spekulationsobjekte wie Einheiten virtueller Währungen und die auf diese entfallenden Wertzuwächse, nicht aber bloße Ersparnisse wie etwa nicht eingetretene Wertverluste, Forderungsverzichte oder ersparte Aus- oder Abgaben.

Geldwäscherei

- § 165.** (1) Wer wissentlich Vermögensbestandteile, die aus einer kriminellen Tätigkeit (§ 74 Abs 1 Z. 12) herrühren
1. zum Zwecke der Verheimlichung oder Verschleierung von deren illegalen Ursprung oder der Unterstützung einer anderen Person, die an einer solchen kriminellen Tätigkeit beteiligt ist, damit diese den Rechtsfolgen ihrer Tat entgeht, umwandelt oder einem anderen überträgt oder
 2. die wahre Natur, Herkunft, Lage, Verfügung oder Bewegung von Vermögensbestandteilen oder von Rechten oder Eigentum an ihnen verheimlicht oder verschleiert,
- ist mit Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren zu bestrafen.
- (2) Wer Vermögensbestandteile erwirbt, besitzt oder verwendet, ist mit Freiheitsstrafe bis zu vier Jahren zu bestrafen, wenn er zur Zeit des Erwerbes weiß, dass sie aus einer kriminellen Tätigkeit (§ 74 Abs 1 Z. 12) eines anderen herrühren.
- (3) Eine kriminelle Tätigkeit (§ 74 Abs 1 Z. 12) liegt vor,
1. wenn die Tat den österreichischen Strafgesetzen unterliegt und rechtswidrig begangen wurde oder
 2. wenn eine im Ausland begangene Tat, die nicht den österreichischen Strafgesetzen unterliegt, sowohl nach den österreichischen Strafgesetzen als auch nach den Gesetzen des Tatorts den Tatbestand einer gerichtlich strafbaren Handlung darstellt, die rechtswidrig begangen wurde.
- (4) Ein Vermögensbestandteil rührt aus einer kriminellen Tätigkeit (§ 74 Abs 1 Z. 12) her, wenn ihn der Täter der kriminellen Tätigkeit
1. durch die Tat erlangt oder
 2. für ihre Begehung empfangen hat oder
 3. wenn sich in ihm der Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögensbestandteils verkörpert.
- (5) Ein Vermögensbestandteil rührt jedenfalls dann nicht mehr aus einer kriminellen Tätigkeit (§ 74 Abs 1 Z. 12) her, wenn
1. das Opfer der kriminellen Tätigkeit diesen Vermögensbestandteil zurückerlangt oder als Entschädigung erhält oder
 2. er Gegenstand einer tätigen Reue, einer Einziehung, Konfiskation oder eines Verfalls wird, oder
 3. im Fall des Abs 4 Z. 3 ein anderer Vermögensbestandteil an seiner Stelle diesen Wert ganz oder überwiegend verkörpert, oder
 4. sich nach einer ununterscheidbaren Vermischung des Vermögensbestandteils mit anderen Vermögenswerten die Verkörperung des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögensbestandteils in einem Vermögensbestandteil nicht rechnerisch zwangsläufig ergibt.
- Die Wertsteigerung eines Vermögensbestandteils, der aus einer kriminellen Tätigkeit (§ 74 Abs 1 Z. 12) herrührt, rührt nicht aus der kriminellen Tätigkeit her, wenn sie ohne Zutun des Täters der kriminellen Tätigkeit oder des Täters einer Geldwäscherei nicht zustande gekommen wäre.



**KLAUS
SCHWAIGHOFER**

Der Autor ist
o.Univ.-Prof. am
Institut für Strafrecht der
Universität Innsbruck.

2019/100

Wie zeitgemäß ist das Suchtmittelstrafrecht?¹

Der Verfasser spricht sich für die Straflosigkeit des Erwerbs und Besitzes kleiner Mengen Cannabis zum Eigengebrauch sowie für die Zulassung von Cannabis zu medizinischen Zwecken aus.

I. EINLEITUNG

Wenn man die Frage behandeln will, wie zeitgemäß unser Suchtmittelstrafrecht ist, kommt man unausweichlich zur **grundsätzlichen Frage**, ob das Drogenstrafrecht **eher repressiv oder eher liberal** ausgestaltet sein sollte.² Eine **Gruppe** zieht ua aus dem Umstand, dass die **Zahl der Anzeigen** wegen Suchtgiftdelikten tendenziell ansteigt, dass die Menge des sichergestellten Suchtgifts zunimmt, den Schluss, dass das **Drogenstrafrecht zu liberal** ist und verschärft werden muss. So hat zB Innenminister *Kickl* den Suchtmittelbericht für 2017³ als alarmierend bezeichnet, weshalb er eine dringende Notwendigkeit erkennt, die Ermittlungs- und Kontrolltätigkeit der Polizei in diesem Bereich noch zu steigern.⁴ Es gibt aber eine immer stärker werdende **andere Gruppe**, die das ganz anders sieht: Sie folgert aus den österreichischen und internationalen Zahlen, dass die **repressive Drogenpolitik gescheitert** ist und es daher eine Neuorientierung brauche.⁵

Faktum ist, dass in Österreich die **Zahl der Anzeigen nach dem SMG steigt**: Im Jahr 2017 waren es 42.610, das ist der höchste Wert seit zehn Jahren und eine Steigerung um knapp 6.400 oder um 17% gegenüber dem Vorjahr.⁶ Es wurden im Jahr 2017 1.659 kg Cannabis **sichergestellt**, rund 50% mehr als im Vorjahr,⁷ was allerdings wenig aussagekräftig ist, weil es in manchen Jahren zu Grobsicherstellungen kommt, in anderen nicht. Die Anzeigenstatistik sagt mehr aus, man kann Tendenzen ablesen, aber sehr viel kann man auch damit nicht anfangen, weil die Anzeigenstatistik ganz stark davon abhängt, wie intensiv Polizeikontrollen bei einschlägigen Veranstaltungen oder in einschlägigen Örtlichkeiten durchgeführt werden („Kontrolldelikte“). Es ist ja zB interessant, dass in Kärnten und Niederösterreich die Zahl der Anzeigen um über 30% gestiegen, in Tirol hingegen um einen Prozent gefallen ist.⁸ Das liegt gewiss nicht an den „braven“ Tirolern, die sich vom Suchtgift abgewendet haben, sondern mit Sicherheit an einer geringeren Intensität der Kontrollen. Im Übrigen ist die Dunkelziffer, was kleine Drogendelikte betrifft, enorm.

In jüngerer Zeit zeigt sich weltweit eine **Veränderung des drogenpolitischen Klimas**, interessanterweise ausgerechnet von den USA ausgehend, die immer federführend für ein repressives Drogenregime waren.⁹ Dabei geht es vor allem um eine Änderung des **Regulierungsrahmens für Cannabis**. In den amerikanischen Bundesstaaten Colorado und Washington wurde in einer Volksabstimmung die Legalisierung von Cannabis gutgeheißen. Während auf Bundesebene der Anbau und Gebrauch von Cannabis noch immer illegal ist, sind einige Gliedstaaten, namentlich Wa-

shington, Oregon, Nevada, Kalifornien, Colorado und Alaska, von dieser Regelung abgewichen und haben den Anbau bis zum Konsum legalisiert, wobei nur lizenzierten Händlern der Verkauf gestattet ist.¹⁰ Nach **Uruguay** im Jahr 2014 hat kürzlich auch **Kanada** (im Oktober 2018) als weltweit zweiter Staat den Anbau und Verkauf von Cannabis erlaubt. Das neue kanadische Gesetz gestattet es, bis zu 30 Gramm Marihuana zu kaufen.¹¹

Innerhalb der EU-Mitgliedstaaten gibt es ganz unterschiedliche Ansätze, was den Umgang mit Cannabis betrifft: Die Bandbreite reicht von **restriktiven Modellen** bis hin zur teilweisen **Legalisierung und Tolerierung bestimmter Formen des Eigengebrauchs** und auch der **Herstellung** von Cannabis zum Eigengebrauch. Hinzu kommt eine intensive Diskussion über die Bereitstellung von Cannabis für die **medizinische Verwendung**.

In der jüngeren Zeit haben **mehrere europäische Staaten ihre Gesetze** hinsichtlich Drogenkonsum, insbesondere bei Cannabis, **gelockert**: so zB in **Portugal**¹², in der **Tsche-**

¹ Vortrag auf der 12. Sitzung der Strako der ÖRAK am 23. 11. 2018 in Wien.

² Dazu etwa *Schwaighofer*, WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 96.

³ Bundeskriminalamt, Lagebericht Suchtmittelkriminalität 2017, https://bundeskriminalamt.at/302/files/Suchtmittel_17_Web.pdf (abgefragt am 20. 2. 2019).

⁴ BMI, Öffentliche Sicherheit 9–10/18, 18; s auch *Der Standard* 5. 11. 2018, Innenministerium kündigt Kampf gegen Drogendelikte an: <https://derstandard.at/2000090706818/Innenministerium-kuendigt-Kampf-gegen-Drogen-delikte-an> (abgefragt am 15. 11. 2018).

⁵ Siehe etwa den Bericht der Global Commission on Drug Policy aus dem Jahr 2017, 5f, www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2018/05/GCDP-Report-2017-Perceptions-GERMAN.pdf (abgefragt am 18. 10. 2018), in dem gefordert wird, weltweit den Drogenbesitz für den Eigenbedarf zu entkriminalisieren, sämtliche Strafen für Erwerb, Besitz und Anbau von Drogen für den Eigengebrauch abzuschaffen; den Appell mehrerer früherer Staatschefs um *Kofi Annan* an die UNO im Jahr 2014 für eine liberalere Drogenpolitik: Spiegel Online, Ex-Staatschefs fordern liberalere Drogenpolitik, www.spiegel.de/politik/ausland/liberalere-drogenpolitik-exstaatschefs-veroeffentlichen-appell-an-uno-a-990545.html (abgefragt am 20. 2. 2019); die Resolution deutscher Strafrechtsprofessorinnen und -professoren zur Überprüfung der Angemessenheit des Betäubungsmittelstrafrechts: Einrichtung einer Enquete-Kommission des Bundestags; „Schildower Kreis“, <http://alternativer-drogenbericht.de/strafrechtsprofessoren-fordern-reform-des-drogenstrafrechts/> (abgefragt am 20. 2. 2019).

⁶ Siehe BMI (Hrsg), Sicherheitsbericht 2017, 43. Dazu ist besonders bemerkenswert, dass sich die Zahl der endgültigen diversionellen Erledigungen nach §§ 35 und 37 SMG im Jahr 2017 gegenüber dem Vorjahr 2016 nahezu verdoppelt hat (12.700 im Jahr 2016, 24.938 im Jahr 2017; Sicherheitsbericht 2017, Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz 65). Daraus ist abzuleiten, dass der Anstieg bei den Anzeigen vor allem kleine Suchtmitteldelikte nach § 27 Abs 1 und 2 SMG betroffen hat.

⁷ Siehe BMI (Hrsg), Sicherheitsbericht 2017, 43.

⁸ Bundeskriminalamt, Lagebericht Suchtmittelkriminalität 2017, 8 (22).

⁹ Siehe dazu auch die Darstellung von *Lessmann*, Internationale Drogenpolitik (2017) 31f.

¹⁰ *Baumgartner*, Wie sich die Cannabis-Legalisierung in den USA durchsetzt, <https://www.nzz.ch/international/amerika/ubersicht-marihuana-wie-sich-die-cannabis-legalisierung-in-den-usa-durchsetzt-ld.1313301> (abgefragt am 18. 10. 2018).

¹¹ Zeit Online, Kanada legalisiert Cannabis <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-10/drogenpolitik-kanada-cannabis-legalisierung> (abgefragt am 20. 2. 2019).

¹² *Gutschmidt*, Portugal führt Cannabis für medizinische Zwecke ein, <https://info-welt.eu/2018/06/01/portugal-fuehrt-cannabis-fuer-medizinische-zwecke-ein/> (abgefragt am 22. 10. 2018).

chischen Republik, in Griechenland, in Kroatien und Luxemburg¹³. In Holland gibt es schon seit Langem *Coffee-shops*. In Spanien haben sich Vereine von Cannabiskonsumentierenden gebildet;¹⁴ in der Schweiz hat das Parlament nach einigen Anläufen eine neue Bestimmung erlassen, die de facto den Cannabiskonsum für Erwachsene entkriminalisiert.¹⁵

II. DIE AKTUELLE RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH

1. Das Suchtmittelrecht hat eine sehr **wechselhafte Geschichte** durchgemacht, es ist von einer Fülle von Reformen gekennzeichnet. Pauschal kann man sagen, dass wir heute im SMG ein einigermaßen **ausbalanciertes System zwischen kriminalstrafrechtlichen Maßnahmen und gesundheits- und sozialpolitischen Maßnahmen** haben.¹⁶

2. Es gibt einen **Grundkonsens**, dass es für Drogenhandel in größerem Stil Repression braucht. Andererseits wird anerkannt, dass die Drogenabhängigkeit vor allem eine behandlungsbedürftige Krankheit ist, wo Strafen wenig sinnvoll sind,¹⁷ und dass der bloße Drogenkonsum etwas Harmloses ist, bei dem der klassische Einsatz des gerichtlichen Strafrechts überschießend erscheint. Man kann also das österreichische Suchtmittelgesetz keineswegs als schlechtes Gesetz bezeichnen: Es sieht einige Möglichkeiten der Strafvermeidung vor, es ist wesentlich vom Grundsatz **Therapie statt Strafe** bzw Therapie vor Strafe geprägt.¹⁸ Das SMG akzeptiert auch den Dualismus, dass Süchtige notgedrungen zugleich Händler sind.¹⁹

Hervorzuheben sind dazu die Neuerungen, die das StRÄG 2015 gebracht hat, die sog „**verwaltungsbehördliche Diversion**“²⁰ gem § 13 Abs 2a und 2b, § 14 SMG: Dort ist vorgesehen, dass Behörden und öffentliche Dienststellen bei einem Anfangsverdacht, dass eine Person eine Straftat nach § 27 Abs 1 und 2 SMG ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen hat, ohne dass diese Person daraus einen Vorteil gezogen hat, **nicht anzeigepflichtig** sind. Der Anfangsverdacht muss nur der Gesundheitsbehörde mitgeteilt werden (§ 13 Abs 2a SMG). Das gilt im Wesentlichen auch für die Kriminalpolizei (§ 13 Abs 2b SMG): Sie ist zwar zur Aufklärung eines ihnen bekannt gewordenen Anfangsverdachts verpflichtet. Wenn es aber bei einem Verdacht gem § 13 Abs 2a SMG bleibt, dann hat sie nur in Form eines Abtretungsberichts die Staatsanwaltschaft zu informieren, die nach § 35 Abs 9 SMG idR unmittelbar vorläufig von der Verfolgung zurückzutreten hat. Der Verdacht muss der Gesundheitsbehörde mitgeteilt werden; sie ist nur dann zu einer Strafanzeige verpflichtet, wenn sich eine Person einer als notwendig erachteten gesundheitsbezogenen Maßnahme nicht unterzieht oder die dafür notwendige Untersuchung verweigert (§ 14 Abs 1).²¹

§ 35 SMG sorgt dafür, dass de facto **kein Gelegenheitskonsument** eines Suchtgifts nach dem SMG **bestraft** wird: Das Verfahren wird **regelmäßig vorläufig eingestellt**, manchmal ohne irgendwelche begleitenden gesundheitsbezogenen Maßnahmen, manchmal allerdings auch mit durchaus unangenehmen Begleitmaßnahmen wie regelmäßiger Harnkontrolle usw.²²

Und noch eine positive Hervorhebung: Dass Süchtige als behandlungsbedürftige Kranke anerkannt werden, zeigt besonders deutlich die im Jahr 2017 erfolgten Änderungen des SMG und vor allem der Suchtgiftverordnung betreffend die **Opioid-Substitutionsbehandlung**.²³ Die neuen Bestimmungen der Suchtgiftverordnung enthalten als Behandlungsziel der Substitutionsbehandlung nicht mehr die Abstinenz, und es gibt erfreulicherweise auch keine „Mittel der ersten Wahl“ mehr. Maßstab der Substitutionsbehandlung sind allein die ärztliche Wissenschaft und Erfahrung sowie die gleichzeitig ausgearbeiteten Leitlinien. Dabei handelt es sich lediglich um Empfehlungen und nicht um Vorschriften, sodass ein Arzt, der von den Empfehlungen abweicht, nicht „vorschriftswidrig“ handelt und damit mit dem SMG nicht in Konflikt kommen kann. Das sollte sich auch insofern positiv auswirken, als es wieder mehr Ärzte gibt, die Substitutionsbehandlungen durchführen.²⁴

3. Aber:

a) Nach der Grundkonzeption des SMG ist praktisch **jeder Umgang mit Suchtmitteln eine gerichtlich strafbare Handlung**, auch der **Erwerb und Besitz** ganz geringer Mengen zum Eigenkonsum. Damit ist auch jeder **Konsum** einer kleinen Menge Suchtgift strafbar, obwohl der Konsum in § 27 SMG nicht als strafbare Verhaltensweise genannt ist.²⁵ Dadurch, dass der OGH jeden auch noch so kurzfristigen Gewahrsam an Suchtgift, die bloße Innehabung, bereits als Besitz wertet,²⁶ ist der an sich nicht strafbare Konsum von Suchtgift ohne gleichzeitigen Besitz nicht möglich. Auch die Übernahme einer Haschischpfeife oder eines Joints gilt nach stRsp als Besitz von Suchtgift.²⁷ So wichtige

¹³ <https://derstandard.at/2000093102446/Luxemburg-will-Cannabis-zum-Konsum-in-der-Freizeit-legalisieren> (abgefragt am 4. 12. 2018).

¹⁴ *Business Insider Deutschland*, In diesen europäischen Ländern könnt ihr 2018 praktisch mehr oder weniger legal Cannabis rauchen, <https://www.businessinsider.de/in-diesen-laendern-in-europa-ist-cannabis-legal-2018-1> (abgefragt am 20. 2. 2019).

¹⁵ *Haefeli*, Jetzt kommt Cannabis light, <https://www.beobachter.ch/gesundheits/medizin-krankheit/cbd-jetzt-kommt-cannabis-light> (abgefragt am 22. 10. 2018).

¹⁶ *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ Einl XXXIX f.

¹⁷ *Schwaighofer* in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 5.

¹⁸ *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ Einl XLI f; *Schwaighofer* in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 10/1, § 35 Rz 1.

¹⁹ *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ Einl XL.

²⁰ *Hinterhofer* in *Hinterhofer*, SMG² (2018) § 35 Rz 9ff.

²¹ *Schwaighofer* in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 10/1; *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ Einl XLV.

²² *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ § 35 Rz 32; *Schwaighofer* in WK² SMG § 35 Rz 5/1 ff.

²³ SMG-Novelle 2017 BGBl I 2017/116; Novelle der Suchtgiftverordnung BGBl II 2017/292.

²⁴ Dazu näher *Schwaighofer*, Bemerkenswerte Neuerungen im Suchtmittelrecht, ZfG 2018 (H 1), 15ff; s auch *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ Einl XLV.

²⁵ *Schwaighofer* in WK² SMG § 27 Rz 19.

²⁶ Dazu näher unten III.1.

²⁷ Nachweise bei *Schwaighofer* in WK² SMG § 27 Rz 20.

Drogenpräventionsmaßnahmen wie das Drug-Checking (Substanztesting) werden durch die Judikatur des OGH zum Erwerb und Besitz von Suchtmitteln zumindest erschwert und verkompliziert.

Diese generelle Strafbarkeit nach § 27 SMG gilt grundsätzlich (beim Grunddelikt) auch **ohne irgendeine Differenzierung, um welches Suchtgift es sich handelt**, ob es sich um sog harte Drogen, die uU zu einer körperlichen Abhängigkeit und bei Überdosierung auch zum Tod führen können, oder ob es sich um sog weiche Drogen handelt, wie vor allem Cannabis.²⁸ Suchtgift ist jede Substanz, die in der sog „Einzigsten Suchtgiftkonvention“²⁹ aufgezählt und in der Suchtgiftverordnung ausdrücklich als Suchtgift bezeichnet wird (§ 2 SMG), und das trifft auch auf Cannabis (mit kleinen Ausnahmen) zu.³⁰

Bei den **psychotropen Stoffen** (§ 3 SMG), das sind Stoffe mit geringerem Gefährdungspotential, die vor allem in Schlaf- und Beruhigungsmitteln enthalten sind, ist die Rechtslage grundsätzlich gleich, doch gibt es in § 30 Abs 3 SMG einen **Strafausschließungsgrund** für den Fall des Eigengebrauchs einer Menge, die die Grenzmenge nicht übersteigt. Anders ist die Situation bei den **Neuen Psychoaktiven Substanzen**: § 4 NPSG kriminalisiert **nur die Angebotsseite** (und auch das nur bei doppeltem Vorsatz), der Konsum der neuen Substanzen wurde straflos gestellt, um den Neugierkonsum nicht zu kriminalisieren. Daher sind Erwerb und Besitz (auch Befördern und Anbieten) in der Aufzählung der Tathandlungen des § 4 NPSG nicht genannt, selbst wenn dies zu dem Zweck erfolgt, die Produkte später mit Gewinn zu verkaufen, und auch unabhängig von der Menge.³¹

b) Eine gewisse **Differenzierung** zwischen den Suchtgiften ergibt sich erst mittelbar bei den **Qualifikationen** durch die Festsetzung der **Grenzmengen** (§ 28b SMG), die auf das Gefahrenpotential (Suchtpotential) der Suchtmittel abstellen. Je gefährlicher das Suchtgift ist, desto niedriger ist die Grenzmenge: Dadurch ergeben sich bei größeren Mengen gefährlicherer Suchtgifte strengere Strafdrohungen als bei weniger gefährlichen.³²

c) Auch wenn das SMG somit weitgehend dafür sorgt, dass Suchtgiftkonsumenten nicht nach dem SMG bestraft werden, so werden sie durch das SMG und die Judikatur des OGH zunächst einmal **grundsätzlich kriminalisiert**: Sie begehen eine gerichtlich strafbare Handlung, was zweifellos ein **Stigma** darstellt und – trotz Zurücklegung der Anzeige – **andere negative Folgen** haben kann (Arbeitsplatz, familiäre Probleme, Probleme mit dem Führerschein wegen Verkehrsunzuverlässigkeit).³³ Drogenkonsumenten werden nur über **Ausnahmebestimmungen**³⁴ im SMG nicht bestraft. Hinter allen (mitunter unangenehmen) gesundheitsbezogenen Maßnahmen (§ 11 Abs 2 SMG), von denen der vorläufige Rücktritt uU abhängig gemacht wird (§ 35 Abs 6 SMG), steht letztlich die Drohung mit der Fortsetzung des Strafverfahrens, Verurteilung und Bestrafung.³⁵

III. ÄNDERUNGSBEDARF

1. Änderung der Auslegung der Begriffe Erwerb und Besitz von Suchtgift

Nach stRsp des OGH³⁶ gilt im Suchtmittelstrafrecht ein vom zivilrechtlichen Besitzbegriff abweichender, autonom definierter Besitzbegriff: Es wird lediglich auf die (von der subjektiven Tatseite umfasste) tatsächliche Innehabung abgestellt, ohne Erfordernis eines Willens, „die Sache als die seine zu behalten“. Besitz ist danach jeder noch so kurzfristige Gewahrsam.³⁷ Auch die Übernahme einer Haschischpfeife oder eines Joints gilt als Besitz von Suchtgift,³⁸ sodass der an sich nicht strafbare Konsum von Suchtgift ohne gleichzeitigen Besitz nicht möglich ist.³⁹

Das ist **nicht sachgerecht** und sollte sich ändern: Die ganz **kurzfristige Innehabung von Suchtgift zum sofortigen Konsum** sollte – wie in Deutschland⁴⁰ – **nicht als strafbarer Besitz** gewertet werden,⁴¹ und dementsprechend sollte die **Übernahme zum sofortigen Verbrauch** an Ort und Stelle **keinen strafbaren Erwerb** verwirklichen. Das lässt die Auslegung ohne Weiteres zu, und damit würde auch der Widerspruch zum NPSG abgeschwächt, wo Erwerb und Besitz (und damit der Konsum) straffrei sind (§ 4 NPSG), obwohl manche Neue Psychoaktive Substanzen anerkanntermaßen wesentlich gefährlicher sind als Cannabis.⁴² Falls der OGH, wovon leider auszugehen ist, bei seiner stRsp bleibt, sollte der Gesetzgeber eine (allenfalls negative) Definition in diesem Sinn in das Gesetz einfügen.

²⁸ *Schwaighofer* in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 21.

²⁹ BGBl 1978/531 idF BGBl I 2008/2.

³⁰ Anh I ESK; Anh I.1.a SV; *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ § 2 Rz 36; *Schwaighofer* in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 19.

³¹ ErläutRV zum NPSG 1518 BlgNR 24. GP 12; *Schwaighofer* in WK² NPSG Vor §§ 4, 5 Rz 31, § 4 Rz 11 ff.

³² *Schwaighofer* in WK² SMG § 28b Rz 4.

³³ *Schwaighofer* in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 70.

³⁴ *Hinterhofer/Tomasits* in *Hinterhofer*, SMG² § 27 Rz 40 f; s auch 11 Os 21/18 z; *Ratz* in WK-StPO § 281 Rz 658.

³⁵ *Schwaighofer* in WK² SMG § 35 Rz 5/4.

³⁶ OGH 15 Os 94/12 f JSt-Slg 2014/28, 159 (mit Anm *Schwaighofer*); vgl RIS-Justiz RS0096666; RS0088344; *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ § 27 Rz 8; *Hinterhofer/Tomasits* in *Hinterhofer*, SMG² § 27 Rz 35 f; *Schwaighofer* in WK² § 27 SMG Rz 14; jeweils mwN.

³⁷ Bei der Auslegung der Tathandlung „Anbieten“ von Suchtgift übernimmt der OGH hingegen (in Ablehnung der Rechtsauffassung im Einführungserlass zur SMG-Novelle 2007, B.I.b) die zivilrechtliche Definition und versteht darunter eine Willenserklärung, die inhaltlich ausreichend bestimmt ist und einen endgültigen Bindungswillen des Offerenten zum Ausdruck bringt; dass sich das Suchtgift bereits im Besitz des Anbietenden befindet, für diesen real verfügbar ist oder von ihm tatsächlich geliefert werden kann, sei nicht erforderlich (OGH 4 Os 31/13 k; 15 Os 53/13 b JSt-Slg 2014/27, 158 [mit Anm *Schwaighofer*]).

³⁸ OGH 13 Os 183/95 uam.

³⁹ *Schwaighofer* in WK² SMG § 27 Rz 19 f.

⁴⁰ *Körner*, BtMG⁶ § 29 Rz 1393 f.

⁴¹ *Schwaighofer* in WK² SMG § 27 Rz 21; s auch *Venier*, Wenn „Täter“ sich selbst gefährden: Ist bloßer Drogenkonsum strafbar? Die Presse 2. 4. 2001; *Bertel*, Probleme des Suchtgiftstrafrechts, in FS Jesionek 301; nach *Hinterhofer/Tomasits* in *Hinterhofer*, SMG² § 27 Rz 37, 40 f, verlangt „Besitz“ ein auf nennenswerte Dauer ausgerichtetes Herrschaftsverhältnis.

⁴² Siehe etwa *Wersel/Egger*, Neue psychoaktive Substanzen: Konsummuster, Konsumotive, Nebenwirkungen und problematischer Konsum, in *von Heyden* ua (Hrsg), Neue Psychoaktive Substanzen (2018) 217 (223, 226).

2. Strafflosigkeit des Erwerbs und Besitzes von Cannabisprodukten in kleinen Mengen

Dies wäre einmal ein kleiner Schritt, um den Suchtgiftkonsum noch stärker zu entkriminalisieren. Angesichts der weltweiten Bestrebungen hinsichtlich Legalisierung von Cannabis⁴³ sollte man aber noch einen Schritt weiter gehen und **Erwerb und Besitz von Cannabisprodukten in kleinen Mengen generell straflos stellen**. Was spricht dafür?

- Zunächst eine **allgemeine Feststellung**: Eine drogenfreie Gesellschaft ist eine Illusion, wir sind eine **Suchtgesellschaft** (Arbeit, Sport, Spielen, Computer, insbesondere Social-Media-Sucht, Alkohol, Tabak usw).⁴⁴ Süchte und Abhängigkeiten gehören zum menschlichen Dasein. Jeder Mensch hat bestimmte Süchte, einige werden von der Gesellschaft positiv bewertet, andere als negativ, besonders in unserer Leistungsgesellschaft. Unsere Gesellschaft ist in **zwei Suchtgruppen** aufgespalten: Es gibt die „rechtschaffene“ Suchtgruppe, die zB arbeitssüchtig oder sportsüchtig ist. Man darf auch spielen, Alkohol und Zigaretten konsumieren: Diese Personen sind die Guten, zu denen viele von uns gehören, bei denen man staunt, wie viel sie vertragen. Auf der anderen Seite gibt es die „Giftler“, die illegale Drogen konsumieren und mit dem Strafgesetz in Konflikt kommen, zu denen auch die Cannabiskonsumenten gehören. Dabei erfolgt der Cannabiskonsum in aller Regel in einem Normalbereich vergleichbar mit Weinkonsum. Die Konsumenten führen fast durchwegs ein angepasstes Leben, sie können gut damit umgehen, ohne dass sie Probleme in Schule, Arbeit usw haben. Sie konsumieren aus Neugier oder Genuss und sind erwiesenermaßen – anders als Alkohol- und Nikotinkonsumenten – kaum abhängigkeitsgefährdet.⁴⁵ Während Cannabiskonsumenten in der Regel den Konsum von sich aus wieder beenden, ist das bei Alkohol- und Nikotinkonsumenten wesentlich seltener.⁴⁶
- Die Strafbarkeit nach dem Suchtmittelgesetz hat hinsichtlich des **Probier- und Experimentierkonsums von Suchtmitteln** offensichtlich **so gut wie keine präventive Wirkung**. Cannabiskonsum ist gesellschaftliche Realität geworden.⁴⁷ Zumindest ein Probierkonsum gehört anscheinend zum Heranwachsen genauso wie das Ausprobieren von Zigaretten und Alkohol.
- Die Strafbarkeit von Cannabiskonsum wird **von der Jugend nicht verstanden**, und auch von vielen Erwachsenen nicht. Es existiert diesbezüglich so gut wie kein Unrechtsbewusstsein, was durch die weltweiten Legalisierungsbestrebungen, insbesondere in den USA, gewiss begünstigt wird.
- Man darf Cannabis nicht ganz verharmlosen, zumal es auch schon in recht hohen THC-Konzentrationen verfügbar ist. Man kann durch Cannabiskonsum Probleme bekommen, es kann zu Lern- und Gedächtnisschwierig-

keiten kommen. Aber Cannabis ist sicher **weniger gefährlich als legale Drogen** wie Alkohol. Am Rauchen eines Joints ist das primär Schädliche und Gefährliche das Inhalieren des (krebserregenden) Rauchs und nicht der Inhaltsstoff. Die Gefahr von psychischer Abhängigkeit und von Psychosen durch Cannabiskonsum gibt es nur bei sog „Heavy-Usern“, die Cannabis täglich (mehrmals) konsumieren,⁴⁸ und auch das nur bei vulnerablen Personen mit zusätzlichen Risikofaktoren (psychiatrische Disposition, ungünstige gesellschaftliche Rahmenbedingungen).

- Eine besondere Gefahr für Cannabiskonsumenten liegt darin, dass sie in Kontakt mit der illegalen Szene kommen (müssen), um sich das Suchtmittel zu verschaffen, und dadurch uU an Händler geraten, die sie zum Ausprobieren anderer, harter Drogen verleiten.
- Die These von der **Einstiegsdroge** und der **Schrittmacherfunktion** von Cannabis ist ein Mythos, mit dem man aufräumen muss.⁴⁹
- Bei Cannabiskonsum handelt es sich um eine ganz **geringe Selbstgefährdung**:⁵⁰ Daran eine gerichtliche Strafbarkeit zu knüpfen, ist **unverhältnismäßig** und widerspricht der Ultima-ratio-Funktion des Strafrechts. Dafür wäre höchstens eine kleine Verwaltungsübertretung (wie für die Verletzung der Anschnall- oder Helmpflicht) angemessen.⁵¹ Die Kategorisierung von Cannabis als Suchtgift passt auch überhaupt nicht im Vergleich zu den teilweise gefährlicheren Neuen Psychoaktiven Substanzen.
- Unverhältnismäßig ist auch der **Verfolgungsaufwand**, der mitunter betrieben wird. Die Mittel könnten anderweitig besser eingesetzt werden, insbesondere für Drogenprävention und Suchthilfe Drogenkranker.

Deshalb sollte der Erwerb und Besitz von Cannabis in kleinen Mengen zum Eigengebrauch (einschließlich des Anbaus der Cannabispflanze zur Gewinnung von Cannabis

⁴³ Siehe oben I. Vgl auch Die Presse, Lange Schlangen nach Legalisierung von Marihuana in Kalifornien, <https://diepresse.com/home/ausland/welt/5346612/Lange-Schlange-nach-Legalisierung-von-Marihuana-in-Kalifornien> (abgefragt am 20. 2. 2019).

⁴⁴ Siehe etwa Albrecht, Kriminologie⁴ (2010) § 37 I.

⁴⁵ Schwaighofer in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 21. Die Probleme mit den legalen Drogen Alkohol und Nikotin sind wesentlich größer: s etwa Lessmann, Drogenpolitik 4.

⁴⁶ Schwaighofer in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 96.

⁴⁷ Nach einer groben Schätzung verfügen zwischen einem Drittel und der Hälfte der Bevölkerung über Erfahrungen mit Cannabis, überwiegend allerdings lediglich eine vorübergehende Probiererfahrung: Bundesministerium für Gesundheit, Repräsentativerhebung zu Substanzgebrauch in der Allgemeinbevölkerung 2015 I Forschungsbericht, https://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/5/8/9/CH1038/CMS1468503131574/gps_2015_band_1_forschungsbericht2.pdf (abgefragt am 25. 10. 2018).

⁴⁸ Haller, Nie mehr süchtig sein (2017) 112 ff.

⁴⁹ Es gibt Untersuchungen, wonach nur ca 2–5% der Cannabiskonsumenten später auf härtere Drogen umsteigen (s die Cannabis-Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts 9. 3. 1994 [BVerfGE 90, 145, Cannabis; weitere Nachweise unter <https://hanfverband.de/nachrichten/blog/ist-cannabis-eine-einstiegsdroge>; Onlineabfrage 14. 11. 2018]; vgl auch Ebner in WK² StGB § 32 Rz 77: „angebliche Gefährlichkeit“ von Cannabis); Schwaighofer in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 99 mN.

⁵⁰ Das Argument, dass bloße Selbstgefährdungen straflos bleiben sollten, könnte man auch auf den Konsum von „harten“ Drogen übertragen. Aber Cannabisprodukte haben insofern eine Sonderstellung, als Cannabis generell viel ungefährlicher und damit auch die „abstrakte Gefahr für die Volksgesundheit“, auf die mitunter hingewiesen wird, sehr bescheiden ist.

⁵¹ Schwaighofer in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 100.

zum Eigengebrauch) **straflos** gestellt werden, und es sollte auch die **Möglichkeit des legalen Erwerbs** von Cannabis geben. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass sich durch die Kriminalisierung der Nachfrageseite das Drogenangebot nicht reduzieren oder gar austrocknen lässt; und Erfahrungen aus Ländern, in denen man Cannabis legal erwerben kann, zeigen, dass die Nachfrage dadurch kaum ansteigt.

Abzulehnen ist hingegen eine **völlige Legalisierung**. Das wäre der falsche Weg und wird auch fast nirgends so gehandhabt. Es braucht auch eine **Regulierung**. Eine Reglementierung ist nötig, weil dadurch Konsumentenschutz und Qualitätskontrolle ermöglicht werden. Es sollte ein staatlich geregeltes Angebot für bestimmte Suchtmittel bereitgestellt werden oder es müssten Rahmenbedingungen für ein legales Angebot geschaffen werden. Das sorgt für Steuereinnahmen wie bei Alkohol und Tabak, der Gesetzgeber müsste sich nur um den Schwarzmarkt und die Beschaffungskriminalität kümmern.⁵²

3. Zulassung von Cannabis zu medizinischen Zwecken

Cannabis sativa (die Hanfpflanze) wurde zu Österreichs Arzneipflanze 2018 gekürt, weil sie vielen Menschen mit schwerwiegenden chronischen Erkrankungen (vor allem Krebskranken) hilft.⁵³ Eine Reihe von Ländern, bspw Israel,⁵⁴ Luxemburg⁵⁵ und die Niederlande, erlauben Cannabis bereits zu medizinischen Zwecken;⁵⁶ in Italien ist medizinisches Cannabis auf ärztliche Verschreibung hin in Apotheken erhältlich.⁵⁷ In Deutschland wurde Cannabis für medizinische Zwecke im Jahr 2017 legalisiert,⁵⁸ die Krankenkassen übernehmen die Kosten dafür. Auch in Portugal ist medizinisches Cannabis (Cannabisblüten und Extrakte) verschreibungsfähig.⁵⁹

In **Österreich** gibt es zwar **Cannabisarzneimittel**, die zum Einsatz kommen. Sie enthalten die Cannabinoide Delta-9-Tetrahydrocannabinol (THC) und Cannabidiol (CBD) mit den Handelsnamen Dronabinol und Sativex. Die Cannabispflanze (insb die Blüten und Fruchtstände) enthält aber rund 80 verschiedene Cannabinoide und 500 Inhaltsstoffe. Um das volle Potential von Cannabis als Medizin auszuschöpfen, benötigt man die ganze Blüte als Rohmaterial.⁶⁰ Allerdings sind Cannabis⁶¹ und Cannabisharz **Suchtgifte**, weil sie in Anh 1 SV aufgezählt sind. Die Cannabispflanze selbst ist kein Suchtgift, es gelten jedoch auch für sie gem § 2 Abs 4 SMG die Beschränkungen der ESK. Samen und Blätter der Cannabispflanze allein fallen ebenfalls nicht unter den Suchtgiftbegriff, solange keine Vermengung mit den Blüten oder Fruchtständen erfolgt ist. Schließlich ist auch THC-armes Cannabis (THC-Gehalt bis 0,3%) kein Suchtgift. Blüten- und Fruchtstände dieser **Nutzhanfsorten** sowie die Produkte daraus sind vom Begriff des Suchtgifts ausgenommen, sie können – zumindest derzeit noch⁶² – legal angebaut und verkauft werden.⁶³

Gem § 6 Abs 2 SMG ist der **Anbau der Cannabispflanze zur Suchtgiftgewinnung** grundsätzlich **verboten**.⁶⁴ Der Anbau zu anderen (zB gärtnerischen oder landwirtschaftlichen) Zwecken⁶⁵ ist straflos, auch wenn der THC-Gehalt mehr als 0,3% beträgt.⁶⁶ Der Anbau ist allerdings nicht ungefährlich, weil schon ein alternativer Vorsatz in Bezug auf die Suchtgiftgewinnung für die Strafbarkeit genügt. Der **Verkauf von Cannabispflanzenstecklingen**, die noch keine THC-haltigen Blüten und Fruchtstände tragen, ist straffrei und wird auch von zahlreichen Hanfshops praktiziert. Allerdings tragen die Verkäufer das Risiko, dass die Käufer die Stecklinge zur Suchtgifterzeugung weiter heranziehen, und wenn den Hanfshop-Betreibern ein bedingter Vorsatz nachgewiesen werden kann, dass sie damit gerechnet und sich damit abgefunden haben, haften sie als Beitragstätter zur Suchtgifterzeugung.⁶⁷

Erwerb und Besitz von Cannabis sowie der Eigenanbau von **Cannabis zur Selbsttherapie schwerer Krankheiten** führen daher grundsätzlich zur **Strafbarkeit**, auch wenn in manchen Fällen § 35 SMG greift. Man kann zwar im Rahmen einer ärztlichen Behandlung auch suchtgifthalte Arzneimittel (zB Dronabinol) verschrieben bekommen (§ 8 SMG),⁶⁸ aber kein Suchtgift in Substanz (§ 14 SV). Die Kosten dafür sind sehr hoch,⁶⁹ die Krankenkassen übernehmen die Kosten nur ausnahmsweise. Hinzu kommt, dass die Wirkung dieser Substanzen nur eingeschränkt ist: Die volle Wirksamkeit von Cannabis wird nur durch die ganze Cannabisblüte als Rohmaterial zur Herstellung von Extrakten erreicht.

⁵² *Schwaighofer* in WK² SMG Vor §§ 27–40 Rz 112 f.

⁵³ Der Standard, Cannabis ist die Arzneipflanze des Jahres, <https://derstandard.at/2000074337301/Cannabis-ist-die-Arzneipflanze-des-Jahres> (abgefragt am 22. 10. 2018).

⁵⁴ Der Standard, Medizinisches Cannabis: „Israel hat die Nase ganz weit vorn“, <https://derstandard.at/2000054348627/Medizinisches-Cannabis-Israel-hat-die-Nase-ganz-weit-vorn> (abgefragt am 27. 10. 2018).

⁵⁵ <https://derstandard.at/2000093102446/Luxemburg-will-Cannabis-zum-Konsum-in-der-Freizeit-legalisieren> (abgefragt am 4. 12. 2018).

⁵⁶ [www.ejcancer.com/article/S0959-8049\(07\)00736-8/fulltext](http://www.ejcancer.com/article/S0959-8049(07)00736-8/fulltext) (abgefragt am 27. 10. 2018).

⁵⁷ *Marcin*, Marijuana Legalization in Italy, Pot Laws Eased for Growers Cultivating Medical Cannabis, International Business Times, www.ibtimes.com/marijuana-legalization-italy-pot-laws-eased-growers-cultivating-medical-cannabis-2267841 (abgefragt am 27. 10. 2018).

⁵⁸ dBGBI I 2017/11, 403.

⁵⁹ <https://www.leafly.de/portugal-legalisiert-cannabis-medizin/> (abgefragt am 20. 2. 2019).

⁶⁰ www.cannabismedizin.at/2016/12/interview-mit-dr-blaas-ueber-die-behandlung-mit-natuerlichen-cannabinoiden/ (abgefragt am 23. 10. 2018).

⁶¹ Cannabis sind die Blüten oder Fruchtstände der Cannabispflanze vor Entzug des Harzes.

⁶² Das ursprünglich angedachte Verbot dürfte nicht kommen, allerdings eine strengere Regulierung (zum Teil nur Verkauf durch Apotheken): s dazu „Hasch light“ bleibt, Profil 2018 Nr 50, 16.

⁶³ *Schwaighofer* in WK² SMG § 27 Rz 46; *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ § 2 Rz 36.

⁶⁴ Eine Ausnahme gibt es nur zu wissenschaftlichen Zwecken und zur Herstellung von Arzneimitteln (§ 6a Abs 1 SMG).

⁶⁵ Cannabispflanzen können etwa zur Herstellung von Hartfaserplatten, Biokunststoff, Speiseöl oder dgl verwendet werden.

⁶⁶ *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ § 6 Rz 13f.

⁶⁷ *Schwaighofer* in WK² § 27 Rz 40.

⁶⁸ *Blaas*, Cannabismedizin – Ein praktischer Ratgeber für Patienten und Patientinnen (2016) 73.

⁶⁹ *Weber*, Kommentar zum Betäubungsmittel- und Arzneimittelgesetz⁵ (2017) § 3 Rz 146.

Wer den illegalen Weg beschreitet und sich zwecks Selbsttherapie Cannabis am Schwarzmarkt verschafft oder selbst anbaut, geht (durch die fehlende Qualitätskontrolle) nicht nur ein Risiko ein, sondern macht sich zumindest nach § 27 Abs 1 SMG strafbar. Wer selbst Cannabis zur Suchtgiftgewinnung anbaut und dabei (auf Vorrat) mehr als die Grenzmenge von THC und THCA erzeugt, macht sich sogar wegen „Suchtgifthandels“ nach § 28a Abs 1 (Abs 3) SMG strafbar, weil nach dem Wortlaut kein „Inverkehrsetzungsvorsatz“ verlangt wird.⁷⁰

Die Berufung auf rechtfertigenden oder entschuldigenden Notstand oder Rechtsirrtum hat kaum Erfolgchancen, weil es sich nicht um das einzig mögliche, mildeste Mittel zur Gefahrenabwehr handle bzw den Personen die Rechtswidrigkeit ihres Handelns in der Regel bewusst sei.⁷¹ Der OGH verneint sowohl einen unmittelbaren bedeutenden Nachteil als auch die Verhältnismäßigkeitsvoraussetzung: Der Schaden durch die Erzeugung einer großen Menge Suchtgift sei unverhältnismäßig schwerer als der individuelle Nachteil, der dadurch abgewendet werden soll. Vor allem könne der Schaden auf andere Weise abgewendet werden, nämlich durch zugelassene Schmerzmittel.⁷²

Auch wenn die Judikatur durchaus diskussionswürdig ist, sollte der **Gesetzgeber** eingreifen: In § 28a Abs 1 SMG sollte – wie in § 28 SMG – ein Inverkehrsetzungsvorsatz aufgenommen werden, um den Cannabisproduzenten für den Eigengebrauch nicht zum Suchtgifthändler zu machen.⁷³

Da bereits ein **kontrollierter staatlicher Cannabisaubau** durch die AGES (§ 6a SMG) existiert, wäre es durchaus möglich und sinnvoll, getrocknete Cannabisblüten und daraus hergestellte Extrakte auf Rezept zu legalisieren. Diese könnten in standardisierter Form und pharmazeutischer Qualität in Apotheken (§ 7 SMG) angeboten und im Rahmen einer ärztlichen Behandlung auch exakt dosiert werden. Schließlich wäre auch die Übernahme der Kosten durch die Krankenkassen ein wichtiger Punkt, wie dies in Deutschland geschieht. Dort sind getrocknete Medizinal-Cannabisblüten und -Cannabisextrakte in standardisierter pharmazeutischer Qualität verkehrs- und verschreibungsfähig. Cannabis muss aus einem staatlich kontrollierten Anbau zu medizinischen Zwecken stammen. Der Eigenanbau zur Selbsttherapie ist wegen der fehlenden Sicherheits- und Qualitätskontrolle nicht zulässig.⁷⁴

IV. VEREINBARKEIT DER VORSCHLÄGE MIT DEM INTERNATIONALEN RECHTLICHEN RAHMEN

Die internationalen Suchtgiftkonventionen sind **nicht mehr zeitgemäß** und würden in der vorliegenden Form heute wohl auch nicht mehr so abgeschlossen. Viele Staaten gestalten ihre Drogenpolitik bereits am äußersten Rand oder gar im Widerspruch zu den UN-Konventionen.⁷⁵ Die Verpflichtung, den Drogenbesitz zu bestrafen, sollte aus den Überein-

kommen gestrichen werden. Die europäische Drogenpolitik müsste international eine neue Akzentuierung erfahren, was auch von der Europäischen Union zunehmend erkannt wird.⁷⁶ Manche Länder halten sich schlicht und einfach nicht an die alten Übereinkommen, was angesichts der Bestrebungen in den USA durchaus verständlich ist.

In der **Einzigen Suchtgiftkonvention der VN aus dem Jahr 1961**⁷⁷ gibt es **Art 36**, der alle Vertragsstaaten verpflichtet, jeden konventionswidrigen Umgang mit Suchtgiften unter Strafe zu stellen und **schwere** Verstöße angemessen zu ahnden, insbesondere mit Gefängnis oder sonstigen Arten des Freiheitsentzugs. **Süchtige** müssen nach Art 36 Abs 1 lit b ESK allerdings nicht verurteilt und bestraft werden, die Staaten können stattdessen Maßnahmen der Behandlung, der Aufklärung, Rehabilitation und der sozialen Wiedereingliederung vorsehen.⁷⁸ Diese Formulierung lässt es einerseits zu, dass bei **nicht schweren** Verstößen (was das ist, entscheidet jeder Staat selbst) entsprechend harmlos reagiert wird. Zwar besteht die Verpflichtung, die aufgezählten Handlungen auch in Bezug auf Cannabis mit Strafe zu bedrohen, weil Cannabis in der Suchtstoffliste in Anh I ESK (in einer Kategorie mit Heroin, Kokain, Opium, Morphium etc) aufgezählt ist. Doch kann nach der Erklärung Österreichs diese Verpflichtung auch durch Schaffung von **Verwaltungsstrafatbeständen** erfüllt werden.

Das **Wiener Übereinkommen aus dem Jahr 1988**,⁷⁹ an dem sich auch der Rahmenbeschluss der EU 2004/757/JI v 25. 10. 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels⁸⁰ orientiert, hat einen etwas repressiveren Charakter. Die Mitgliedstaaten werden deutlich angewiesen, jeglichen Umgang mit Suchtgiften als Straftaten zu umschreiben, also jedenfalls entsprechende Strafbestimmungen zu schaffen.⁸¹ Immerhin gilt diese Verpflichtung hinsichtlich Besitz, Kauf und Anbau von Suchtgiften für den persönlichen Gebrauch „vorbehaltlich der Verfassungsgrundsätze und der Grundzüge der Rechtsordnung des betreffenden Staates“ (Art 3 Abs 2 Wiener Übereinkommen). Also besteht auch hier ein gewisser Spielraum. Es gibt auch keine ausdrückliche Verpflichtung zur tatsächlichen Verhängung von Strafen. Der Gesetzgeber kann daher einen gerichtlichen oder (nach der Erklärung Österreichs zu Art 3) auch einen Verwaltungsstrafatbe-

⁷⁰ 15 Os 22/13 v, 23/13 s, 14 Os 101/08 x, 12 Os 99/09 i; *Schwaighofer* in WK² § 28a Rz 23/1.

⁷¹ *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT¹⁵ (2016) Z 14 Rz 16; *Lewisch* in WK² Nachbem § 3 Rz 52, 55 und 58; *Steininger* in SbgK Nachbem § 3 Rz 36.

⁷² Siehe etwa OGH 12 Os 119/03, 11 Os 154/03, 11 Os 93/07 x.

⁷³ *Schwaighofer* in WK² § 28a Rz 23/1; s auch *Schwaighofer*, SN 29. 12. 2014, 13; *Machac*, JSt 2013, 228.

⁷⁴ dBGB I 2017/11, 403.

⁷⁵ Treffend *Lessmann*, Drogenpolitik 44.

⁷⁶ Ansätze dazu sind in der EU-Drogenstrategie 2013–2020 (ABl C 2012/402, 1 v 29. 12. 2012), Pkt 22.11, enthalten.

⁷⁷ Siehe FN 29.

⁷⁸ *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ Einl XXXIX.

⁷⁹ BGBl III 1997/154 idF BGBl III 1998/141.

⁸⁰ ABl L 2004/335, 8.

⁸¹ *Matzka/Zeder/Rüdiger*, SMG³ Einl XLII f.

stand schaffen und als Konsequenz Therapien oder dgl. vorsehen.

Das EU-Recht ist weniger problematisch: Zu beachten ist der **Rahmenbeschluss Drogenhandel der EU**,⁸² Straftaten für den persönlichen Konsum sind aber ausgeklammert, hier bleibt die Sanktionierung den Mitgliedstaaten überlassen.

Will man kleine Drogendelikte (den Drogenkonsum) entkriminalisieren, muss man **gefinkelt argumentieren**, warum das mit den rechtlichen Bestimmungen noch vereinbar ist. Es muss Strafbestimmungen oder zumindest Verwaltungsstraftatbestände geben, aber man muss nicht bestrafen (kann von der Verfolgung absehen); oder man argumentiert, dass die Bestrafung von Bagatellen mit den Grundzügen der Rechtsordnung unvereinbar ist.

V. RESÜMEE

Es wäre an der Zeit, dass Österreich anderen Ländern folgt und sich bei Cannabis mutig zu einer begrenzten Legalisierung mit Regulierung durchringt, auch wenn der politische Wind, wie das Regierungsprogramm der türkis-blauen Regierung zeigt, derzeit eher ungünstig ist.⁸³

⁸² Siehe FN 80.

⁸³ Laut einer Meldung in der ZIB 2 v 14. 11. 2018 fordert Innenminister Kickl „härtere Strafen für junge Drogenkonsumenten, damit sie nach dem ersten Auffliegen nicht denken, ihnen würde nichts passieren“. Das Sozialministerium vertritt in einem – allerdings fragwürdigen – Erlass vom Dezember 2018 (https://www.sozialministerium.at/site/Service_Medien/Presse/Presseaussendungen/Verkaufsverbot_von_CBD_haltigen_Lebensmitteln_und_Kosmetika_Verkaufsverbot_von_CBD_haltigen_Lebensmitteln_und_Kosmetika); siehe dazu *Natterer/Pohl*, CBD: Ein Rechtsbruch, der keiner ist, Die Presse Rechtspanorama 14. 1. 2019, 14) die Auffassung, dass der Verkauf CBD-haltiger Extrakte und Lebensmittel generell verboten sei.



ECKART RATZ

Der Autor, Präs d OGH iR, ist Mitherausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO, verantwortlich für den strafrechtlichen Teil des Evidenzblatts der Rechtsmittelentscheidungen der ÖJZ und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien.

2019/101

Bemerkenswertes aus der Judikatur des OGH in Strafsachen seit 2016

Zusammenstellung wichtiger Aussagen in der Rechtsprechung des OGH aus 2016–2018, insb unter dem Gesichtspunkt der Praxisrelevanz aus Verteidigersicht.

I. EINLEITUNG

Ich habe für meinen Überblick über die wichtigsten Entscheidungen des OGH in Strafsachen wie gewohnt auf die für das EvBl der ÖJZ getroffene Auswahl zurückgegriffen. Die Tatsache, dass in jedem Heft vier Entscheidungen vorgestellt werden, stellt sicher, dass die Leserin und der Leser auf knappem Raum über **alle wichtigen Entwicklungen** im Straf- und Medienrecht auf dem Laufenden gehalten und mithilfe von Hinweisen Zusammenhänge hergestellt werden können. Die Rechtssätze und Hinweise des EvBl bis Heft 18/2018 bilden den Inhalt der nachfolgenden Judikaturübersicht. Zwischen Rechtssätzen als Entscheidungsinhalt und Hinweis (aus Anlass der Entscheidungen) wird nicht unterschieden.

II. MATERIELLES RECHT

- 14 Os 31/16i EvBl-LS 2016/156: **Eine nach altem Recht begründete Subsumtionseinheit**, die infolge Aufhebung eines die rechtliche Unterstellung der Subsumtionseinheit nicht berührenden (Teil-)Schuldspruchs prozessual zerschlagen wird und neu zu bilden ist, ist dabei **einem Günstigkeitsvergleich nach § 61 StGB nicht zu unterziehen**.
- 17 Os 34/15a EvBl 2016/143: **Missbrauch der Amtsgewalt** kann durch Missachtung der Pflicht begangen werden, (**Wasserversorgungs-**)**Bescheide** (mit denen die Herstellungskosten und die Anschlussabgabe vorge-

schrieben werden) durch Weiterleitung von Anträgen und die Information über die Herstellung der Anschlüsse vorzubereiten. Schuld- und Freispruch beziehen sich nicht auf die rechtliche Kategorie (strafbare Handlung), sondern auf die Tat, also das unter Anklage gestellte historische Geschehen. Das ist der Grund, warum nach stRsp ein Subsumtionsfreispruch (sog Qualifikationsfreispruch) nicht in Frage kommt.

- 15 Os 29/16b EvBl 2016/150: Durch den Entfall des bislang in § 129 Z 3 StGB (aF) enthaltenen Wortes „sonst“ in § **129 Abs 1 Z 3 StGB** hat die – auch zu Bargeldbehebungen bei Bankomaten mittels unbefugter Benützung fremder **Bankomatkarten** ergangene – Rsp, wonach dieser Qualifikation nur die Überwindung von anderen als den in Z 1 und 2 des § 129 (nunmehr Abs 1) StGB genannten Objekten zugehörigen Sperren zu subsumieren ist, ihre Grundlage verloren. Aufbrechen oder Öffnen einer Sperrvorrichtung qualifiziert nach § 129 Abs 1 Z 3 StGB (idF BGBl I 2015/112) in einem gegenüber § 129 Z 3 StGB (aF) erweiterten Umfang.
- 13 Os 76/16z EvBl-LS 2016/184: **§ 31 a StGB gilt** (wegen Verlagerung des Regelungsinhalts von § 410 StPO in den AT des StGB) **für Sanktionen nach dem FinStrG analog**. Die von § 31 a Abs 1 und 3 StGB angesprochenen Umstände sind stets Tatumstände, also solche auf der Sachverhaltsebene. Nachträglich erkannte Rechtsfehler sind nicht gemeint. Anpassung an eine veränderte Normsituation ermöglicht die Bestimmung schon deshalb nicht.

Den Strafsatz betreffende Tatumstände, welche Gegenstand der Wiederaufnahme sind (§ 353 Z 2 StPO), kommen nicht in Betracht. Umgekehrt meint § 31 a StGB alle nicht von der Wiederaufnahme erfassten, für die Strafbesetzung relevanten Tatumstände, also auch (bloß) den Strafraumen betreffende Tatumstände.

- 13 Os 105/15p, 106/15k EvBl-LS 2017/8: **Eine Inlandstat begeh auch, wer im Inland zu einer Auslandstat beiträgt.** Damit allein ist inländische Gerichtsbarkeit und die Anwendbarkeit der ö Strafgesetze begründet, ohne dass auf den Deliktscatalog des § 64 Abs 1 StGB oder auf Kriterien des § 65 Abs 1 (beiderseitige Strafbarkeit, Staatsbürgerschaft des Angekl), Abs 3 und 4 StGB abzustellen wäre. Auf dieser Grundlage ist – da jeder Täter unabhängig von der Strafbarkeit eines anderen Mitwirkenden haftet (§ 12 StGB; RIS-Justiz RS0089470, RS0106089) – der im Inland handelnde Beitragstäter auch dann für seine Tat verantwortlich, wenn die im Ausland begangene Tat des unmittelbaren Täters nach dem Recht des betreffenden Staates gar nicht strafbar ist. Es genügt, dass der (daher:) unmittelbare Täter eine Ausführungshandlung setzt, die dem Wortlaut eines ö Strafgesetzes entspricht. *Salimi* in WK² StGB § 67 Rz 38, auf den sich der OGH (gegen abw Lehrmeinungen) beruft, betont, dass eine „Anknüpfung des Tatorts der Beteiligten am Ort der ‚Haupttat‘ des unmittelbaren Täters [. . .] mit dem Wortlaut des § 67 [StGB] nicht vereinbar“ ist, „da dieser auf die Handlung bzw Unterlassung des Täters abgestellt und nach § 12 [StGB] nicht nur der unmittelbare, sondern auch der Beitrags- und Bestimmungstäter ‚Täter‘ sind“.
- 17 Os 10/16y EvBl-LS 2017/16: Beim **Ausschluss von der Ausübung eines Gewerbes** nach § 13 Abs 1 GewO 1994 handelt es sich um eine Rechtsfolge, die nach § 44 Abs 2 StGB bedingt nachgesehen werden kann. Von einer (Rechts- oder Neben-)Folge der Verurteilung spricht man, wenn das Gesetz selbst mit dem StraFu eine Konsequenz verknüpft, die unabhängig vom Willen des Gerichts eintreten soll. Sie tritt, wenn nichts anderes bestimmt ist, mit der Rechtskraft des StraFu ein (§ 398 StPO), ohne dass es einer (Feststellungs-)Entscheidung des Gerichts bedarf. Das StGB selbst kennt mit dem in § 27 Abs 1 StGB geregelten Amtsverlust für ö Beamte nur eine derartige Rechtsfolge. Konnte man bis zum StrÄG 1996 die Meinung vertreten, dass infolge des durch § 44 Abs 2 StGB in der bis dahin geltenden Fassung verlangten Zusammenhangs von Hauptstrafe und Rechtsfolge der Widerruf der bedingten Nachsicht jener auch für diese gilt (vgl DokStGB, 106, *Kunst* in WK¹ StGB § 53 Rz 11), fehlt seither eine materielle Grundlage für den Widerruf der bedingten Nachsicht der Rechtsfolge, welche sich daher bis zur Lückenfüllung durch den Gesetzgeber (§ 1 StGB) verbietet (s aber § 495 Abs 1, § 497 StPO).
- 17 Os 15/16h EvBl 2017/21: **Als (iSd § 302 Abs 2 zweiter Satz StGB) tatbestandmäßige Vermögensschäden** sind nur solche anzusehen, die **unmittelbar durch den Befugnismissbrauch** (§ 302 Abs 1 StGB) entstanden sind (arg: „durch die Tat“). Dies trifft auf gerade durch die missbräuchliche Ausgabe von Parkklebern bewirkten, nicht aber auf (erst) infolge späterer (rechtswidriger Inanspruchnahme von Parkflächen unter) Verwendung des durch die Tat erlangten Parkklebers hervorgerufenen Abgabenausfall zu.
- 11 Os 97/16y EvBl 2017/28: Gänzlicher oder teilweiser **Verzicht auf Schadensgutmachung** ist nur dann Grundlage für die **Annahme tätiger Reue, wenn der Täter dem Geschädigten den Ersatz des ganzen Schadens realistisch anbietet** und der Geschädigte iS eines freiwilligen und schenkungsweisen Schulderrlasses daraufhin einen Verzicht erklärt. Teilweiser Verzicht bloß infolge einer vom Opfer erkannten Unmöglichkeit vollständiger Schadensgutmachung unterliegt, wie die Entscheidung nachdrücklich in Erinnerung ruft, strengen Voraussetzungen. Bei Erledigung einer Rechts- oder Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 und 10 StPO) kann der OGH auch auf nicht in der UAusfertigung selbst Ersichtliches, etwa den Akteninhalt oder notorische Tatsachen (hier: die Lebenserwartung von Menschen), zurückgreifen. Der unzweideutige Feststellungswille der Tatrichter kann in diesem Umfang explizite Feststellungen ersetzen. Um dem Angekl die Möglichkeit zu geben, die Tatsachengrundlage nach Maßgabe der Anfechtungskategorien von Mängel- und Tatsachenrüge (§ 281 Abs 1 Z 5 und 5a StPO) in Frage zu stellen, hat der Senat 11 diesen auf die beabsichtigte Vorgangsweise aufmerksam gemacht.
- 17 Os 17/16b, 18/16z EvBl 2017/35: **Am Recht auf pers Freiheit geschädigt wird nur, wer Anspruch hat, auf freiem Fuß zu bleiben** (oder enthaftet zu werden), hinsichtlich dessen also die materiellen Haftvoraussetzungen nicht vorliegen. Die GenProk kann auch Vorgänge als gesetzwidrig geltend machen, die sie selbst für rechtsrichtig hält; genug daran, dass die Rechtsrichtigkeit nicht iS eines eindeutigen, sicher nicht planwidrig lückenhaften Gesetzeswortlauts „erwiesen“ ist.
- 17 Os 23/16k EvBl 2017/42: Inanspruchnahme einer dem Organ nicht zukommenden Kompetenz zur **Sorge für das Gemeinwohl** bedeutet **Fehlgebrauch von Befugnis**. Nach 17 Os 53/14v, 54/14s EvBl-LS 2015/116 haben Parteien eines Verwaltungsverfahrens kein subjektives Recht auf Verfahrensführung und Entscheidung durch unbefangene Organwähler. Als BezugsP des Rechtsschädigungsvorsatzes beim Missbrauch der Amtsgewalt kommt allerdings ein für die Partei nachteiliges Ergebnis in Frage.
- 17 Os 14/16m EvBl-LS 2017/48: Die mit der Leitung des inneren Dienstes verbundene Pflicht, (ua) eine gesetzmäßige Gemeindeverwaltung zu gewährleisten, bedeutet eine dementsprechende Weisungsbefugnis gegenüber allen anderen Bediensteten der Gemeinde. Weisungsbefugnis aber **bedeutet**, wenn die Erteilung einer Weisung zur Si-

cherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erforderlich ist, zugleich eine korrespondierende (Handlungs-) **Pflicht**. In der Nichterfüllung einer solchen Handlungspflicht kann ein iSd § 302 Abs 1 StGB tatbildlicher Fehlgebrauch liegen, ohne dass insoweit auf die Voraussetzungen des § 2 StGB abzustellen wäre. In der wissentlichen Nichtbefolgung einer solchen Weisungspflicht mit dem Vorsatz, dadurch den (Prüfungsausschuss des) Gemeinderat(s) an seinem – die Gebarungsprüfung umfassenden – Kontrollrecht zu schädigen, lag nach Ansicht des Fachsenats (in unmittelbarer Täterschaft begangener) Missbrauch der Amtsgewalt (so bereits 17 Os 45/14t EvBl 2015/109).

- 11 Os 125/16s EvBl 2017/49: **Selbst eine schon kurzfristig Aussicht auf Heilung versprechende Therapie schließt Unterbringung nach § 21 Abs 1 StGB nicht aus**. Ob jene hohe Wahrscheinlichkeit einer Prognoseetat, auf die § 21 StGB abstellt, – mit der Konsequenz der Anordnung der Maßnahme – zu bejahen oder – mit der Konsequenz der Abweisung eines Unterbringungsantrags (§ 429 Abs 1, § 437 StPO) – zu verneinen ist, bestimmt sich nicht nach dem Erfordernis des Vollzugs der Maßnahme. Dass der Befürchtung der Prognoseetat nur durch den Vollzug der Maßnahme, mithin stationäre Unterbringung wirksam begegnet werden kann, ist also kein Merkmal der Gefährlichkeit iSd § 21 StGB. Folgerichtig muss die Maßnahme auch dann angeordnet werden, wenn stationäre Unterbringung zur Verhinderung der Prognoseetat nicht erforderlich ist, die Unterbringungsanordnung jedoch nach Maßgabe der normativ verstandenen Gefährlichkeit, wie sie sich nach den ges abgegrenzten Erkenntnisquellen darstellt, gerechtfertigt ist.
- 14 Os 108/16p EvBl 2017/63: Ein **zustandsbedingter Irrtum über die tatsächliche Seite eines Rechtfertigungsgrundes steht** der Annahme einer mit Strafe bedrohten (Anlass-)Tat **nicht entgegen**. Wer trotz vorsätzlichen Handelns infolge irrtümlicher Annahme eines rechtfertigenden Sachverhaltes wegen vorsätzlicher Begehung nicht bestraft werden kann (§ 8 StGB) oder aufgrund eines Rechtsirrtums (§ 9 StGB) oder eines Irrtums über einen entschuldigenden Sachverhalt (§ 10 Abs 2 zweiter Satz StGB) nicht schuldhaft handelt, begeht eine mit Strafe bedrohte (Vorsatz-)Tat und kann daher nach § 21 Abs 1 StGB untergebracht werden. Als Erkenntnisquellen für die Annahme, dass die die Unterbringungsanordnung rechtfertigende Gefährlichkeit hintangehalten, die Unterbringung daher gem § 45 StGB bedingt nachgesehen werden kann, nennt das Gesetz die Person des Betroffenen, seinen Gesundheitszustand im ZeitP der Entscheidung über die bedingte Nachsicht (U oder ZeitP der BFassung nach § 410 StPO), sein Vorleben, die Art der Anlasstat(en) und seine Aussichten auf ein redliches Fortkommen. Es sind weitgehend dieselben, welche auch für die Entscheidung über die bedingte Entlassung aus der Maß-

nahme gelten. Anders als dort ist aber auch die Art der Anlasstat(en) in Rechnung zu stellen. Es ist stets eine auf alle Erkenntnisquellen abstellende Gesamtwürdigung vorzunehmen. Weil § 281 Abs 1 Z 11 dritter Fall StPO nicht auf einen Sachverhaltsbezug abstellt, kann die Missachtung von Erkenntnisquellen nur mit Berufung geltend gemacht werden.

- 12 Os 103/16p EvBl 2017/70: Da **Exklusivität** Fälle meint, in denen zwei Tatbestände sich widersprechende Merkmale enthalten, sodass es unmöglich ist, ein Verhalten unter beide Tatbestände zu subsumieren, begründet derjenige, welcher Mitarbeiter einer Krankenkasse durch die Vorspiegelung, die in der Anmeldung genannte Ges sei Dienstgeberin, irrtumsbedingt zur Abstandnahme von der Beitragseinhebung bei der wirklichen Dienstgeberin, die ja Beitragsschuldnerin ist, bringt, neben § 153d StGB auch Betrug in echter Konkurrenz. Die Entscheidung orientiert sich konsequent an zwei wichtigen Eckpfeilern der stRsp, einerseits am Prüfungsschema für Exklusivität und Scheinkonkurrenz und andererseits daran, dass es dem OGH verwehrt ist, Nichtigkeit aus anderen als den vom Bf vorgebrachten Gründen anzunehmen. In jüngerer Rsp wurde in Weiterentwicklung dieses Gedankens Unschlüssigkeit der NB der StA angenommen, wenn diese vom ErstG – aus dessen (Freispruchs-)Sicht zu Recht – übergangene Tatbestandsmerkmale bei der Geltendmachung von NG nicht ebenfalls anspricht.
- 13 Os 125/16f EvBl-LS 2017/96: Die **Anwendung des nach § 61 StGB richtigen Strafgesetzes ist Gegenstand der Subsumtion**, also des Ausspruchs nach § 260 Abs 1 Z 2 StPO, nicht aber des Sanktionsausspruchs (§ 260 Abs 1 Z 3 StPO). Beschränkt sich im Verfahren über eine NB oder eine Berufung wegen vorliegender NG die Kompetenz des RMG auf eine Richtigkeitskontrolle des erstinstanzlichen U, kann es nur darauf ankommen, welches Recht im EntscheidungsZeitP erster Instanz anzuwenden war. Art 7 EMRK enthält zwar nach der Rsp des EGMR (17. 9. 2009, 10249/03 [GK], *Scoppola/Italien*) nicht nur das Verbot rückwirkender Anwendung strengerer Strafgesetze, sondern auch implizit das Prinzip der **Rückwirkung milderer Strafgesetze**. Bestehen Unterschiede zwischen dem zur Zeit der Tatbegehung geltenden Recht und späteren Strafgesetzen, die vor dem rechtskräftigen U (Rz 109: „before a final judgment is rendered“, während in der Rz 108 von „to expect a trial court to apply“ und „conviction“ als BezugsP die Rede ist) erlassen werden, müssen die Gerichte demnach jenes Gesetz anwenden, dessen Bestimmungen am günstigsten für den Angekl sind. Was mit „final judgement“ gemeint ist, ist vertragsautonom auszulegen, verlangt aber kaum, dass Umstände, die außerhalb des (nach Art 2 Abs 1 zweiter Satz 7. ZPEMRK dem Vertragsstaat überlassenen) RMKalküls gelegen sind, (erst) vom RMG aufgegriffen werden müssen (vgl 17 Os 13/14m, 14/14h, 32/14f, 33/14b EvBl-LS 2014/164; 11 Os 157/15w JBl 2017, 62m abl Anm von

Walser, die nicht belegt, warum Art 7 EMRK die Beseitigung in Teilrechtskraft erwachsener Aussprüche verlangen sollte und bei ihrem Hinweis auf die mangelnde Bindung des BerG beim Verzicht des OGH auf ein Vorgehen nach § 290 StPO [mangels effektiven Nachteils für den Angekl] bei gleichzeitiger Klarstellung des dem ErstG unterlaufenen Rechtsfehlers nicht bemerkt, dass bei dieser Konstellation der Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10 StPO begründende Fehler bereits dem ErstG [also dem „trial court“] unterlaufen ist; was den Hinweis auf Art 49 GRC und Art 267 AEUV anlangt, vgl Art 51 Abs 1 GRC und die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten).

- 13 Os 94/16x EvBl 2017/90: Der **strafbestimmende Wertbetrag** ist eine außerhalb des jeweiligen Tatbestands gelegene reine Rechengröße, auf deren Höhe sich der Vorsatz nicht erstrecken muss. Für die originäre Gerichtszuständigkeit nach § 53 Abs 1 und 2 FinStrG ist daher nicht von Bedeutung, ob der Tätersvorsatz einen die Zuständigkeitsgrenze übersteigenden strafbestimmenden Wertbetrag umfasste; maßgeblich ist vielmehr dessen tatsächliche Höhe. Allerdings entspricht diese nicht in jedem Fall der des Verkürzungsbetrags. Nach § 33 Abs 5 zweiter Satz FinStrG umfasst der strafbestimmende Wertbetrag vielmehr nur jene (hier:) Abgabebeträge, deren Verkürzung im Zusammenhang mit den Unrichtigkeiten bewirkt wurde, auf die sich der Vorsatz des Täters bezieht.
- 13 Os 28/17t EvBl-LS 2017/124: **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 ZeitP des U der letzten Tatsacheninstanz zu erfolgen. Nichteintritt der Prognose ist Grund für Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 353 Z 2, § 356 Z 2 und 3 StPO). Zu kosmetischen Operationen s eingehend *Burgstaller/Fabrizy* in WK² StGB § 85 Rz 23.
- 12 Os 123/16d EvBl 2017/128: Erfolgt **Entziehung von Energie** im Zuge eines im Wesentlichen andauernden und durch quantitative Steigerung des einheitlichen Tatunrechts gekennzeichneten Tatgeschehens bzgl jeweils einer (Miet-)Wohnung bei jeweils gleicher Motivationslage des Angekl (einheitliche Schuld), liegt – auch angesichts der pauschalierenden Tatbildformulierung in § 132 StGB („Energie entzieht“) – eine von einem einheitlichen Vorsatz des Täters getragene tatbestandliche Handlungseinheit, dh – anders als bei einer davon strikt zu unterscheidenden Subsumtionseinheit nach § 29 StGB, welche die rechtliche Selbständigkeit der Einzeltaten unberührt lässt – nur eine Tat (im materiellen Sinn) vor. Für deren Beurteilung ist die zum ZeitP der Vornahme des letzten Teilakts geltende Rechtslage maßgebend, ohne dass dem Täter früheres, zur Zeit vorangegangener Teilhandlungen geltendes (allenfalls günstigeres) Recht zugute käme. **In der Anerkennung von Fortsetzungszusammenhang** bloß **nach Maßgabe tatbestandlicher Handlungseinheit** liegt nach 13 Os 1/07g (verst Senat) **gezielte Ablehnung einer absoluten Sicht des fortgesetzten Delikts und ein Bekenntnis zur deliktsspezifischen Konzeption**. Denn der Unterschied zwischen der Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts und der tatbestandlichen Handlungseinheit besteht darin, dass die Rechtsfigur des fortgesetzten Delikts aus dem AT des materiellen Strafrechts abgeleitet wird, die der tatbestandlichen Handlungseinheit aber gleichartige Handlungen nach Maßgabe einzelner Tatbestände zusammenfasst. Die Kriterien einer Zusammenfassung können demnach durchaus deliktsspezifisch verschieden sein, ohne dass daraus das ganze Strafrechtssystem erfassende Widersprüche auftreten.
- 11 Os 11/17b EvBl 2017/129: Beim **Sonderpflichtdelikt der Untreue** hängt das Unrecht der Tat von einem „Missbrauch“, also einem vorsätzlichen Fehlgebrauch einer Befugnis durch den Intraneus (den Machthaber) ab. Während dessen Strafbarkeit – in subjektiver Hinsicht – Wesentlichkeit in Ansehung des Befugnis Fehlgebrauchs erfordert, muss es ein extraner (hier: Beitrags-)Täter für gewiss halten, dass der Machthaber die ihm eingeräumte Befugnis zumindest bedingt vorsätzlich missbraucht [gemeint: fehlgebraucht]. Mit der Kritik an einer – aus Sicht der Tatrichter – notwendigen Bedingung für die Feststellung einer entscheidenden Tatsache wird auch die Feststellung der entscheidenden Tatsache selbst mit der vom Gesetz geforderten Bestimmtheit in Frage gestellt (§ 285 Abs 1 zweiter Satz, § 285a Z 2 StPO). So gesehen bildet die Anfechtbarkeit einer idS notwendigen erheblichen Tatsache nur eine scheinbare Ausnahme von der Anfechtbarkeit nur des Ausspruchs über entscheidende (maW subsumtionsnotwendige) Tatsachen aus § 281 Abs 1 Z 5 StPO.
- 17 Os 5/17i EvBl 2017/160: **Gemeindeverbände** besorgen die ihnen zugewiesenen Angelegenheiten als Körperschaften des öff Rechts im eigenen Namen und durch eigene Organe anstelle der verbandsangehörigen Gemeinden. Im Verhältnis zum Sozialhilfverband kommt der Gemeinde eine einseitige Anordnungsbefugnis nicht zu. Seit der Einführung der Schadensqualifikation des § 302 Abs 2 zweiter Satz StGB durch BGBl I 2001/130 gilt für Missbrauch der Amtsgewalt der Zusammenrechnungsgrundsatz nach § 29 StGB. Wird eine Subsumtionseinheit nach § 29 StGB durch Teilrechtskraft zerschlagen und über den anderen Teil solcherart zusammengefasster Taten abgesprochen, ist sie neu zu bilden, weil diese Taten damit in ein und demselben Verfahren abgeurteilt werden. Kommen im Fall eines nachfolgenden Rechtsgangs gegenüber der ursprünglichen Anklage neue gleichartige Taten hinzu, sind auch diese einzubeziehen, nicht anders als wenn das sie betreffende Verfahren schon im ersten Rechtsgang einbezogen worden wäre.

- 11 Ns 22/17z EvBl-LS 2017/184: § 31 a Abs 1 StGB ermöglicht (anhand der Kriterien der §§ 32–45 Abs 1 StGB) eine **nachträgliche Strafmilderung** etwa durch Herabsetzung der Dauer der Freiheitsstrafe oder Gewährung gänzlicher oder teilweiser bedingter Strafnachsicht auch nach erfolgtem Widerruf. **BezugsP einer solchen Entscheidung ist der Strafausspruch des U.** Der nach den Bedingungen des § 53 Abs 1 StGB vorzunehmende Widerruf einer bedingten Nachsicht oder bedingten Entlassung ist nicht Gegenstand dieses Sanktionsausspruchs und damit auch nicht des § 31 a StGB. BezugsP nachträglicher Strafmilderung nach § 31 a StGB ist der Ausspruch nach § 260 Abs 1 Z 3 StPO, nicht aber eine darauf bezogene Folgeentscheidung. Daher ist die Frage bedingter oder teilbedingter Nachsicht nicht nach den Kriterien einer Widerrufsentscheidung, sondern nach den Strafbesetzungsvorschriften (iwS) zu entscheiden. Strafbemessung findet bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung nicht mehr statt.
- 12 Os 21/17f (verst Senat) EvBl 2018/13: **Seit BGBl I 2007/110** den BezugsP des (nunmehr so genannten) Suchtgifthandels von (exakt) einer Grenzmenge (§ 28 Abs 6 SMG idF vor BGBl I 2007/110; nunmehr § 28 b SMG) auf „eine die Grenzmenge (§ 28 b) übersteigende Menge“ geändert hat, **ist der von 13 Os 74/02 gewählte, zur stRsp gewordene Ansatz, welcher auf exakter Abgrenzbarkeit einzelner Grenzmengen zueinander beruht, logisch nicht mehr gültig**, weil das Wort „übersteigend“ keine Begrenzung nach oben zulässt und das Wort „eine“ – anders als vor BGBl I 2007/110 – nicht mehr als Zahlwort verstanden werden kann. Da eine ges (auf exakt eine Grenzmenge bezogene) Abtrennungsregel für ihrerseits und im Verhältnis zueinander sukzessiv begangene Taten nach § 28 a Abs 1 SMG im geltenden Recht nicht (mehr) aufzufinden ist, kann § 28 a Abs 1 SMG so nicht mehrfach begründet werden. Der **OGH unterscheidet strikt zwischen Strafdrohung, Strafsatz und Strafrahmen**. Strafsatz ist bedeutungsgleich mit Strafgesetz und strafbarer Handlung. Ein Synonym für Strafrahmen ist Strafbefugnis. Strafdrohung ist der Überbegriff für Strafsatz und Strafrahmen. Unter dem Aspekt der materiellen NG ist die Wahl des richtigen Strafsatzes Gegenstand der Subsumtionsrüge. Den Strafrahmen determinierende Umstände, die nicht zugleich die rechtliche Kategorie bestimmen, welcher subsumiert wurde, werden hingegen von § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO erfasst. § 28 a Abs 3 SMG bestimmt den Strafsatz, nicht den Strafrahmen.
- 11 Os 126/16p, 127/16k EvBl 2018/28: Die Tathandlung des § 153 StGB kann auch in einer (pflichtwidrigen) **Weisung zu einer schädigenden Handlung** bestehen. Dazu muss aber diese schädigende Handlung selbst – auch wenn sie an Untergebene delegiert wurde – in die Kompetenz des Täters fallen. Eine missbräuchliche Vertretungshandlung (Weisung) führt dann nicht unmittelbar zum Schaden, wenn für den Schadenseintritt die (nicht bloß rein manipulative) Handlung eines anderen Machthabers (Geschäftsführer einer TochterGes) den Ausschlag gibt, der für die Anweisung zur Auszahlung zuständig ist. Die quantitative Akzessorietät der Beiträterschaft bewirkt Straflosigkeit ihrer Tathandlungen auch, soweit sie (zugleich) als Mitwirkung an einem (wiewohl seinerseits strafbaren) Bestimmungsversuch aufzufassen sind. Selbst verschleierte Parteispender sind, wie der OGH abschließend betont, nicht ohne weiteres als Untreue einzustufen.
- 15 Os 55/17b EvBl 2018/35: Im Hinblick auf das Regelungsziel der **Geldwäscherei (§ 165 StGB)** und die Erfassung nicht bloß bestimmter einzeln angeführter Delikte als Vortaten, sondern auch gattungsmäßig oder nach bestimmten Kriterien umschriebener Taten, nämlich einerseits Verbrechen (§ 17 Abs 1 StGB) und andererseits (seit 1. 7. 2010) mit Strafe bedrohte Handlungen gegen fremdes Vermögen, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, kann bei den zuletzt genannten Fällen der auf die deliktische Herkunft des Tatobjekts bezogene Vorsatz auf den sachverhältnismäßigen Eindruck reduziert sein, dass der Vermögensbestandteil aus einem Vermögensdelikt herrührt (oder stammt), das eine ein Jahr übersteigende Strafdrohung aufweist. Hinsichtlich letzterem muss sich der Täter jener Umstände bewusst sein, die aufgrund ihres besonderen Gewichts und ihrer sozialen Bedeutung die Vortat einer strengeren Strafe unterwerfen. **Maßgeblich ist, dass der Täter in laienhafter Weise die Wertungen des Gesetzes nachvollzieht und die Tatbildelemente in ihrem sozialen Bedeutungsgehalt erfasst.** Details der Vortat oder deren rechtliche Subsumtion müssen hingegen ebenso wenig vom Vorsatz umfasst sein wie die Identität des Vortäters. Demgemäß sind auch tatsächliche Irrtümer über die Tat unwesentlich, solange aus dem vorhanden gewesenen Vorstellungsinhalt (rechtlich) ableitbar ist, dass die angenommene Vortat delikttauglich ist. 15 Os 75/15s EvBl 2015/161 hat zum sog **Doppelverwertungsverbot des § 32 Abs 2 StGB** zuletzt iS der stRsp klargestellt, dass **der dort verwendete Begriff Strafdrohung (der – als deren Überbegriff – Strafsatz oder Strafrahmen bedeuten kann) iS von Strafsatz zu verstehen** ist, sodass es keinen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot bedeutet, wenn das SchöffG (von einem erweiterten Strafrahmen ausgehend, die Strafe aber innerhalb des anzuwendenden Strafsatzes ausmessend) erschwerend gewertet hat, dass die Vorstrafen des Angekl sogar Strafschärfung nach § 39 StGB ermöglicht hätten.
- 15 Os 86/17m EvBl-LS 2018/47: **§ 64 Abs 1 StGB** normiert, dass die **ö Strafgesetze** unabhängig von den Strafgesetzen des Tatorts **für im Ausland begangene Taten gelten**, die eine der in Z 1–11 aufgezählten strafbaren Handlungen verwirklichen oder/und bei denen zudem bestimmte dort genannte Voraussetzungen gegeben sind. Daraus folgt, dass dann, wenn für eine Auslandstat diese Bedingung erfüllt ist, die ö Strafgesetze uneingeschränkt

Geltung haben. Daher ist **bei echter Idealkonkurrenz** zusätzlich zu jener Subsumtionsbestimmung, die die Voraussetzungen des § 64 StGB erfüllt, eine weitere unabhängig davon anwendbar, ob sie selbst diesen Kriterien entspricht. Die Entscheidung fußt auf klarer Unterscheidung zwischen dem historischen Sachverhalt, der **Tat** und den rechtlichen Kategorien, die im Fall eines Schuldspruchs dadurch begründet werden. Diese werden von § 260 Abs 1 Z 2 StPO als strafbare Handlungen (**strafbare Handlung** = **Strafsatz**) bezeichnet. Unter **Straftat** (§ 1 Abs 1 zweiter Satz StPO) ist ein historisches Geschehen zu verstehen, das (zumindest) einer strafbaren Handlung subsumierbar ist. Für die Sanktionsfindung bei ([wie hier] bloß ideellem oder – bei Tatmehrheit – „realem“) Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (Strafsätze) ist ein **Strafrahmen** zu bilden, der von der Schuldfrage (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) zu unterscheiden ist und daher – außer im Fall des Zusammenrechnungsgrundsatzes (§ 29 StGB) – nicht Gegenstand von Rechts- oder Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 und 10 StPO), sondern der Sanktionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO) ist.

- 15 Os 129/17k, 130/17g EvBl 2018/70: Zugänglichwerden geht über bloßes Zugänglichmachen hinaus und verdeutlicht, dass **§ 283 StGB** nicht nur die Herbeiführung, sondern auch die Aufrechterhaltung der Rechtsgutbeeinträchtigung erfasst. **Zusammenhängende Zeiträume eines Dauerdelikts bilden materiell wie prozessual eine Tat**, sodass insoweit Anklageausdehnung nicht erforderlich ist, Freispruch ausscheidet und eine entscheidende Tatsache iSd § 281 Abs 1 Z 5 und 5a StPO nicht in Rede steht.
- 15 Os 113/17g EvBl-LS 2018/78: „**Solche Taten**“ iSd **§ 70 Abs 1 Z 3 StGB** meint die Verwirklichung jenes Tatbestands, dessen gewerbsmäßige Begehung geprüft wird. Im Fall des § 130 Abs 2 StGB hat sich diese Prüfung – bei sachgerechter teleologischer Interpretation, die auf die für diese Frage bedeutsame Einstufung des Gesetzgebers in drei verschiedene Strafdrohungskategorien des § 130 (Abs 1, 2, 3) StGB abstellt – auf (irgend-)eine der dort nebeneinander gleichwertig genannten Qualifikationen des § 128 Abs 1 (Z 1–5) und des § 129 Abs 1 (Z 1–4) StGB zu beziehen. Jeder der in einer dieser Begehungsformen verwirklichten – dadurch für sich mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedrohten – Taten kommt daher als Vortat iSd § 70 Abs 1 Z 3 StGB zur Begründung eines nach § 130 Abs 2 (gleichgültig ob erster oder zweiter Fall) StGB qualifizierten Diebstahls in Frage. Im **Meinungsstreit** zwischen *Schwaighofer*, Fragen zur neuen Gewerbsmäßigkeit – was sind „solche Taten“? JSt 2016, 323; *Kohlreiter*, Gewerbsmäßige Begehung neu: Zur Auslegung des § 70 StGB idF des StRÄG 2015, ÖJZ 2017, 812; idS zur gleichgelagerten Frage der Absicht auf „ihre“ [= der Tat] wiederkehrende Begehung auch *Salimi*, SbgK § 130 Rz 38; aM 12 Os 77/17s; *Walser*, Kernfragen der Gewerbsmäßigkeit, ÖJZ 2014, 404; zur Absicht auch *Stri-*

cker in WK² StGB § 130 Rz 64) bezieht der Senat 15 ausdrücklich zugunsten der erstgenannten Position, um resümierend mit den Worten zu schließen: „Der zu I./2./a./ bezeichnete, nach § 129 Abs 1 Z 2 StGB qualifizierte Diebstahl war daher ebenso wie der zu I./3./a./ genannte, nach § 128 Abs 1 Z 5 StGB qualifizierte Diebstahl taugliche Vortat iSd § 70 Abs 1 Z 3 StGB für die Annahme gewerbsmäßiger Begehung iSd § 130 Abs 2 StGB des nach § 128 Abs 1 Z 5 StGB qualifizierten Diebstahls zu I./3./b./.“

- 17 Os 24/17h EvBl 2018/77: **Durch Weisungen zu nicht-hoheitlichem Verwalten des Angewiesenen wird Missbrauch der Amtsgewalt nicht begründet.** Strafschärfung nach § 313 StGB kommt bei Missbrauch der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB nicht in Betracht, wohl aber bei Untreue nach § 153 StGB. Bei hohen Schadensbeträgen kann ein Schuldspruch von Beamten wegen Untreue daher zu höherer Strafe führen als ein solcher wegen Missbrauchs der Amtsgewalt.
- 11 Os 154/17g EvBl-LS 2018/94: Bei Konkurrenz strafbarer Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung mit anderen strafbaren Handlungen kommt es – in die Strafbarkeit nicht ausweitender Schließung einer planwidrigen Lücke in der in Rede stehenden Norm – darauf an, ob die zur aktuellen Strafe führenden Schuldsprüche auch einen solchen wegen einer im zehnten Abschnitt des Strafgesetzbuches enthaltenen strafbaren Handlung enthalten, die eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr androht, und die insgesamt verhängte Freiheitsstrafe ein Jahr übersteigt, wodurch die auf strenger bestrafte Sexualtäter abstellende längere Überwachungsmöglichkeit einen objektiven BezugsP erhält. Nach **§ 50 Abs 2 Z 2 a StGB** ist Bewährungshilfe stets anzuordnen, wenn ein Verurteilter aus einer Freiheitsstrafe wegen einer strafbaren Handlung gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung bedingt entlassen wird. Mangels Anordnung der Bewährungshilfe aus Anlass der bedingten Entlassung – so der OGH zur Begründung seiner Entscheidung – bliebe nicht nur der Bruch der Bewährungsaufsicht in Bezug auf den Vollzug des Strafrests folgenlos, sondern wäre auch die in den Fällen des § 50 Abs 2 Z 1–Z 3 StGB nach § 52 Abs 3 letzter Satz StGB normierte verpflichtende Überprüfung der weiteren Notwendigkeit der Bewährungshilfe jedenfalls nach Ablauf eines Jahres seit der Entlassung mangels Anordnung derselben aus Anlass der bedingten Entlassung nicht wirksam statuiert. Darüber hinaus stelle § 49 StGB keine tragfähige Grundlage für die Abstandnahme von der (neuerlichen) Anordnung der Bewährungshilfe (in verkürzter Betrachtung nur mit Bezug auf § 50 Abs 2 Z 2 StGB) aus Anlass der bedingten Entlassung dar, weil diese Bestimmung ausschließlich einen gemeinsamen Ablauf von mit bedingt nachgesehenem Strafteil und bedingter Entlassung verknüpften Probezeiten durch ex lege wirkende Verlängerung der früher endenden Probezeit normiert.

- 11 Os 145/17h EvBl 2018/90: § 91 Abs 1 und 2 StGB **enthalten jeweils (nur) einen Strafsatz**; zusätzlich normieren sie Kriterien (Abs 1: Verursachung des Todes eines anderen durch die Schlägerei; Abs 2: Verursachung einer schweren Körperverletzung oder des Todes eines anderen durch den Angriff), deren Vorliegen jeweils (bloß) zu einer Anhebung des Strafrahmens führt. Unter dem Begriff des anzuwendenden Strafsatzes versteht die StPO nur die rechtsrichtige Subsumtion. Das geht unmissverständlich aus den (notwendigerweise) genau zwischen Subsumtions- und Sanktionsfrage differenzierenden Vorschriften über das geschworenengerichtliche Verfahren hervor. So behält § 316 StPO (sog uneigentliche Zusatzfragen) den Geschworenen die tatsächliche Lösung der Frage vor, ob „im Gesetz namentlich angeführte Erschwerungs- oder Milderungsgründe die Anwendung eines anderen Strafsatzes“ bedingen und spricht damit unbestritten die rechtliche Kategorie einer „strafbaren Handlung“ an. Andererseits ist den Geschworenen eine sog Schuldfrage nach dem auf einer geistigen oder seelischen Abartigkeit höheren Grades beruhenden Zustand und dessen Einfluss auf die Anlasstat (§ 21 StGB) nicht zu stellen, weil diese nur die Sanktionsbefugnis betreffen, welche (soweit nicht von der Subsumtion determiniert) der gemeinsamen Beratung von SchwurGH und Geschworenen vorbehalten ist (§ 432 zweiter Satz StPO). Objektive Bedingungen erhöhter Strafbarkeit betreffen den Strafrahmen, nicht den Strafsatz.
- 15 Os 92/17v EvBl 2018/91: Betrügerische Krida ist vollendet, wenn feststeht, dass ein Gläubiger infolge eines das Vermögen (scheinbar) verringernden Verhaltens des Schuldners eine (im TatzeitP bestehende) Forderung nur zum Teil oder gar nicht beglichen erhält. Die Tat handlung muss eine Ursache dafür sein, dass zumindest ein Gläubiger (von mehreren) effektiv einen Befriedigungsausfall erleidet. Wenn es trotz Gelingens der Vermögensverringerung nicht zur Gläubigerschädigung kommt, kann strafbarer Versuch vorliegen. Ein **Beitrag nach Vollendung** (durch Schmälerung oder Vereitelung der Gläubigerbefriedigung) **kommt beim Tatbestand des § 156 StGB nicht in Betracht**. Zwar ist die Beteiligungsform kein Gegenstand der Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) und betreffen Feststellungen dazu keine entscheidenden Tatsachen. Soweit aber das Gesetz auch nicht iS des Tatbestands Handelnde oder Unterlassende zu Tätern macht, steht Strafbarkeit als solche in Frage (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO). Umstände zu dieser Abgrenzung sind gar wohl entscheidende Tatsachen.
- 17 Os 15/17k EvBl-LS 2018/114: Es trifft grundsätzlich zu, dass die (**mangelfreie**) **Einwilligung des Machtgebers** Befugnisfehlgebrauch (also einen Verstoß gegen „internes Dürfen“) des Machthabers ausschließt. Ist der Machtgeber (wie hier) eine GmbH, kann (nicht anders als im Fall einer AG [§ 70 Abs 1 AktG steht dem nicht entgegen; vgl noch 12 Os 117/12s, 118/12p]) das Einver-

ständnis, um tatbestandsausschließend zu sein, von den Gesellschaftern (als Rechtsgutträgern) gegeben werden. Handelt es sich beim einzigen Gesellschafter um eine juristische Person (des öff Rechts), werden deren Gesellschafterrechte durch das nach außen vertretungsbefugte Organ wahrgenommen. § 153 Abs 2 StGB stellt nunmehr (idF BGBl I 2015/112) sogar ausdrücklich klar, dass der Untreuetatbestand (ausschließlich) das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten schützt. Diese (fremden) Vermögensinteressen hat (auch) der organschaftliche Vertreter der Aktiengeschafterin gegenüber den vertretungsbefugten Organen der (Tochter-)Ges wahrzunehmen. Wirken beide Vertretungsorgane (nämlich jene von Mutter- und TochterGes) kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten zusammen, entfaltet das Einverständnis des Vertreters der Alleingeschafterin keine tatbestandsausschließende Wirkung. Dies galt auch für die Rechtslage vor BGBl I 2015/112. Der **Senat hat** sein Verständnis der im Schrifttum höchst umstrittenen **Aussage des sog Libro-Urteils** ([aufgrund der dortigen Unterscheidung zwischen GmbH und AG beim tatbestandsausschließenden Einverständnis der Gesellschafter] sog „entscheidende Tatsache“ für 12 Os 117/12s, 118/12p [wegen der nur für die AG, nicht aber für die GmbH geltenden Anordnung des § 70 AktG]), die sogar zur Neufassung des Untreuetatbestands mit BGBl I 2015/112 geführt hatte, mit den Worten **auf den Punkt gebracht**: „Nach § 52 AktG verbotene Einlagenrückgewähr kann trotz mangelfreier Einwilligung aller Aktionäre zu Strafbarkeit wegen Untreue führen, wenn dadurch Gemeinwohlinteressen verletzt werden.“ Er hat einen Rechtssatz dieses Inhalts **sodann ausdrücklich abgelehnt** und darauf hingewiesen, dass diese Ablehnung auch für die Rechtslage vor BGBl I 2015/112 gelte, sodass ein Günstigkeitsvergleich (§ 61 StGB) nicht vonnöten sei.

III. VERFAHRENSRECHT

- 15 Os 7/16t EvBl 2016/142: Verletzungen des § 322 **zweiter Satz StPO** sind ausschließlich unter dem Aspekt des von § 345 Abs 1 Z 4 intendierten Schutzes des von § 252 (iVm § 302 Abs 1) StPO normierten Unmittelbarkeitsgrundsatzes, also eines Beweisverwendungsverbots, beachtlich. Wurden die Zeugen unmittelbar vernommen oder die Aufnahme über deren kontradiktorische Vernehmung vorgeführt oder das SVGA in der HV mündlich erstattet, fand eine Substituierung der pers Zeugenaussagen oder der unmittelbaren GAErstattung unter Hintanhaltung von Fragemöglichkeiten der Parteien nicht statt und liegt ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 252 Abs 4 StPO nicht vor. Die Entscheidung lässt idealtypisch die Herangehensweise des OGH (allein) aus dem Blickwinkel der jeweiligen NG erkennen. Geltendmachung von NG verlangt – ungeachtet des Umstands, dass eine falsche Benennung (falsa demonstratio) nicht schadet – striktes Einhalten dieser Perspektive. Der Bf hat sich

hier bloß auf Umgehung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch § 322 (§ 252 Abs 4 StPO) berufen, die – angeblich ohne Hinweis auf ihre Aussagebefreiung – erfolgte unmittelbare Vernehmung einer Zeugin jedoch unbeantwortet gelassen, sich auf eine (ebenfalls unter der Nichtigkeitssanktion des § 345 Abs 4 StPO stehende) Verletzung des § 159 Abs 3 StPO also nicht berufen. Die Überprüfung der tatsächlichen Behauptung des Bf war dem OGH durch § 290 Abs 1 StPO – der ihn, von den Ausnahmen des zweiten Satzes abgesehen, auf „ausdrücklich oder doch durch deutliche Hinweisung geltend gemachte NG“ beschränkt – strikt verboten.

- 12 Os 68/16s, 69/16p, 70/16k EvBl-LS 2016/172: Die **Unterscheidung von Versuch und Vollendung der Tat ist stets „maßgebende Strafzumessungstatsache“**. Da Versuch (§ 15 StGB, § 13 FinStrG) und Vollendung ein konträktorisches Gegensatzpaar bilden, eine dritte Möglichkeit mithin bei bejahter Strafbarkeit der Tat aus Gründen der Logik ausscheidet, wird über Vorliegen oder Nichtvorliegen des Milderungsgrundes nach § 34 Abs 1 Z 13 StGB stets entschieden, womit die Strafzumessungstatsache stets maßgebend ist. Demnach kann ein auf die Unterscheidung bezogener rechtlicher Fehler auch stets aus § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO geltend gemacht werden.
- 14 Os 144/15f EvBl 2017/7: Die Ausgeschlossenheit eines Richters im Hauptverfahren, daher auch dessen **Befangenheit iSd § 43 Abs 1 Z 3 StPO**, ist (für alle Ausschließungsgründe einheitlich) **mit der Besetzungsrüge relevierbar**. Im Gegensatz zu einer Anfechtung aus § 345 Abs 1 Z 5 StPO, bei der der OGH eine (wenngleich eingeschränkte) Bindung an die Sachverhaltsgrundlage der Entscheidung des SchwurGH zu beachten hätte, obwohl der betroffene Richter an der Entscheidung mitgewirkt hat, ermöglicht die Besetzungsrüge – sofern der Bf seiner Rügeobliegenheit nach § 345 Abs 2 StPO in der HV nicht entsprechen konnte – sogar die Geltendmachung von Befangenheit erst im RMVerfahren und **bietet damit im Verhältnis zur Verfahrensrüge nach § 345 Abs 1 Z 5 StPO weiter reichenden Rechtsschutz**. Die abweisliche Entscheidung über Anträge zum Nachweis von Ausgeschlossenheit (§ 43 StPO) kann weiterhin Nichtigkeit aus § 345 Abs 1 Z 5 (§ 281 Abs 1 Z 4) StPO bewirken. Hätte das erkennende Gericht einem sachgerecht auf den Nachweis von Befangenheitsgründen gestellten Antrag nicht stattgegeben, braucht der OGH – bei Anfechtung auch aus Z 1 – das U allerdings nicht zu kassieren, kann die beantragten Erhebungen vielmehr – formfrei – selbst durchführen (§ 285f StPO). Vorbringen aus § 345 Abs 1 Z 1 (§ 281 Abs 1 Z 1) StPO ist vom OGH vor solchem aus § 345 Abs 1 Z 5 (§ 281 Abs 1 Z 4) StPO zu erledigen. Unter dem Aspekt des Art 6 EMRK erscheint eine solche Vorgangsweise unproblematisch, weil dessen Verfahrensgarantien nur für die Entscheidung in der Hauptsache gelten. Die Obliegenheit zu sofortiger Rüge kann durch spätere Antragstellung zum Nachweis von Ausgeschlossenheit nicht unterlaufen werden.
- 14 Os 51/16f EvBl 2017/13: **Auch was gerichtskundig ist, muss in der HV vorkommen, um zur Grundlage von Feststellungen werden zu können**. IS eines den Garantien des Art 6 EMRK entsprechenden Verfahrens ist daher das erkennende Gericht verpflichtet, den Angekl in der HV über das, was es als gerichtsnotorisch und im jeweils gegebenen Fall erheblich ansieht, in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, seine Verteidigung danach einzurichten. Nichtvorkommen iSd § 258 Abs 1 StPO kann hinsichtlich notorischer Tatsachen aus § 281 Abs 1 Z 5 Fall StPO nicht gerügt werden, weil notorische Tatsachen keines Beweisverfahrens und keiner Begründung, sondern bloß der Feststellung bedürfen. Der Angekl hat allerdings ein Recht darauf, nicht von einer ihm uU unbekanntem Gerichtsnotorietät im Tatsachenbereich überrascht zu werden. Liegt nämlich eine Tatsache nicht für Gericht und Beteiligte gleichermaßen auf der Hand, wird man kaum von einem den Garantien des Art 6 EMRK entsprechenden Verfahren sprechen dürfen. Es genügt aber, wenn im Rahmen einer abweislichen Entscheidung nach § 238 Abs 3 StPO, im Anklagevortrag oder durch Verlesung eines darauf hinweisenden HaftB darauf hingewiesen wird. Von einer auf allg Notorietät (Naturgesetze, grundlegende Erfahrungssätze etc) gegründeten Feststellung wird ein Beteiligter demgegenüber idR nicht überrascht. Was nicht als allg, sondern bloß als gerichtsnotorisch zu gelten hat, und damit der Umfang der aus § 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall StPO relevierbaren Erörterungspflicht, ist letztlich eine Wertungsfrage, die der OGH zu lösen hat.
- 17 Os 27/16y EvBl-LS 2017/47: Der **Inhalt des die Vorlesung oder Vorführung substituierenden Vortrags ist nachträglicher Kritik aus § 281 Abs 1 Z 5 StPO entzogen**. Der von der Rsp in Gang gesetzten und sodann durch § 252 Abs 2a StPO positivierten Verfahrensvereinfachung liegt die Überlegung zugrunde, dass der Bf den Vorlesungs- oder Vorführungsverzicht nur abgeben wird, wenn nach seinem Empfinden das Beweismittel dem erkennenden Gericht nachhaltig genug – oft besser als durch Vorlesung oder Vorführung – vorgeführt wird. Deswegen ist der Inhalt des die Vorlesung oder Vorführung substituierenden Vortrags nachträglicher Kritik aus § 281 Abs 1 Z 5 StPO entzogen, nicht aber die Tatsache, dass überhaupt kein auf die genannten Beweismittel bezogener Vortrag stattgefunden hat. Aus § 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall StPO kann das Nichtvorkommen des Vorgelegenen unter Berufung auf das Fehlen einer Voraussetzung des § 252 Abs 2a StPO erfolgsversprechend gerügt werden. Der Bf kann neben gänzlichem Unterlassen eines auf das (als nicht vorgekommen) reklamierte Beweismittel bezogenen Vortrags nur das Fehlen der eigenen Zustimmung und mangelnde Zugänglichkeit der betroffenen Aktenstücke für ihn und die Mitglieder des SchöffenG ins Treffen führen.

- 12 Os 107/16a EvBl 2017/55: Ein **Verstoß gegen die in der Geschworenendienstliste vorgegebene Reihenfolge** bewirkt dann Nichtigkeit iSd § 345 Abs 1 Z 1 StPO, wenn vom ges. determinierten Prinzip der nach dem Zufall zu erfolgenden Besetzung der Geschworenenbank willkürlich, somit in sachlich unvertretbarer Weise abgewichen wird. Das B-VG unterscheidet zwischen Richtern und Mitwirkenden aus dem Volk. Das Gebot fester Geschäftsverteilung nach Art 87 Abs 3 B-VG gilt nur für Richter, nicht für Geschworene und Schöffen. Der OGH hat jedoch in jüngerer Rsp, einem Vorschlag von *Burgstaller* folgend, die „Grundwertung“ des Art 87 Abs 3 B-VG einer Rüge aus § 345 Abs 1 Z 1 StPO zugänglich gemacht, um willkürliche Auswahl von Geschworenen hintanzuhalten. „Gerichtsbesetzung“ ist von „Anwesenheit“ (während der gesamten Verhandlung) zu unterscheiden. „Anwesenheit“ kann einen Besetzungsmangel daher nicht heilen.
- 12 Os 139/16g EvBl-LS 2017/63: Wird im Fall einer Beschwerde gegen die Fortsetzung der UHaft dem Bf keine Gelegenheit gegeben, zum Ergebnis telefonischer Erhebungen des BeschwerdeG beim Bewährungshelfer Stellung zu nehmen, wird dessen **rechtliches Gehör** und damit sein Grundrecht auf pers. Freiheit verletzt, wenn die Information zur Geltendmachung von die Fortsetzung der UHaft hindernden Umständen geführt hätte. Zwar betrifft – so RIS-Justiz RS0123977 – **§ 89 Abs 5 zweiter Satz StPO** nur die Beschwerde selbst. Nach § 6 Abs 2 erster Satz StPO habe aber jede an einem Beschwerdeverfahren beteiligte Person das Recht auf angemessenes rechtliches Gehör. Da das BeschwerdeG nach **§ 89 Abs 2b StPO** bei seiner Entscheidung „in der Sache“ ggf. auch Umstände zu berücksichtigen hat, die nach dem bekämpften B eingetreten oder bekannt geworden sind, müsse es den Beteiligten des Beschwerdeverfahrens vor der endgültigen Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zum Ergebnis vom BeschwerdeG verlangter oder durchgeführter tatsächlicher Erhebungen geben. Ist das Ergebnis für die Haftfrage von Bedeutung, begründet die Verletzung der Obliegenheit eine Grundrechtsverletzung nach § 2 Abs 1 letzter Fall GRBG. **Verletzung der sehr strengen prozessualen Maßstäbe des OGH begründet für sich allein noch keineswegs Strafbarkeit nach § 303 StGB.** 17 Os 17/16b, 18/16z EvBl 2017/35 hat vielmehr klargestellt, dass davon Betroffene in ihrem von § 303 StGB geschützten Recht auf pers. Freiheit nur dann geschädigt werden, wenn sie einen von der Rechtsordnung in der konkreten Situation anerkannten Anspruch haben, auf freiem Fuß zu bleiben (oder enthaftet zu werden). Tatbildlicher Erfolg ist maW bloß bei Nichtvorliegen der materiellen Haftvoraussetzungen zur Tatzeit gegeben.
- 12 Os 67/16v EvBl 2017/69: Berufte sich der Angekl. im Beisein seines Verteidigers zu Beginn der Vernehmung in der HV auf seine früheren Angaben vor Pol und Gericht, findet deren Inhalt so Eingang in das Hauptverfahren. Ausdrückliche **Nichtigkeit nach § 152 Abs 1 StPO** kommt nur in Frage, soweit eine pflichtgem. über ihre Stellung als Besch (§ 48 Abs 2 StPO) und die damit verbundenen Rechte (§ 49 StPO) oder ein Vernehmungsverbot des § 155 Abs 1 StPO oder auch den Aussagebefreiungsgrund nach § 156 Abs 1 Z 1 StPO zu informierende Person darüber nicht förmlich ins Bild gesetzt wurde und in Bezug auf Mitteilungen einer aus (ex ante) Sicht des verantwortlichen Organwalters zur Angabe der Wahrheit wegen einer psychischen Krankheit, wegen einer geistigen Behinderung oder aus einem anderen Grund unfähigen Person (§ 155 Abs 1 Z 4 StPO). Soweit nämlich die befragte Person förmlich über ihre Stellung und ihre Rechte im Verfahren informiert wurde und – in den Fällen des § 155 Abs 1 Z 4 StPO – der Sinn der Information nicht (von vornherein definitionsgemäß) ins Leere gehen musste, liegt nach der für § 152 Abs 1 StPO maßgeblichen Legaldefinition des § 151 Z 2 StPO eine Vernehmung vor. Von der Frage nichtigkeitsbegründender Umgehung einer Vernehmung (§ 152 Abs 1 StPO) strikt zu unterscheiden ist die Frage von Nichtigkeit aufgrund unerlaubter Einwirkung auf die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung oder durch unzulässige Vernehmungsmethoden (§ 166 Abs 2 StPO; vgl. 17 Os 9/13x).
- 17 Os 19/16x EvBl 2017/91: Der Besch hat **kein subjektives Recht auf Entscheidung über seinen Vorschlag einer besser qualifizierten Person und keinen grundrechtlich abgesicherten Anspruch auf Begründung, weshalb eine solche Person nicht zum SV bestellt wurde.** Durch ein Verlangen gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises gestaltet der Besch die Form des SVBeweises. Eine andere Person zum SV zu bestellen, kann er dagegen nur vorschlagen.
- 15 Os 8/17s EvBl 2017/100: Eine **mit Nichtigkeit bedrohte Beweiserhebung kann als Verwertungsverbot aus Z 5 vierter Fall oder Z 5a des § 281 StPO nur aufgegriffen werden, wenn der Bf an der Geltendmachung der Verletzung oder Vernachlässigung der betreffenden Vorschrift als Verfahrensmangel gehindert ist.** Zustimmung zur Verlesung verhindert Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 2 StPO, weil dieser NG ausdrücklich auf den Widerspruch des Bf abstellt. Aus § 281 Abs 1 Z 3 StPO mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrte Vorgänge bedürfen keines Widerspruchs, um erfolgreich als NG geltend gemacht werden zu können. Verletzung von § 140 Abs 1 und § 252 StPO begründet je für sich Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 3 StPO; § 252 Abs 1 StPO stellt auf Aussagen vor sog. Verhörspersonen ab, § 140 Abs 1 StPO nicht. Zulässigkeit der Verwendung von in § 140 Abs 1 und § 252 Abs 1 StPO genannten Beweisen und die Art des Vorkommens solcher Beweise (durch Verlesung oder Vorführung einerseits oder Vortrag nach § 252 Abs 2a StPO andererseits) betreffen unterschiedliche Problem-

stellungen (ersteres ist Gegenstand der Verfahrensrüge [Z 3], letzteres der Mängelrüge [Z 5 vierter Fall, § 12 Abs 2, § 258 Abs 1 StPO]). Geltendmachung als Verfahrensmangel (hier: zur Geltendmachung eines Beweisverbots) verlangt nur dort Tätigwerden in der HV, wo der jeweilige NG darauf abstellt. Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO setzt entsprechende Antragstellung in der HV voraus. Zur Geltendmachung eines Beweisverbots kommt dieser NG nur ausnahmsweise in Betracht, wenn nämlich der Verstoß den mit ausdrücklicher Nichtigkeit bedrohten nach § 281 Abs 1 Z 2 und 3 StPO wenigstens annähernd gleichwertig ist.

- 14 Ns 14/17w EvBl 2017/101: Die im § 485 Abs 1 Z 1 StPO normierte **Vorprüfung im Verfahren vor dem ER LG ist nicht bloß anhand des Strafantrags, sondern (auch) nach der Aktenlage vorzunehmen**. Der Senat 14 setzt konsequent die Linie der Rsp fort, welche die Gerichte zwar an den Prozessgegenstand, maW die Tat im prozessualen Sinn, nicht aber an die rechtliche Beurteilung des Anklägers bindet (14 Os 173/10p EvBl 2011/76; 13 Os 71/14m EvBl-LS 2014/184; vgl auch §§ 261f, 267 StPO). Auch im Sonderfall sog anklagekonformer Hauptfragen im Verfahren vor dem GeschworenenG kann das Problem schlagend werden (vgl RIS-Justiz RS0100524).
- 11 Os 16/17p, 17/17k EvBl-LS 2017/115: **Pflichtverletzungen eines Verteidigers** begründen grundsätzlich keine Haftung des Staates. Lediglich bei offenkundigem Versagen eines vom Gericht beigegebenen Verteidigers kann (ausnahmsweise) eine Pflicht des Gerichts zur Anleitung bestehen. Die Aussage des Senats 13 entspricht der stRsp von EGMR und OGH. Selbst – im RMVerfahren aufgrund einer Berufung gegen das U eines BG vom Gesetz ohnehin nicht vorgesehene – notwendige Verteidigung ändert daran nichts. Nur wenn ein vom Gericht beigegebener Verteidiger (§§ 61f StPO) offenkundig versagt, folgt aus Art 6 EMRK eine auch das Gericht treffende Verpflichtung zur Vorsorge. Diese kann in Anleitung zu sachgerechter Antragstellung im Einzelfall bestehen, erforderlichenfalls aber auch in einer Vertagung, um die ordnungsgemäße Pflichtverteidigung sicherzustellen (vgl § 62 Abs 2 StPO). Eine Schutzpflicht des Staates für Fehler von Wahlverteidigern besteht nicht.
- 14 Os 101/16h EvBl-LS 2017/116: VernehmungsProt, welche erst den Ausgangsp für die Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen durch die österr KriminalPol sind und daher gerade nicht über Veranlassung österr Strafverfolgungsorgane vorgenommen wurden, beziehen sich nicht auf eine Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren iSd § 281 Abs 1 Z 2 StPO. **Da sich österr Gesetze nicht auf die Tätigkeit ausl Organe ohne Veranlassung durch österr Strafverfolgungsorgane beziehen, scheidet eine solche als nichtig iSd § 281 Abs 1 Z 2 StPO aus**. Wird eine Beweisaufnahme aber auf Ersuchen österr KriminalPol, einer österr StA oder eines österr Gerichts gepflogen, müssen die von diesen bei sonstiger Nichtigkeit zu beachtenden Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sein, ansonsten die Verlesung eines auf die Beweisaufnahme bezogenen Schriftstücks unter diesen NG fällt. Der Inhalt der solcherart bei sonstiger Nichtigkeit einzuhaltenen österr Verfahrensbestimmungen muss dazu sinngemäß umgestellt werden.
- 15 Os 18/17m, 19/17h EvBl 2017/114: Das **Moniturverfahren gehört nicht zur HV. Es ist nicht Gegenstand des HVProt**. Berichtigung des über das Moniturverfahren aufgenommenen Prot stellt eine Vfg nach § 35 Abs 2 zweiter Fall StPO dar und ist daher nicht Gegenstand einer Beschwerde. Der Umstand, dass Inhalte, die nach § 271 Abs 1 StPO nicht Gegenstand des HVProt sind, dort festgehalten werden, bedeutet nicht, dass die auf das HVProt bezogenen Berichtigungsvorschriften nun auch auf solche Inhalte anwendbar wären. Das Gesetz kennt hinsichtlich des von § 332 Abs 6 StPO angeordneten Prot weder Zustellung noch ein Berichtigungsverfahren iSd § 271 Abs 7 StPO.
- 11 Os 25/17m EvBl-LS 2017/147: Bei der Beurteilung, wann dem Bf der angeblich Nichtigkeit begründende Tatbestand bekannt wurde, ist auf objektive Kriterien, nämlich die Zugänglichkeit des Tatsachensubstrats, nicht aber auf das darauf basierende individuell unterschiedliche, letztlich unüberprüfbare Erfassen der sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen abzustellen. Ausgehend davon ist die Person des Vorsitzenden des SchöffenG und der Umstand, dass diese in der (auch damals aktuellen, grundsätzlich für jedermann einsehbaren) Geschäftsverteilungsübersicht (§ 34 Abs 2 iVm § 27 Abs 4 GOG; § 22 Geo) des LG „als Richter nicht aufschien“ spätestens mit Zugang der Ladung zum ersten HV-Termin „in die Kenntnis“ der AnklageBeh gelangt. Nur durch seine Geltendmachung (spätestens) zu Beginn der HV an diesem Tag hätte die StA somit der Obliegenheit rechtzeitiger Rüge entsprochen. Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 1 StPO liegt nur vor, wenn der Bf nach dem Zweck des Grundrechts auf den ges Richter (das auf Gesetz beruhende Gericht) schutzbedürftig ist. Ein **Verstoß gegen die Geschäftsverteilung oder ein Fehler der Geschäftsverteilung** führt also ungeachtet des Umstands, dass er – bei Einhaltung der Rügeobliegenheit – zum Gegenstand oberstgerichtlicher Prüfung werden, also prozessförmig geltend gemacht werden kann, nur dann zur UAufhebung, wenn er eine Unfairness gegenüber dem Bf erkennen lässt und entzieht sich solcherart einer bloß schematischen Beurteilung. Irrige Auslegung der Geschäftsverteilung lässt Unfairness nicht ohne weiteres erkennen, wohl aber ein offensichtlicher Verstoß. Ebenso wenig fair wäre eine nicht an den Kriterien des Art 87 Abs 3 B-VG ausgerichtete Geschäftsverteilungsänderung.
- 17 Os 3/17w EvBl 2017/158: Wer einen bestimmten Dateiordner unter (generalisierender, an der Formulierung der entsprechenden Sicherstellungsanordnung orientier-

ter) Beschreibung des Inhalts der darin enthaltenen Dateien, die einen Konnex zu beruflicher Verschwiegenheit unzweifelhaft erkennen lassen, sowie zwei einzelne Dateien namentlich bezeichnet, entspricht der in § 112 Abs 2 erster Satz StPO normierten Obliegenheit. Damit ist für das Gericht ohne weiteres erkennbar, hinsichtlich welcher Teile der Datenträger es die Entscheidung nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO zu treffen hat. **§ 112 Abs 2 StPO** steht in Hinsicht auf aus der Sichtung gewonnene Erkenntnisse, einerseits unter dem Aspekt ihrer direkten Verwendung als Beweismittel durch Vorkommen in der HV, andererseits, soweit solche Erkenntnisse als Ermittlungsansatz zur Gewinnung anderer Beweismittel gedient haben, unter ausdrücklicher Nichtigkeitssanktion, sodass solche Beweismittel nach Maßgabe eines darauf bezogenen Widerspruchs in der HV bei sonstiger Nichtigkeit nicht verlesen werden dürfen. Es lohnt sich daher, der Bezeichnungspflicht zu entsprechen und bei verfehlt angenommener Missachtung der Obliegenheit in der Beschwerde an das OLG ein angeblich verletztes Grundrecht deutlich und bestimmt anzusprechen, um dem OGH Erneuerung zu ermöglichen.

- 12 Os 51/17 t, 52/17 i EvBl 2018/6: Von einer Verfahrenshängigkeit der anderen Tat ist schon dann auszugehen, wenn insoweit gegen den (dort) Verdächtigen wegen eines Anfangsverdachts nach den Bestimmungen des 2. Teils der StPO ermittelt wird. Da bereits in diesem Verfahrensstadium die Informationsrechte gewährleistet sind, ist ein (zusätzliches) Bedürfnis des Angekl, in der wegen anderer Taten geführten HV von weiteren, ihn betreffenden Strafverfahren unterrichtet zu werden, nicht zu ersehen. **§ 263 StPO** stellt auf in der HV hinzugekommene Taten ab. Taten, die Gegenstand anderer Strafverfahren sind (§ 1 StPO), sind nicht **in der HV hinzugekommen**.
- 12 Os 145/17 s EvBl 2018/20: Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, dass einmal gesetzeskonform getrennte Verfahren nach Wegfall des Trennungsgrundes ungeachtet sonstiger Umstände (wie etwa eine Zusammenführung mit einem anderen konnexen Verfahren und anschließende Ausscheidung dieses Komplexes aus Gründen der Prozessökonomie) jedenfalls wieder zu vereinigen wären. Ein derartiger Grundsatz zwingender Vereinigung würde insb dem Umstand nicht gerecht, dass die getrennten Verfahren (idR) einen unterschiedlichen Verfahrensfortschritt erfuhren. **Verbindung von getrennten Verfahren ist eine Ermessensentscheidung**, die nur bei Willkür mit NBzWdG bekämpft werden kann. Ein von den Umständen des Einzelfalls losgelöstes absolutes Recht auf gemeinsame Verfahrensführung folgt aus § 37 StPO nicht. § 37 StPO normiert nur ein Prinzip, dessen Durchbrechung tunlichst vermieden werden soll, soweit dies nach Maßgabe gegenläufiger, insb grundrechtlich abgesicherter Verfahrensprinzipien im Einzelfall möglich ist. So ist die Zulässigkeit von Ausscheidung (vgl § 36 Abs 4, § 314

Abs 2 StPO) und Wiedereinbeziehung von Verfahren zur Überwindung prozessualer Hindernisse unstrittig, zB bei zeitweiliger Abwesenheit einzelner Angekl oder bei nur hinsichtlich einzelner Angekl geltender Beweisverwendungsverbote. Indem die Entscheidung für Verbindung und Ausscheidung den gleichen Maßstab anlegt, macht sie klar, dass RIS-Justiz RS0128876 mit „kein Ermessensspielraum“ nur Ermessensmissbrauch entgegentritt und nur ein solcher das Grundrecht auf den ges Richter verletzen kann. Die RIS-Justiz RS0096708 zugrunde liegende Differenzierung zwischen § 56 und § 57 StPO idF vor StPRefG findet sich in der StPO nicht mehr und selbst dem § 56 StPO aF hatte 10 Os 30, 31/80 nur eine „(an sich) zwingende grundsätzliche Anordnung [. . .] deren Verletzung [. . .] nicht mit Nichtigkeit bedroht“ sei, entnommen (vgl *Oshidari*, WK-StPO § 37 Rz 2, 10, der zutreffend auch Abs 1 und 3 des § 37 StPO gleichsetzt). Gegen den Antrag von Verfahrensbeteiligten erfolgte Verfahrensausscheidung durch das erkennende Gericht könnte Nichtigkeit nur in den in § 281 Abs 1 Z 4 StPO genannten besonderen Fällen begründen – maW bei Verletzung grundrechtlicher oder das Wesen von Strafverfolgung oder Verteidigung in einem fairen Verfahren bestimmender Vorschriften. Geltend gemacht kann der NG zudem nur nach Maßgabe des § 281 Abs 3 StPO, dessen Voraussetzungen bei Anfechtung durch Angekl kaum je auf der Hand liegen und damit konkreter Begründung bedürfen (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 742 f; vgl 11 Os 148/07 k; s dagegen §§ 29, 84 Abs 3, § 107 b Abs 3 StGB bei Anfechtung zum Nachteil des Angekl).

- 15 Os 7/17 v, 69/17 m, 73/17 z, 74/17 x EvBl 2018/27: Aus § 71 Abs 5, § 210 Abs 2 und 3 und § 121 Abs 2 StPO ergibt sich die **Unzulässigkeit der Teilnahme des PA an einer** – wenn auch über seinen Antrag – vom Gericht angeordneten und von der KriminalPol durchzuführenden **Durchsuchung**. Eine ausdrücklich aus § 281 Abs 1 Z 3 StPO mit Nichtigkeit bewehrte **Sicherung des Grundrechts auf Information** über Art und Grund der Beschuldigung (Art 6 Abs 3 lit a EMRK) findet sich für das Hauptverfahren in der 8- bzw 14-tägigen Vorbereitungsfrist für die HV des § 221 Abs 2 erster Satz StPO (für das bg Verfahren gelten § 455 Abs 1, § 468 Abs 1 Z 3 StPO). Nach deren Beginn können zu Unrecht abgewiesene Anträge auf Vertagung zu Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO führen. Wird im Hauptverfahren ein Augenschein außerhalb der HV durchgeführt, gewährt § 254 Abs 2 StPO den Beteiligten ein Anwesenheitsrecht. Mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrt ist es nicht; allerdings kann uU ein in der HV gestellter Antrag auf Ergänzung des Augenscheins zum Erfolg führen (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO).
- 11 Os 78/17 f EvBl-LS 2018/22: Die **Prüfung der Rechtmäßigkeit der Bewilligung einer Durchsuchung durch das BeschwerdeG** hat sich auf den ZeitP der Entscheidung durch das ErstG zu beziehen („ex-ante“ Perspekti-

ve). Nachträglich eingetretene oder bekannt gewordene Umstände, die aus späterer Sicht zur Annahme führen, es fehle an einer Durchsuchungsvoraussetzung, machen die seinerzeitige Entscheidung nicht rechtswidrig. Der OGH hat sich zur Begründung ua auf 13 Os 67/16a und den Hinweis dazu in EvBl-LS 2017/87 berufen. Danach ist die Frage sog Neuerungserlaubnis strikt vom Beschwerdegegenstand zu unterscheiden. Nach Maßgabe der Entscheidung war Beschwerdegegenstand, ob die (erfolgte) Bewilligung der Durchsuchungsanordnung rechters war. Dazu ist, nicht anders als bei der Kontrolle von Verfahrensfehlern im Rahmen der NB, darauf abzustellen, ob der ER, dessen Entscheidung kontrolliert wird, seine Pflicht zur Beachtung der für ihn geltenden Bestimmungen wahrgenommen hat (RIS-Justiz RS0120127; RS0113818; RS0113610). Bezogen auf diesen Beschwerdegegenstand hatte das BeschwerdeG gem § 89 Abs 2b erster Satz StPO „gegebenenfalls auch Umstände zu berücksichtigen, die nach dem bekämpften B eingetreten oder bekannt geworden sind“.

- 11 Os 83/17s EvBl-LS 2018/38: Das **Prot über eine Vernehmung von Parteien oder Zeugen in einem zivilgerichtlichen Verfahren** ist ein amtliches Schriftstück, das mit dem Ziel errichtet wurde, deren Aussage festzuhalten und **unterfällt** daher dem (grundsätzlichen) **Verlesungsverbot nach § 252 Abs 1 StPO**. Um eine kontradiktorische Vernehmung (mit der Gelegenheit für die Parteien des Strafverfahrens, sich an der Befragung zu beteiligen; § 252 Abs 1 Z 2a StPO) handelt es sich dabei nicht. § 252 Abs 1 StPO enthält ein durch Ausnahmen bei Unerreichbarkeit (Z 1), abweichenden Aussagen (Z 2), berechtigtem (Z 2a; hinsichtlich MitAngekl Z 3) und unberechtigtem Schweigen (Z 3) sowie Einverständnis (Z 4) eingeschränktes Verbot, amtliche Schriftstücke, die mit dem Ziel errichtet wurden (also auch in einem Zivilprozess oder Verwaltungsverfahren), Aussagen von Zeugen oder vom Angekl verschiedener Besch (§ 48 Abs 2 StPO) festzuhalten, oder Ton- oder Bildaufnahmen über die Vernehmung solcher Besch oder von Zeugen (§ 165 StPO) zu verlesen oder vorzuführen. Von den Vorführermächtigungen des § 252 Abs 1 StPO beziehen sich nur Z 2 und 4 auch auf GA von SV. Das Verbot ist auch gegen Umgehung aus Z 3 geschützt (§ 252 Abs 4). Die direkte Befragung von Zeugen, MitAngekl und SV in der HV soll nicht ohne weiteres durch ein Unmittelbarkeitssurrogat ersetzt werden können. Andere Schriftstücke, die für die Sache von Bedeutung sind (etwa Tagebuchaufzeichnungen des Angekl, die nach der Rsp keinem Beweisverbot unterliegen), müssen hingegen verlesen werden, wenn nicht beide Teile darauf verzichteten (§ 252 Abs 2 StPO als Gegenstand von § 281 Abs 1 Z 4 StPO).
- 14 Os 52/17d EvBl 2018/41: Die Bestimmungen von § 5 Abs 3, § 152 Abs 1, § 166 Abs 1 Z 2 und § 164 Abs 1 StPO richten sich ausdrücklich nur an Strafverfolgungsorgane. **Eigenmächtig agierende Privatpersonen, die**

Straftaten ohne amtlichen Auftrag erforschen, zählen nicht zum Adressatenkreis. Den Wert eines Geständnisses abzuschätzen, das eine aus eigenem Antrieb handelnde Privatperson – wenn auch allenfalls durch fragwürdige Methoden – erwirkt hat, bleibt vielmehr alleine dem Gericht überlassen. Als sog Verhörspersonen, deren Vernehmung als Zeuge vom Hörensagen von § 252 Abs 4 StPO idR untersagt wird, bezeichnen die GMat des StPÄG 1993 nicht nur Personen, die bei der Aufnahme eines amtlichen Prot mit dem sich später der Aussage entschlagenden Zeugen oder (damals) MitBesch, sondern auch solche, die bei dessen „sonstiger Befragung“ anwesend waren. Die Problematik wird bei **medizinischen SV**, die den Zeugen oder (damals) MitBesch im Auftrag des Gerichts untersucht haben (im Fall des § 165 Abs 3 zweiter Satz StPO wird der SV demgegenüber ausnahmsweise zur Verhörsperson), bei verdeckten Ermittlern, denen sich der Zeuge ohne Zeugniszwang anvertraut hat, und überhaupt dann, wenn die Äußerung staatlich veranlasst wurde, nicht aber bei Äußerungen gegenüber Privatpersonen diskutiert. Äußerungen gegenüber einem verdeckt ermittelnden PolBeamten sind unter dem Aspekt des § 252 StPO unproblematisch; es handelt sich um keine Aussage iS der Gesetzesstelle.

- 13 Os 122/17s EvBl 2018/63: **Mitwirkung eines – nicht auch körperlich anwesenden – Angekl an der HV im Weg seiner „Zuschaltung“** mittels technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung („Videokonferenz“) **sieht die StPO nicht vor**. Liegt ein – auch auf den Schutzbereich der Nichtigkeitsdrohung bezogenes – unmissverständliches, gültiges, pers Einverständnis vor, scheidet Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 StPO aus, wie der Senat ausdrücklich klarstellt (nach dem Schutzzweck dieser Bestimmung kommt es hins § 32 Abs 1 JGG nicht in Frage). Ein derart rechtserhebliches Einverständnis kann auch durch vorzeitiges Verlassen der HV zum Ausdruck kommen. Gezielte Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit ist vorsätzlichem Fernbleiben gleichzuhalten. In Hinsicht auf eine Anklageausdehnung (§ 263 StPO) kommt ein Einverständnis etwa nur in Frage, wenn der Angekl in Kenntnis des Inhalts der neuen Anklage sein Einverständnis erklärt hat, dass die HV in seiner Abwesenheit fortgesetzt wird. Ausdrücklich sieht der gegenüber § 427 StPO spezielle § 275 StPO im Fall einer Erkrankung während der HV ein solches Einverständnis vor. Auch in Hinsicht auf Verfahren und UFällung wegen Verbrechen beseitigt das Einverständnis des Angekl die Nichtigkeitsdrohung, weil die im § 17 StGB vorgenommene Unterscheidung als solche keine staatliche Fürsorgepflicht auszulösen vermag.
- 13 Os 120/17x EvBl 2018/86: Da das Zeugnisverweigerungsrecht des **§ 156 Abs 1 Z 2 StPO** dem Opferschutz dient, führt nach stRsp und hL auch **nachträgliches Hervorkommen neuer Beweisergebnisse** nicht zum Entfall dieses Rechts. Zur von der Beschwerde für die ggt Sicht

ins Treffen geführten E 12 Os 152/14 s hat der Senat „festgehalten, dass nach einer kontradiktorischen Vernehmung hervorgekommene Beweisergebnisse selbstverständlich Kontrollbeweise als zulässig erscheinen lassen können. Das Fortbestehen der Aussagebefreiung nach § 156 Abs 1 Z 2 StPO wird hiedurch aber in keiner Weise tangiert.“

- 11 Os 84/17 p EvBl 2018/83: Die **Frage beiderseitiger Strafbarkeit ist als Rechtsfrage nicht Gegenstand von Fragestellung an die Geschworenen**: Diese sind demnach nicht zu fragen, ob die Taten „durch die Gesetze des Tatorts mit Strafe bedroht“ sind oder ob dies konkret nach einer bestimmten ges Norm der Fall ist. Vielmehr haben die an die Geschworenen gerichteten (zusammen mit deren Antworten den Wahrspruch bildenden) Fragen das erforderliche Tatsachensubstrat sowohl zu den Elementen der inl als auch der ausl Strafbestimmung zu enthalten. Was gemäß dem Grundsatz „iura novit curia“ nicht Gegenstand der Beweisaufnahme ist, scheidet als Inhalt von Tatsachenfeststellungen aus (RIS-Justiz RS0053934; RS0099342; in Betreff ausl Rechts vgl aber 15 Os 42/16i EvBl-LS 2017/15).
- 13 Os 133/17h EvBl 2018/114: Ein **höher qualifizierter Spruchkörper beruht** mit Blick auf die Systematik der verfahrensrechtlichen Vorschriften und ungeachtet unterschiedlicher Anfechtungsmöglichkeiten **stets „auf dem Gesetz“**. Das gilt auch für den Fall einer **besonderen Besetzungsvorschrift**. Demnach ist **ein nach § 32 Abs 1a StPO besetztes Schöffeng** auch dann als auf dem Gesetz beruhend anzusehen, wenn es über eine nicht iS der genannten Norm qualifizierte Straftat abspricht. Die zur (damals) gänzlichen Abschaffung des beisitzenden Richters durch das Budgetbegleitgesetz 2009 BGBl I 2009/52 ergangene Rsp, mit der in einer Überbesetzung des Schöffeng mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffn Nichtigkeit gesehen wurde, steht dem nicht entgegen, weil sie sich auf einen ges gar nicht (mehr) vorgesehenen Spruchkörper bezog. Der ZeitP einer nach § 262 StPO bei sonstiger Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 8 StPO gebotenen Belehrung liegt im Ermessen des Gerichts. In der Hand des Angekl liegt es, durch eine – durch den NG des § 281 Abs 1 Z 4 StPO geschützte – Antragstellung eine Vertagung der HV zu erwirken. Überraschungen, wie sie § 262 StPO im schöffengerichtlichen Verfahren hintanhaltend will, wird im geschworenengerichtlichen Verfahren durch die Bestimmungen der §§ 312, 314 und 317 StPO über die Fragestellung an die Geschworenen vorgebeugt. Deren Missachtung ist nach § 345 Abs 1 Z 6 StPO mit Nichtigkeit bedroht. Beweisanträge sind auch nach Verlesung dieser Fragen noch zulässig (§ 345 Abs 1 Z 5 StPO).
- 15 Os 27/18m EvBl-LS 2018/138: Wurde ein GA bereits im Geltungszeitraum des § 126 Abs 5 StPO idF BGBl I 2014/71 eingeholt, stand es dem Angekl im Ermittlungsverfahren offen, eine Bestellung des SV im Rahmen ge-

richtlicher Beweisaufnahme zu verlangen. Wurde Derartiges nicht begehrt, kann die „strukturelle“ **Befangenheit des SV** im Hauptverfahren im Hinblick auf den dadurch (der Sache nach) abgegebenen Grundrechtsverzicht nicht mehr geltend gemacht werden. Das StRÄG 2015 (BGBl I 2015/112) hat durch die Streichung der Worte „SV oder“ in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO den Eindruck erweckt, als könnte ungeachtet der grundlegenden Änderung des ges Umfelds (§ 104 Abs 1, § 126 Abs 3 und 5 StPO) durch BGBl I 2014/71 Befangenheit eines nach diesen Regeln tätig gewordenen SV im Hauptverfahren nun „bloß mit der Begründung geltend gemacht werden, dass er bereits im Ermittlungsverfahren tätig geworden ist“. Gründe objektiver Befangenheit von SV aufgrund ihrer Tätigkeit (hier: im Ermittlungsverfahren) sind jedoch von § 126 Abs 4 erster Satz StPO erfasst, dessen Verletzung erfolgversprechend aus § 281 Abs 1 Z 4 (§ 345 Abs 1 Z 5) StPO gerügt werden kann. § 126 Abs 4 dritter Satz StPO meinte demgegenüber strukturelle Befangenheit allein aufgrund von Bestellung und Führung, betraf mithin einen Unterfall im Übrigen von § 126 Abs 4 erster Satz StPO geregelter Befangenheit; anders ausgedrückt, ging der dritte dem ersten Satz des § 126 Abs 4 StPO vor. Wurde – aus welchen Gründen immer – das Verfahren nach § 126 Abs 5 StPO nicht eingehalten (auch weil der Verdächtige unbekannt war), wäre § 126 Abs 4 dritter Satz StPO mit Bezug auf SV nicht schlagend geworden, wirksamer Grundrechtsverzicht wäre ausgeschieden. Die Vorschrift sollte – nach Maßgabe des mit BGBl I 2014/71 verfolgten Ziels, den SVBeweis just unter dem Aspekt von Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK grundrechtskonform zu machen – nur iS der Grundrechtssicherungen des § 126 Abs 5 StPO beigezogene SV gegen Ablehnung unter Berufung auf dieses Grundrecht sichern. Ohne Ausgleich (durch Beiziehen eines von der Verteidigung namhaft gemachten Experten als SV) ist grundrechtskonformes Beiziehen des ohne die Kautelen des § 126 Abs 5 StPO tätig gewordenen SV nur anfechtungssicher, wenn die Ablehnung des Antrags auf Nichtbeiziehung „auf die Entscheidung keinen dem Angekl nachteiligen Einfluss üben konnte“.

IV. GRUNDRECHTSSCHUTZ IM SPEZIELLEN

- 11 Os 133/16t EvBl-LS 2017/55: Gem § 1 Abs 1 GRBG steht wegen Verletzung des Grundrechts auf pers Freiheit durch eine strafgerichtliche Entscheidung oder Vfg nach Erschöpfung des Instanzenzugs Grundrechtsbeschwerde an den OGH zu. Für den Vollzug von Freiheitsstrafen und vorbeugenden Maßnahmen wegen gerichtlich strafbarer Handlungen schließt § 1 Abs 2 GRBG die Grundrechtsbeschwerde und damit auch den dazu subsidiären Erneuerungsantrag ausdrücklich aus. Damit ist bei Vollzug von Freiheitsstrafen ein Grundrechtsschutz durch den OGH ges nicht vorgesehen. **§ 1 Abs 2 GRBG** wird – anders als für StrafU als primärem BezugsP von „Wiederaufnahme und Erneuerung des Strafverfahrens“ nach

dem 16. HptSt der StPO – vom OGH als gezielt abschließende Regelung gesehen (vgl ua „in Betreff der Bedingungen [des Vollzugs] von Freiheitsentzug“: 14 Os 21/09h, 15 Os 165/10v [SSt 2010/79], 11 Os 87/11w [SSt 2011/44]; zum Strafaufschub nach § 39 Abs 1 StVG: 11 Os 14/11k; zu „ausschließlich auf den Vollzug einer Freiheitsstrafe“ bezogenen Verletzungen der „Art 5, 3, 6 und 13 EMRK“: 11 Os 86/11y; vgl aber auch 14 Os 37/15w EvBl 2015/123, wo behauptete Versäumnisse einer strafgerichtlichen Entscheidung über den Aufschub des Strafvollzugs als Anlass für Erneuerung akzeptiert werden, weil § 1 Abs 2 GRBG nur in Hinblick auf die Geltendmachung von Verletzungen des Art 5 EMRK in Betracht komme). Der Primat des einfachen Gesetzgebers bei der Umsetzung von Grundrechten – maW die Gesetzesbindung der Gerichte – wird vom OGH strikt beachtet; zuletzt von 13 Os 88/15p, wo mit Blick auf den umfassend angelegten Individualantrag auf Normprüfung (sog Gesetzesbeschwerde) ein bis dahin in stRsp bejahtes (aus § 363a StPO abgeleitetes) subjektives Recht auf Normanfechtung aufgrund dieses *contrarius actus* des Gesetzgebers konsequent verneint wurde (EvBl-LS 2016/32 = JBl 2016, 812 mit kritischer Anm von *Kaplans*, der übersieht, dass das Grundrecht auf einen „ges Richter“ [Art 83 Abs 2 B-VG] einen „ges“ Anspruch voraussetzt [der nach stRsp aus Art 89 B-VG nicht abzuleiten ist]).

- 14 Os 117/17p EvBl-LS 2018/102: Das **Verfahren über die bedingte Entlassung fällt nicht in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK**. Dessen Garantien beziehen sich nämlich nur auf jenen Teil des Strafprozesses, in dem über eine strafrechtliche Anklage – also über Schuld oder Nichtschuld – entschieden wird. Zu 14 Os 37/15w EvBl 2015/123 hatte der OGH ausgesprochen, dass die Behauptung einer Verletzung des Art 5 EMRK nicht zum Gegenstand eines Erneuerungsantrags nach § 363a StPO gemacht werden könne, weil dieser nur ein subsidiärer Rechtsbehelf sei und das GRBG die Befugnis zur Anfechtung wegen Verletzung des Grundrechts auf pers Freiheit abschließend regle, einen Grundrechtsschutz durch den OGH in Betreff des Vollzugs von Freiheitsstrafen wegen gerichtlich strafbarer Handlungen aber nicht vorsehe; und weiter: „Ein Ausschluss des Erneuerungsantrags durch § 1 Abs 2 GRBG kommt jedoch nur in Hinblick auf die Geltendmachung von Verletzungen des Art 5 EMRK in Betracht.“ Daher beruft er sich hier nicht auf Subsidiarität von Erneuerung gegenüber der Grundrechtsbeschwerde, lässt bedingte Entlassung aus einer Freiheitsstrafe vielmehr als Gegenstand von Erneuerung gelten und versagt inhaltliche Prüfung nur deshalb, weil das geltend gemachte Grundrecht auf Verfahren außerhalb von Erkenntnisverfahren nicht anwendbar sei. Bei Auslieferungsverfahren hat er die Berufung auf Art 6 EMRK hingegen in begrenztem Umfang zugelassen (12 Os 154/15m EvBl 2016/69); zur (begrenzten) Anwendbarkeit von Art 6 EMRK außerhalb von Erkenntnis-

verfahren vgl auch *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, EMRK⁴ Art 5 Rz 119 (unabhängiges Gericht, Verfahrensdauer).

- 17 Os 18/17a EvBl 2018/84: Eine **Verletzung der Begründungspflicht** liegt aus dem Blickwinkel des Art 6 Abs 1 MRK nur bei willkürlichen oder grob unvernünftigen („arbitrary or manifestly unreasonable“) Sachverhaltsannahmen vor. Dies ist dann der Fall, wenn die Begründung eindeutig unzureichend oder offensichtlich widersprüchlich ist oder eindeutig einen Irrtum erkennen lässt. Ein Erneuerungsantrag, der dies geltend macht, hat sich mit der als grundrechtswidrig bezeichneten Entscheidung in allen relevanten P (also mit der Gesamtheit der Erörterungen vom Gericht als für die Feststellung entscheidender Tatsachen erheblich erachteter Umstände) argumentativ auseinanderzusetzen. Da StrafU primärer BezugsP von „Wiederaufnahme und Erneuerung des Strafverfahrens“ nach dem 16. HptSt der StPO sind, war von Beginn an klar, dass § 1 Abs 2 GRBG, der mit Bezug auf das Grundrecht auf pers Freiheit nach Art 5 EMRK dem § 363a StPO vorgeht, den OGH nicht hindert, StrafU zu überprüfen. Das bedeutet jedoch nicht, dass gegen die Entscheidung über eine Berufung wegen des Auspruchs über die Schuld eine weitere Schuldberufung an den OGH ergriffen werden kann.



RICHARD SOYER

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



PHILIP MARSCH

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

2019/102

Nachrichtendienstliche Tätigkeit und Strafprozess – Problemstellungen und Reformperspektiven

Der Erstautor hat bei der 12. Sitzung der Strafrechtskommission des ÖRAK am 24. 11. 2018 zur Problematik der Vorfeldkriminalisierung durch nachrichtendienstliche (Vorfeld-)Ermittlungen vorgetragen. Der nachfolgende Beitrag ist eine teilweise Verschriftlichung dieses Vortrags. Vor dem Hintergrund der laufenden Reformbestrebungen, welche eine organisatorische Trennung zwischen nachrichtendienstlicher und kriminalpolizeilicher Tätigkeit zum Ziel haben, liegt der Fokus auf der Abgrenzung zwischen nachrichtendienstlichen und kriminalpolizeilichen Ermittlungen und Möglichkeiten, einer Vorfeldkriminalisierung durch strafprozessualen Rechtsschutz beizukommen.

I. EINLEITUNG

Tempura mutandur. Diese Erkenntnis kann viel Verschiedenes an Rechtsentwicklung bedeuten, positiv wie negativ. Mit dem Polizeilichen Staatsschutzgesetz (PStSG) des Jahres 2016¹ war es gelungen, erstmals in der Nachkriegszeit eine probate Rechtsgrundlage für zivile Nachrichtendienste in Österreich zu schaffen. Dem Vernehmen nach – darauf wird am Ende dieses Beitrags näher einzugehen sein – steht eine neuerliche Reform auf der politisch-parlamentarischen Tagesordnung. Angesichts europaweiter unübersehbarer Tendenzen zu einer illiberalen Demokratieentwicklung und nicht wegzudiskutierender terroristischer und extremistischer Bedrohungen geht es dabei um einen Kernbereich unseres Rechtsstaats. Vorfeldermittlungen (und Vorfeldkriminalität) sind en vogue. Viele meinen, darin ein Gebot der Stunde zu sehen. Vor Schnellschüssen zu warnen, ist zu wenig. Vielmehr gilt es, die geltende Rechtslage, ihre Defizite und Bewährungen zu reflektieren, insb auch mit Blick auf den Strafprozess, der gerne und zu Recht als angewandtes Verfassungsrecht apostrophiert wird.

Die geradezu als global zu bezeichnende extremistische, insb islamistische Bedrohungslage hat hierzulande, wiewohl Österreich bislang von Terroranschlägen verschont geblieben ist, durch den sog BVT-Skandal eine besondere Note bekommen.² Das mediale Interesse ist enorm und wird in naher Zukunft nicht abflauen. So gesehen eine „ideale“ Situation, auf dem der um sich greifende Populismus gedeihen kann. Umso mehr tut es not, sich mit dem Thema de lege lata und de lege ferenda nüchtern auseinanderzusetzen.

Der Fokus dieses Beitrags liegt dabei auf der Abgrenzung (ziviler) nachrichtendienstlicher von kriminalpolizeilicher Tätigkeit; die rechtlichen Grundlagen nachrichtendienstlicher Tätigkeit werden in der Folge bloß angerissen. Im Detail wird auf eine aktuelle einschlägige Veröffentlichung der Verfasser verwiesen.³

II. RECHTLICHER RAHMEN

Schon in der Terminologie zeigt die Thematik ein gewisses Spannungsverhältnis: So wird der Begriff des Geheimdiens-

tes bisweilen heftig abgelehnt, da man auf gesetzlicher Grundlage und insofern transparent arbeite. So gilt der Begriff Nachrichtendienst als Oberbegriff für die militärischen und zivilen Nachrichtendienste als allgemein akzeptiert.

Die zivilen nachrichtendienstlichen Aufgaben nehmen das Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) sowie die in die Landespolizeidirektionen eingegliederten neun Landesämter für Terrorismusbekämpfung und Verfassungsschutz (LVT) wahr. Das BVT und die LVT nehmen sowohl sicherheits- als auch kriminalpolizeiliche Aufgaben wahr (kein Trennungsprinzip).

„Der polizeiliche Staatsschutz dient dem Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie von Vertretern ausländischer Staaten, internationaler Organisationen [. . .] kritischer Infrastruktur und der Bevölkerung vor terroristisch, ideologisch oder religiös motivierter Kriminalität, vor Gefährdungen durch Spionage, durch nachrichtendienstliche Tätigkeit und durch Proliferation sowie der Wahrnehmung zentraler Funktionen der internationalen Zusammenarbeit in diesen Bereichen“ (§ 1 Abs 2 PStSG).

Die Aufgaben des polizeilichen Staatsschutzes bestehen nach § 6 PStSG insb in

- der erweiterten Gefahrenerforschung nach § 6 Abs 1 Z 1 PStSG, das ist „die Beobachtung einer Gruppierung, wenn im Hinblick auf deren bestehende Strukturen und auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld damit zu rechnen ist, dass es zu mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundener Kriminalität, insbesondere zu ideologisch oder religiös motivierter Gewalt kommt“, somit im Ergebnis bei bloß abstraktem Gefahrenverdacht, sowie

¹ BGBl I 2016/5.

² Das Rechtsanwaltsbüro, in dem die Autoren tätig sind, ist in dem laufenden Ermittlungsverfahren iZm Vorwürfen gegen Mitarbeiter des BVT als Verteidiger mandatiert.

³ Soyer/Marsch, Nachrichtendienstliche Erkenntnisse und Vorfeldkriminalisierung in Österreich, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2018, 463 mwN, abrufbar unter www.zis-online.com/dat/artikel/2018_11_1240.pdf (abgefragt am 5. 3. 2019); grundlegend: Heißl, PStSG Polizeiliches Staatsschutzgesetz Kurzkommentar (2016); Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste (2017).

- dem vorbeugenden Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen bei begründetem Gefahrenverdacht nach § 6 Abs 1 Z 2 PStSG.

Der Begriff des verfassungsgefährdenden Angriffs ist nach § 6 Abs 2 PStSG strafrechtsakzessorisch und umfasst ua Delikte gegen den öffentlichen Frieden (jedoch nur soweit diese ideologisch oder religiös motiviert sind), Hochverrat und bestimmte andere Angriffe gegen den Staat, bestimmte gemeingefährliche strafbare Handlungen (insb im Zusammenhang mit Kriegs- und Kernmaterial sowie Massenvernichtungswaffen), Spionage, Landesverratsdelikte sowie bestimmte Allgemeindelikte, wenn diese zum Nachteil verfassungsmäßiger Einrichtungen oder kritischer Infrastruktur erfolgen.

Der Rechtsschutz für die unwissenden Betroffenen nachrichtendienstlicher Ermittlungstätigkeit erfolgt im Wesentlichen durch den Rechtsschutzbeauftragten (RSB). Im Rahmen des PStSG obliegt dem RSB im Bundesministerium für Inneres der besondere Rechtsschutz gem § 14 PStSG bei der erweiterten Gefahrenforschung, dem vorbeugenden Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen und der Kontrolle der Datenverarbeitung nach § 12 PStSG. Einen plastischen Überblick seiner Tätigkeit gibt der RSB em. o. Univ.-Prof. Dr. *Manfred Burgstaller*, der jährlich Informationen zum Geschäftsgang veröffentlicht.⁴

III. ABGRENZUNG ZU KRIMINALPOLIZEILICHEM HANDELN

Die umfangreichen nachrichtendienstlichen Befugnisse nach § 12 PStSG zur Datenverarbeitung in Zusammenschau mit den gesetzlich vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 10f PStSG umfassen:

- Ermittlung personenbezogener Daten im Wege der Amtshilfe;
- Generalermächtigung zur Ermittlung öffentlich zugänglicher personenbezogener Daten „aus allen anderen verfügbaren Quellen“;
- Observation;
- verdeckte Ermittlung (unter Einsatz von Vertrauenspersonen);
- Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungs- sowie von Kennzeichenerkennungsgeräten;
- Einholen von Auskünften zur Telekommunikation (keine Inhaltsdaten);
- Einholen von Personenbeförderungsunternehmen sowie über Verkehrs-, Zugangs- und Standortdaten.

Die österreichische Rechtsordnung kennt kein organisatorisches oder funktionales Trennungsprinzip zwischen nachrichtendienstlicher und kriminalpolizeilicher Tätigkeit.⁵ Die Beamten des BVT und der LVT vereinen somit in sich nachrichtendienstliche Gefahrenforschung und kriminalpolizeiliche Ermittlungstätigkeit iSd § 18 StPO. Damit stellt sich auch die Frage der Kooperation zwischen Nachrichtendiensten und Kriminalpolizei regelmäßig

nicht. Darüber hinaus erlaubt § 12 Abs 4 PStSG den zivilen Nachrichtendiensten, Daten aus der nachrichtendienstlichen Datenverarbeitung „an Sicherheitsbehörden für Zwecke der Sicherheitspolizei und Strafrechtspflege, an Staatsanwaltschaften und ordentliche Gerichte für Zwecke der Strafrechtspflege“ zu übermitteln. Der Informationsfluss findet seine (rechtliche) Grenze nur beim Verhältnismäßigkeitsprinzip,⁶ somit nur in fallbezogener Abwägung.

Nachrichtendienstliche Ermittlungen sind eingriffsinintensiv, finden im Verborgenen statt und unterliegen – wenngleich materiell strafrechtlichen Ermittlungen gleichzuhalten – keiner begleitenden richterlichen Kontrolle. In einer arbeitsteiligen Sicherheitsverwaltung stellen sich daher insb Fragen zu den rechtlichen Grundlagen für Informationsfluss und Kooperation zwischen kriminalpolizeilichen und sicherheitsbehördlichen Organen. Diese Frage ist allerdings in der österreichischen Praxis von untergeordneter Bedeutung, da kein (effektives) organisatorisches oder informationelles Trennungsprinzip zwischen der nachrichtendienstlichen und der kriminalpolizeilichen Funktion und Organen normiert ist.

Die wesentliche Frage ist bzw scheint somit: Ab welchem Stadium sind die Ermittlungen nach der StPO zu führen, sodass der Betroffene in den Genuss seiner dort vorgesehenen Verteidigungsrechte kommt? Und wie kann der Betroffene sicherstellen, dass nachrichtendienstliche Ermittlungsergebnisse nicht eo ipso als Grundlage für eine strafrechtliche Verurteilung herangezogen werden dürfen?

Zur Abgrenzung PStSG – StPO: Bis BGBl I 2016/5 steckte § 21 Abs 3 SPG aF⁷ das Aufgabengebiet nachrichtendienstlicher Tätigkeit innerhalb des SPG ab. Mit Einführung des PStSG wurden die nachrichtendienstlichen Aufgaben aus dem SPG herausgeschält, weshalb die drei Materien SPG, PStSG und StPO einander gegenüberzustellen sind, um ein besseres Verständnis der Abgrenzung zwischen PStSG und StPO zu ermöglichen:

Sicherheitspolizei (SPG) und nachrichtendienstliche Tätigkeit (PStSG) sind präventive staatliche Maßnahmen, wobei letztere auch in Ausübung der Sicherheitspolizei erfolgen und demgemäß das SPG subsidiär zur Anwendung kommt (§ 1 Abs 1, § 5 PStSG).

⁴ *Burgstaller/Goliasch/Kubarth*, SIAK-Journal 2017 Heft 3, 4; *Burgstaller/Goliasch/Zotter*, SIAK-Journal 2018 Heft 3, 4.

⁵ *Klaushofer* in *Dietrich/Eiffler* 9/1 Rz 56; s auch *Vogl* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 18 Rz 5ff, 100ff.

⁶ *Heißl* § 12 Rz 20.

⁷ § 21 Abs 3 SPG aF: *Den Sicherheitsbehörden obliegt die erweiterte Gefahrenforschung; das ist die Beobachtung 1. einer Person, die a) sich öffentlich oder in schriftlicher oder elektronischer Kommunikation für Gewalt gegen Menschen, Sachen oder die verfassungsmäßigen Einrichtungen ausspricht, oder b) sich Mittel und Kenntnisse verschafft, die sie in die Lage versetzen, Sachschäden in großem Ausmaß oder die Gefährdung von Menschen herbeizuführen, und damit zu rechnen ist, dass sie eine mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundene weltanschaulich oder religiös motivierte Gewalt herbeiführt, oder 2. einer Gruppierung, wenn im Hinblick auf deren bestehende Strukturen und auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld damit zu rechnen ist, dass es zu mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundener Kriminalität, insbesondere zu weltanschaulich oder religiös motivierter Gewalt kommt.*

Nach § 22 Abs 2 SPG haben die Sicherheitsbehörden „gefährlichen Angriffen auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Sittlichkeit, Vermögen oder Umwelt vorzubeugen, sofern solche Angriffe wahrscheinlich sind“. Gem Abs 3 leg cit haben sie zwar die maßgeblichen Umstände jedenfalls zu klären, wenn dies zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich ist – sobald aber ein bestimmter Mensch der Tat verdächtig ist, tritt das SPG grundsätzlich hinter die StPO zurück.

Das hier maßgebliche Aufgabengebiet des PStSG⁸ besteht:

- in der erweiterten Gefahrenforschung nach § 6 Abs 1 Z 1 PStSG, „das ist die Beobachtung einer Gruppierung, wenn im Hinblick auf deren bestehende Strukturen und auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld damit zu rechnen ist, dass es zu mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundener Kriminalität, insbesondere zu ideologisch oder religiös motivierter Gewalt kommt“. Der Anwendungsbereich der erweiterten Gefahrenforschung setzt somit eine „Erwartungshaltung auf strafbare Handlungen“ voraus.⁹ Die (sehr) abstrakte äußere Gefahrenlage wird durch das Erfordernis einer „Gruppierung“ aufgewogen;
- im vorbeugenden Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen nach § 6 Abs 1 Z 2 PStSG, „sofern ein begründeter Gefahrenverdacht für einen solchen Angriff besteht (§ 22 Abs 2 SPG)“. Der Anwendungsbereich der vorbeugenden Gefahrenabwehr betrifft sowohl Einzelpersonen wie Gruppierungen und beginnt „mit der Wahrscheinlichkeit der Begehung eines konkreten Angriffs in absehbarer Zeit“.¹⁰ Keine ausreichende Wahrscheinlichkeit sind die bloße Möglichkeit oder Nichtausschließbarkeit eines derartigen Angriffs; Gewissheit ist jedoch nicht erforderlich.¹¹ Hierbei handelt es sich um eine konkretere Gefahren(verdachts)lage.

Die StPO als Grundlage kriminalpolizeilicher Tätigkeit ist dagegen vergangenheitsbezogen bzw repressiv. Nach § 1 Abs 2 StPO beginnt das Strafverfahren, „sobald Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft zur Aufklärung eines Anfangsverdachts (Abs 3) nach den Bestimmungen des 2. Teils dieses Bundesgesetzes ermitteln“. Ein derartiger Anfangsverdacht liegt nach Abs 3 vor, „wenn auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist“. Die Bediensteten des BVT und der LVT sind (auch) Organe der Kriminalpolizei und haben nach § 2 Abs 1 StPO derartige Verdachtslagen somit von Amts wegen unter Anwendung der StPO aufzuklären. Das PStSG kennt – anders als im Verhältnis SPG-StPO – keine Bestimmung, welche es hinter die StPO zurücktreten lässt – hier sind somit breite(re) Überlappungen möglich.¹² Besonders drastisch zeigt sich die Möglichkeit der Überlappung bei Vorbereitungs- und Organisationsdelikten, welche die Legaldefinition des verfassungsgefährdenden Angriffs nach § 6 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 PStSG ausmachen. Da das PStSG bereits vor dem (strafbaren) Versuch einer Deliktsbegehung

an Vorbereitungshandlungen anknüpft, bringen nachrichtendienstliche Ermittlungen hier eine sehr weit vor einer allfälligen Deliktsbegehung liegende Vorfeldkriminalisierung mit sich.¹³ Amtshandlungen im überlappenden Bereich von PStSG und StPO sind doppel funktionale Amtshandlungen und bedürfen als solche doppelter rechtlicher Legitimation.¹⁴

Im Rahmen der erweiterten Gefahrenforschung nach § 6 Abs 1 Z 1 PStSG sind strafrechtliche relevante Ermittlungsergebnisse insb dann denkbar bzw zu erwarten, wenn die Gruppierung die Schwelle zu gerichtlich strafbaren Handlungen bei Aufnahme nachrichtendienstlicher Ermittlungen tatsächlich bereits überschritten hat oder nach Aufnahme überschreitet.

Das Vernachlässigen einer Rechtsgrundlage (wohl regelmäßig der StPO) bleibt nicht ohne Folgen bzw hat nicht notwendig den allenfalls intendierten Effekt: Zum einen könnte ein bewusstes Hintanstellen der StPO durchaus als Rechtsverletzung gewertet werden, zum anderen sind nachrichtendienstliche Erkenntnisse im Anwendungsbereich (und in Verletzung) der StPO im Strafprozess in bestimmten Fällen nicht verwertbar:

IV. RECHTSSCHUTZ VOR KRIMINALISIERUNG DURCH NACHRICHTENDIENSTLICHE ERKENNTNISSE

Gem § 281 Abs 1 Z 2 StPO ist das Strafurteil nichtig, „wenn ein Protokoll oder ein anderes amtliches Schriftstück über eine nichtige Erkundigung oder Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren trotz Widerspruchs des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung verlesen wurde“.

Der Schutzbereich dieses Nichtigkeitsgrundes wirkt über den formalen Beginn des Ermittlungsverfahrens hinaus und beginnt daher nicht erst mit einem Anfangsverdacht. Die Nichtigkeits sanktion greift bereits, wenn der Verdacht einer Straftat nach § 91 Abs 2 StPO auch nur im Raum steht.¹⁵ Damit reicht der Schutz des § 281 Abs 1 Z 2 StPO aus Sicht der Verfasser jedenfalls in den überlappenden Bereich von PStSG und StPO und darüber hinaus – fallbezogen – auch in den „reinen“ Anwendungsbereich des PStSG hinein.

Damit lassen sich aber nur grobe Verstöße sanieren: Nach der ganz überwiegenden Rsp betrifft dieser Nichtigkeitsgrund nur Akte, die gesetzlich ausdrücklich als nichtig bezeichnet werden.¹⁶ Nach gewichtigen Stimmen der Lit sollen auch solche Akte darunterfallen, die bei einer Gesamtschau als nichtig zu qualifizieren sind.¹⁷ Die Rsp ist hier sehr zögerlich und schreibt der StPO eine Grundten-

⁸ Das Aufgabengebiet nach § 6 Abs 1 Z 3 PStSG wird hier nicht behandelt.
⁹ Heißl § 6 Rz 9.

¹⁰ Heißl, ÖJZ 2016, 719 (720).

¹¹ Adensamer/Sagmeister, juridikum 2016, 516 (519); Klaushofer, Rz 83.

¹² Heißl § 1 Rz 34.

¹³ Adensamer/Sagmeister, juridikum 2016, 516 (519).

¹⁴ Vgl zur Überschneidung SPG-StPO: Vogl, Rz 29.

¹⁵ Ratz in Fuchs/Ratz § 281 Rz 178.

¹⁶ Ratz in Fuchs/Ratz § 281 Rz 173.

¹⁷ Kirchbacher in Fuchs/Ratz § 246 Rz 122.

denz zu, Beweiserhebungsverbote nur punktuell durch Beweisverwertungsverbote abzusichern bzw absichern zu wollen. So zieht selbst die Missachtung gesetzlicher Vernichtungsanordnungen kein zwingendes Beweisverwertungsverbot mit sich.¹⁸ Zudem besteht die Nichtigkeit auch nur dann, wenn dem betreffenden Organwalter die Sachverhaltsgrundlage für diese Beurteilung zugänglich war. Und zuletzt verlangt die strenge Rsp noch die Absolvierung eines formalen Hürdenlaufs in der Hauptverhandlung, um das Beweisverwertungsverbot erfolgreich geltend zu machen – das so verortete Fehlerpotential geht zu Lasten eines Angeklagten.¹⁹

Nichtig und damit vom Verwertungsverbot umfasst sind etwa nachfolgende Akte, die bei nachrichtendienstlichen Ermittlungen durchaus denkbar sind:

- Ergebnisse der Umgehung der geistlichen Amtsschwiegenheit (§ 144 Abs 1 StPO);
 - Ergebnisse der Umgehung von Aussageverweigerungsrechten nach § 157 Abs 1 Z 2–5 StPO (Berufsgeheimnisträger, zB Rechtsanwälte, Ärzte, Träger des Redaktionsgeheimnisses etc);
 - Aussagen von Beschuldigten oder Zeugen, wenn durch bloß formlose Erkundigungen die Bestimmungen über ihre Vernehmung umgangen wurden (§ 152 Abs 1 StPO).
- Darüber hinaus kann bei Verlesung erschlichener Geständnisse nach § 5 Abs 3 zweiter Fall iVm § 152 Abs 2 iVm § 166 Abs 1 Z 2 StPO bei entsprechender Antragstellung in der Hauptverhandlung Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO geltend gemacht werden.²⁰

V. REFORMVORHABEN

Vor dem Hintergrund des BVT-Skandals sollen die österreichischen zivilen Nachrichtendienste reformiert werden. Ein wesentlicher Projektauftrag ist dabei die „Trennung kriminalpolizeilicher Ermittlungen von der Vorfeldaufklärung“.²¹ Durch eine neue bzw besondere Einheit im BVT sollen damit Informationen „systematisch und abstrakt“ gewonnen werden können und „eventuell die Beobachtung jener Personen [neu hinzukommen], hinsichtlich derer diffuse/unspezifische Verdachtslagen bestehen“.²² Hierzu sollen Anleihen am deutschen System genommen werden, was sich auch in der Hinzuziehung von Klaus-Dieter Fritsche (dem ehemaligen Beauftragten für die Nachrichtendienste des Bundes)²³ als Berater zeigt.²⁴

Das Reformvorhaben zeigt – soweit es öffentlich bekannt ist – im Hinblick auf die nachrichtendienstlichen Ermittlungsmöglichkeiten de lege lata keine wirkliche Neuerung: Nachrichtendienstliche Ermittlungen hinsichtlich Einzelpersonen sind im Rahmen des vorbeugenden Schutzes vor verfassungswidrigen Angriffen nach § 6 Abs 1 Z 2 PStSG schon jetzt ab der sehr niedrigen Hürde eines begründeten Gefahrenverdachts zulässig. Eine Reduktion dieser Hürde auf die bloße Möglichkeit bzw das Nichtausschließenkönnen irgendeiner Gefährdung würde geradezu einen Frei-

brief für nachrichtendienstliche Tätigkeit in jedem Lebensbereich bedeuten.

Gleichermaßen wäre eine Ausweitung der erweiterten Gefahrenforschung nach § 6 Abs 1 Z 1 PStSG von der Beobachtung von Gruppierungen auf die Beobachtung von Einzelpersonen zu bewerten: Hier könnte dann lediglich aufgrund einer abstrakten, sich aus allgemeinen und außerhalb der Person gelegenen Umständen ergebenden Erwartungshaltung die Beobachtung von Einzelpersonen zulässig sein. Das ist aus Sicht der Verfasser aber nur im Hinblick auf die größere Gefährdung, welche von Gruppierungen ausgehen kann, zu rechtfertigen.

Kurz: Der „lone wolf“ fällt wohl meist schon jetzt unter § 6 Abs 1 Z 2 PStSG. Die Reform strebt also möglicherweise nicht die Beobachtung einzelner Gefährder, hinsichtlich derer diffuse/unspezifische Verdachtslagen bestehen, sondern die vorsorgliche nachrichtendienstliche Beobachtung sämtlicher Mitglieder bestimmter Bevölkerungsgruppen an. Hier könnte einem der berühmte Ausspruch von Erich Mielke in den Sinn kommen: „Wir müssen alles erfahren. Es darf an uns nichts vorbeigehen.“

Gänzlich neue Wege beschreitet das Reformvorhaben dagegen in der geplanten Einführung einer Trennung kriminalpolizeilicher Ermittlungen von der Vorfeldaufklärung. Gerade hier wäre eine Anlehnung an das in Deutschland normierte Trennungsprinzip sehr zu begrüßen. Eine derartige Trennung bedeutet aber nicht bloß das Kopieren des deutschen organisatorischen, funktionellen und kompetenziellen Trennungsgebots (vgl zB § 2 Abs 1, § 8 Abs 3 dt BundesverfassungsschutzG), sondern vor allem auch das vom BGH judizierte informationelle Trennungsprinzip beinhalten: „Regelungen, die den Austausch von Daten der Polizeibehörden und Nachrichtendienste ermöglichen, unterliegen hinsichtlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen. Aus den Grundrechten folgt ein informationelles Trennungsprinzip, das diesen Austausch nur ausnahmsweise zulässt.“²⁵ Darüber hinaus wäre eine ausdrückliche Klarstellung über die Verwertbarkeit von Informationen, die außerhalb des Anwendungsbereichs StPO erlangt wurden, iSd § 161 Abs 2 dt StPO²⁶ zu treffen.²⁷

¹⁸ Kirchbacher in Fuchs/Ratz § 246 Rz 55.

¹⁹ Als Überblick: Soyer/Marsch, AnwBl 2018, 200.

²⁰ Befürwortend: Wiederin in Fuchs/Ratz § 5 Rz 138; nicht verneinend: Ratz in Fuchs/Ratz § 281 Rz 361.

²¹ www.parlament.gv.at/pakt/vhg/xxvi/ab/ab_02381/imfname_736491.pdf (abgefragt am 5. 3. 2019).

²² Internes Papier zeigt Überwachungspläne des Staatsschutzes „Salzburger Nachrichten“ Nr 4 v 5. 1. 2019.

²³ https://de.wikipedia.org/wiki/Klaus-Dieter_Fritsche (abgefragt am 5. 3. 2019).

²⁴ <https://bmi.gv.at/news.aspx?id=7238762F513752486558593D> (abgefragt am 5. 3. 2019).

²⁵ BVerfGE 133, 277–377.

²⁶ Ist eine Maßnahme nach diesem Gesetz nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen die auf Grund einer entsprechenden Maßnahme nach anderen Gesetzen erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zu Beweis Zwecken im Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen.

²⁷ Illustrativ BGH 2 StR 247/16.



Geschäftsgeheimnisschutz neu

4. Auflage 2019. XVIII, 257 Seiten.
Br. EUR 48,-
ISBN 978-3-214-04201-1

Wiltschek

UWG 4. Auflage

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Das **UWG** wurde in den letzten Jahren drei Mal teils **umfangreich novelliert**:

- 2018 wurde die **RL über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen** umgesetzt und das Verbot von Geoblocking nach der **GeoblockingVO** in das UWG aufgenommen.
- 2016 kam es zu einer **Ergänzung des Anhangs** um ein Verbot des Forderns bester Konditionen durch Buchungs- und Vergleichsplattformen.
- 2015 mussten wegen eines Vertragsverletzungsverfahrens Formulierungen der RL-UGP zu **aggressiven und irreführenden Geschäftspraktiken** weitgehend wörtlich in das UWG übernommen werden.

In dieser Ausgabe finden Sie den **aktuellen Text des UWG** samt den Materialien, Literaturhinweise und prägnante **Anmerkungen des Autors**. Auch die **einschlägigen RL** sind abgedruckt.

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



Eine sichere Bank für Finanzjuristen: Der Großkommentar zum BWG

Loseblattwerk in 3 Mappen
inkl 63. Lfg. 2019. EUR 318,-
ISBN 978-3-214-16904-6

Dieses Werk ist auch online erhältlich
manz.at/bwg

Im Abonnement zur Fortsetzung vorgemerkt.

Laurer · M. Schütz · Kammel · Ratka

BWG 4. Auflage, inklusive 63. Lieferung

Die aktuellen Lieferungen 54.-63. befassen sich unter anderem mit:

- §§ 25-26a BWG: Auslagerung; Bedingte Pflichtwandelschuldverschreibungen, Instrumente ohne Stimmrecht
- § 38 BWG: Bankgeheimnis
- §§ 78-80 BWG: Moratorium und internationale Sanktionen; ÖNB
- Art 1-6 CRR: Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen (inkl Änderungen der **STS-Verbriefungsverordnung!**)
- Art 42-50 CRR: Abzüge von Posten des harten Kernkapitals, Teil 2
- Art 62-88 CRR: Ergänzungskapital; Minderheitsbeteiligungen und durch Tochterunternehmen begebene Instrumente
- Art 102-106 CRR: Handelsbuch
- Art 301-311 CRR: Eigenmittelanforderungen für Risikopositionen gegenüber einer zentralen Gegenpartei

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



**242 Im Gespräch**

Änderungen im Berufsrecht

245 Termine**246 Chronik**

150-Jahr-Feier der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer

Einladung Ökonomie des Verfahrensrechtes

250 Aus- und Fortbildung**256 Rezensionen****265 Zeitschriftenübersicht**

Im Gespräch

Änderungen im Berufsrecht

Als Vorsitzender des AK Berufsrecht und Präsident der RAK für Kärnten hat Univ.-Prof. Dr. Gernot Murko immer ein wachsames Auge auf politische Entwicklungen, die den Berufsstand der Rechtsanwälte betreffen. Für den ÖRAK bringt er seine Stimme regelmäßig gegenüber den Entscheidungsträgern im BMVRDJ ein. Anlässlich der bevorstehenden Neuregelungen mit dem BRÄG 2019 hat Mag. Christian Moser nachgefragt:

2019/103

Demnächst soll wieder ein neues Berufsrechts-Änderungsgesetz erlassen werden. Weiß man zum Zeitplan schon Genaueres und was können sich die Rechtsanwälte davon erwarten?

Das BRÄG 2019 soll voraussichtlich im Herbst im Nationalrat behandelt werden. Die Rechtsanwälte haben ein umfassendes Forderungspaket an den Bundesminister für Justiz gestellt. Schwerpunkt ist insb eine Reform des rechtsanwaltlichen Gesellschaftsrechts. Rechtsanwälte haben ein Sondergesellschaftsrecht, das aufgrund ihrer Stellung in der Rechtsordnung notwendig und zielführend ist. Wir wollen uns in diesem Zusammenhang insb bezüglich der Rechtsformen öffnen. Das heißt, dass eine in Europa zulässige Rechtsform auch eine in Österreich zulässige Rechtsform für die Ausübung der Rechtsanwaltschaft sein soll, wenn die inhaltlichen Kriterien, die eine Rechtsanwaltschaftsgesellschaft haben muss, sichergestellt sind. Das zielt insb auf den Kreis der Gesellschafter und die Untersagung der Mehrheitsbeteiligung durch Dritte ab, um Verschwiegenheit und Unabhängigkeit zu wahren.

Der AK Berufsrecht beschäftigt sich nun intensiv mit möglichen Änderungsvorschlägen. Wie viel Gewicht hat die Stimme des ÖRAK überhaupt in diesem Gesetzwerdungsprozess? Kann sich die Rechtsanwaltschaft hier stark einbringen?

Grundsätzlich wird das Gesetz vom BMVRDJ vorbereitet und geht dann seinen normalen parlamentarischen Prozess bzw in die Regierung. Es gibt jedoch eine sehr gute Gesprächsbasis zwischen der Rechtsanwaltschaft und dem BMVRDJ, und wir haben bereits einen umfangreichen Entwurf ausgearbeitet, wie wir uns diese Reform vorstellen können. Das ist natürlich nur ein Vorschlag und nicht mehr. Ich glaube aber, dass wir gerade in standesrechtlichen Fragen einen breiten und guten Diskurs mit dem Bundesministerium führen.

Was sind nun die wesentlichen Forderungen des ÖRAK? Wesentliche Forderungen werden sein, dass auch im Rahmen der Geldwäsche bezüglich des „Gold Platings“ gewisse Formen und Erleichterungen für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte geschaffen werden. Wir glauben, dass Österreich im Rahmen der Umsetzung der 3. und 4. GeldwäscherL europäische Normen übererfüllt hat. Dass der Vortaten-



katalog an den strafrechtlichen Tatbestand gekoppelt ist, geht unserer Ansicht nach zu weit. Über diesen Bereich wollen wir eine grundsätzliche Diskussion anregen.

Müssen im Zuge der Umsetzung der 5. GeldwäscherL gewisse Maßnahmen zurückgenommen werden?

Ich gehe davon aus, dass es nicht entscheidend ist, Maßnahmen zurückzunehmen. Das Entscheidende wird sein, wie wir den Vortatenbegriff und den Geldwäschebegriff formulieren. Die 4. GeldwäscherL lässt es zu, dass eine autonome Formulierung in diesem Zusammenhang möglich und eine strenge Anknüpfung an § 165 StGB nicht erforderlich ist. Diese strafrechtliche Anknüpfung halten wir für überschießend. Wir werden auch als Rechtsanwaltschaft auf Europalebene dagegen auftreten, dass horrendes Strafen im DST mit einer Million Euro Geldstrafe für solche Verstöße vorliegen. Wir werden aber auch innerstaatlich, insb beim VfGH, dagegen auftreten, dass Verurteilungen disziplinarer Art an den Pranger gestellt und auf der Website der Rechtsanwaltskammer veröffentlicht werden müssen.

Sehen Sie generell die Kontroll- und Meldepflichten iZm mit den GeldwäscherL für überschießend?

Ich halte die Umsetzung der Geldwäscherbestimmungen bzw die Richtlinien, die europaweit erlassen worden sind, für einen schweren Eingriff in die rechtsanwaltliche Verschwiegenheitspflicht. Der Rechtsanwalt darf den Mörder, der in seine Kanzlei kommt, nicht anzeigen, den Geldwäscher muss

er jedoch melden. Wenn wir unsere Sorgfaltsmaßstäbe, die wir bei der Gesellschaftsgründung anwenden müssen, in Konnex zur GmbH-Gründung nach § 9a GmbHG sehen, dann haben wir eine Diskrepanz, die einfach nicht tragbar ist. Dort gibt es zwar eine Unterschriftenbeglaubigung und eine Identitätsprüfung durch die Bank, wer jedoch die elektronische Handy-Signatur eingibt und wer eigentlich hinter der Gesellschaft steht, bleibt völlig ungeprüft.



Die Richtlinien zur Geldwäsche sind ein schwerer Eingriff in die rechtsanwaltliche Verschwiegenheitspflicht.

Die anwaltliche Verschwiegenheit ist ein Kernbereich, der den Bürgerinnen und Bürgern dient. Solche überschießenden Eingriffe gehören abgeschafft.

Braucht es einen stärkeren Schutz des rechtsanwaltlichen Berufsgeheimnisses?

Ich glaube, dass man durchaus wird diskutieren müssen, ob die anwaltliche Verschwiegenheit in ihrer Ausgestaltung in der Rechtsordnung, nämlich als Zeugnisentschlagungsrecht mit Verbot von Umgehungsmöglichkeiten, ausreichend platziert ist. Oder ob es nicht sinnvoller wäre, wenn wir die anwaltliche Verschwiegenheit gerichtlich strafbewährt machen und Verstöße in diesem Zusammenhang zumindest als Privatanklagedelikt formulieren, um klarzulegen, welcher großen Wert die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in dieser Rechtsordnung hat.

Immer häufiger gibt es Eingriffe in den rechtsanwaltlichen Vorbehaltsbereich durch die Ausweitung der Befugnisse anderer Berufsgruppen. Wie sollte der Stand mit diesen Entwicklungen umgehen?

Der Stand muss zunächst einmal den Vorbehaltsbereich optimal ausfüllen. Es wird nur dort Eingriffe geben, wo die Rechtsanwaltschaft vielleicht nicht ausreichend tätig war. Ein historisches Beispiel: Es würde heute den Stand der Steuerberater nicht geben, wenn Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in

den 40er- und 50er-Jahren des vorigen Jahrtausends umfassend in diesem Bereich beratend tätig gewesen wären.

Es wird eine gewaltige Umwälzung insb im Zuge der Digitalisierung im gesamten Rechtsbereich geben, wo Vorbehaltsbereiche zwar vorhanden sein werden, deren Kontrolle aber immer schwieriger wird. Ich verweise auf Wettbewerbsprozesse, wie sie derzeit in Deutschland laufen, wo die Rechtsanwaltskammer Berlin ein Startup-Unternehmen, das Mietrechtsberatung erteilt hat, mit einer UWG-Klage verfolgt usw. Ob das der zielführende Weg ist, stelle ich in Frage. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sollten diese Tätigkeitsbereiche ebenfalls abdecken und andererseits durch ihre Aus- und Fortbildung in ihrem Berufsstand den Klientinnen und Klienten darlegen, dass sie der qualifizierteste Rechtsberater am Markt sind.

Es wird insb durch die Digitalisierung ein viel breiteres Konkurrenzfeld auf uns zukommen als das, was wir jetzt durch Eingriffe von Wirtschaftstreuhandern, Unternehmensberatern und anderen Gewerbetreibenden in diesem Zusammenhang sehen. Das wird den Rechtsberatungsmarkt gewaltig umwälzen. Wir müssen bereit sein, mit diesen Tools umgehen zu können, und andererseits durch unsere Qualität nach außen signalisieren, dass es Rechtsanwälte als qualifizierte Rechtsberater am Markt braucht.

Die rechtsanwaltliche Berufsausbildung ist top!



Das heißt, dass sich auch der Stand selbst weiterentwickeln muss. Wie sieht es im Speziellen bei der Ausbildung zum Rechtsanwalt aus – sehen Sie hier Anpassungsbedarf?

Ich sehe die Ausbildung zum Rechtsanwalt als etwas sehr Positives. Unsere Kolleginnen und Kollegen werden breit ausgebildet und im Rahmen der Rechtsanwaltsprüfung auch gefordert. Die Ausbildung ist top. Wo wir uns aber weiter entwickeln müssen, ist die Fortbildung. Es wird notwendig sein, sich nach der Rechtsanwaltsprüfung auch mit den Neuerungen am Gesetzesmarkt, in der Gesellschaft und im Geschehen zu beschäftigen. Der Großteil der Kollegen

macht es schon und alle, die noch zögerlich darauf reagieren, werden wir noch animieren und dazu anhalten müssen.



Sie sind bereits seit 2006 Präsident der RAK für Kärnten, in ihrer Studentenzeit waren Sie Vorsitzender der Hochschülerschaft. Liegt Ihnen diese politische Tätigkeit im Blut, kann man das als Hobby bezeichnen?

Hobby ist wahrscheinlich die richtige Bezeichnung. Ich lasse nicht gerne über mich bestimmen, sondern bestimme gerne selbst mit. Das war der Grund jedweden Engagements, auch jetzt in der Kammervertretung. Ich möchte mitgestalten und möchte insb die Wertigkeit, die der Rechtsanwalt in der Rechtsordnung hat, sichern und Angriffe in diesem Zusammenhang abwehren. Andererseits möchte ich die Struktur der Standesvertretung modernisieren, wie es uns bereits mit dem BRÄG 2010 gelungen ist, als wir die Rechtsanwaltsanwärterinnen und Rechtsanwaltsanwärter in den Stand integrieren konnten. Weitere Themen sind jene Bereiche, wo wir europaweit Vorreiter sind: beim Werbeverbot, der Honorarvereinbarung und jetzt bei der proaktiven Gestaltung eines modernen Gesellschaftsrechts, wo eine Öffnung passiert, aber die Kernwerte der Rechtsanwälte gesichert werden. Diese Dinge umzusetzen, ist die Motivation für mein schon lange andauerndes Engagement.

Seit Oktober unterrichten Sie an der Grazer Universität und vermitteln den Studenten insb das Recht der Unternehmensgründung mit starkem Praxisbezug. Wie gefällt Ihnen diese Tätigkeit bisher?

Ich halte das für einen ganz wesentlichen Teil meiner Tätigkeit, nämlich Grundwertehaltungen an Studierende weiterzugeben. Gerade im Unternehmensrecht kann ich jungen Kolleginnen und Kollegen nahebringen, welchen Wert eine qualifizierte Rechtsberatung hat und welche Risiken darin liegen, wenn man diese qualifizierte Rechtsberatung nicht hat. Das ist eine gute Synergie und sehr spannend. Es ist auch für den Stand wichtig, in der wissenschaftlichen Debatte dabei zu sein. Nehmen wir als Beispiel die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht. Im Diskussionsprozess, ob ein Zeugnisen-schlagungsrecht nur mehr den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten zusteht, die im Gerichtssaal tätig sind, oder auch jenen, die beratend tätig sind, muss sich

der Stand beteiligen, sonst wird diese Diskussion jemand anderes führen. Einschränkungen dieser Verschwiegenheitspflicht sind nämlich insb Strafbehörden ein Anliegen. Wir müssen unsere Themen daher auch auf wissenschaftlicher Ebene einbringen, um den erfolgreichen Weg der österreichischen Rechtsanwaltschaft weitergehen zu können.

Meinen Sie, dass die universitäre Ausbildung generell praxisorientierter gestaltet werden sollte, ähnlich wie es die Fachhochschulen betreiben?

Das glaube ich nicht. Der duale Weg der Ausbildung mit der wissenschaftlichen Berufsvorbildung an der Universität in der Breite für alle beruflichen Ausrichtungen und die Berufsausbildung in der Anwaltschaft ist für mich der wesentliche Punkt. Die Kolleginnen und Kollegen an der Universität müssen abstraktes Denken lernen, sich Skills aneignen und mit einem Handapparat umgehen können, der immer digitalisierter wird. Das, was ich an der Universität gelernt habe, ist zu 60% Rechtsgeschichte. Durch strukturelles, abstraktes Denken, das an der Universität vermittelt wird, kann ich mir neues Wissen aber leichter aneignen.

Wir sollten den Kolleginnen und Kollegen an den Universitäten nahebringen, welcher attraktiver Beruf der freie Beruf des Rechtsanwalts ist und dass der wirklich freie Beruf nur den Klienten und dem Gesetz gegenüber verpflichtet ist. Auch das ist eine Aufgabe, die wir an den Universitäten als Rechtsanwaltschaft leisten müssen. Die Ausbildung an sich sollte meines Erachtens eine sehr breite sein.

Dann wünschen wir Ihnen auch bei dieser Aufgabe gutes Gelingen und danken für das Gespräch.



Univ.-Prof. Dr. Gernot Murko, geb 1966 in Klagenfurt, verheiratet, zwei Kinder; studierte Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz, Rechtsanwalt seit 1995, 2003–2006 VPräs der RAK für Kärnten, seit 2006 deren Präsident, Vorsitzender des AK Berufsrecht im ÖRAK, seit 2018 Universitätsprofessor am Institut für Unternehmensrecht und Internationales Wirtschaftsrecht der Karl-Franzens-Universität Graz

Verhandlungstraining für Juristen

Business Circle Management FortbildungsGmbH
4. und 5. 4. 2019 WIEN

Firmenbuch I

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
8. 4. 2019 WIEN

Grundbuch I

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
29. 4. 2019 WIEN

**Lehrgang zum zertifizierten
Datenschutzbeauftragten**

Business Circle Management FortbildungsGmbH
6. bis 8. 5. 2019 WIEN

ErbRÄG 2015

„Erben und Vererben – was Ihre Mitarbeiter/
innen seit 1. 1. 2017 dazu wissen sollten“

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
8. 5. 2019 WIEN

Geldwäsche

Was RAe/innen und Kanzleimitarbeiter/innen
wissen müssen

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
9. 5. 2019 WIEN

Datenschutz in der RA-Kanzlei

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
10. 5. 2019 WIEN

**Erwachsenenschutz – erste Erfahrungen und
Judikatur**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
13. 5. 2019 WIEN

**Clubs treffen der Rechtsanwälte/innen em und
Rechtsanwaltswitwen/-witwer**

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
15. 5. 2019 WIEN

Ökonomie des Verfahrensrechtes

Juridisch-politischer Leseverein
28. 5. 2019 WIEN

Firmenbuch II

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
3. 6. 2019 WIEN

Finanzstrafrecht 2019 – Forum für Praktiker

LeitnerLeitner
4. 6. 2019 ORANGERIE SCHÖNBRUNN WIEN

Unternehmensjuristen-Circle

Business Circle Management FortbildungsGmbH
6. und 7. 6. 2019 STEGERSBACH

**Fachtagung „Krypto-Assets –
finanzwirtschaftliche Beurteilung und
rechtliche Einordnung“**

Institut für Bankrecht an der Johannes Kepler Universität
Linz
14. 6. 2019 LINZ

Firmenbuch III

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
17. 6. 2019 WIEN

Sommer-Blockseminar (BU-Kurs)

Österreichischer Rechtsanwaltsverein (ÖRAV)
1. 7. 2019 WIEN

Inland

150-Jahr-Feier der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer

Festrede von Dr. Bertram Grass anlässlich der 150-Jahr-Feier

Liebe Festgäste!
Aus Anlass dieser Feier hat der vormalige Präsident des Landesgerichtes Feldkirch, Dr. *Alfons Dür*, eine Abhandlung über die Geschichte der Vorarlberger Rechtsanwaltschaft von 1780 bis 2018 geschrieben.

Mein gekürzter geschichtlicher Exkurs basiert ausschließlich auf seinen Ausführungen.

Historischer Ablauf

Im Zeitalter der Aufklärung wird die Ordnung für die Advokaten neu geschaffen.

Seit 1. 5. 1781 gab es die Allgemeine Gerichtsordnung, kundgemacht von *Kaiser Josef II.* Advokat war die gesetzliche Berufsbezeichnung, und entschied sich der Kaiser für die freie Zulassung zur Advokatur, ohne auf eine Anzahl oder auf einen Unterschied der Gerichte zu sehen.

In dieser Zeit war Rechtspflege und Verwaltung von vielen regionalen Besonderheiten, fehlender Rechtseinheit und einem Mangel an gesetzkundigen Beamten geprägt. Damals gab es in Vorarlberg drei Stadtgerichte (Feldkirch, Bregenz und Bludenz). Es gab auch 21 ländliche Ortsgerichte, die eigene Rechtsvorschriften hatten und ohne Rechtsgelehrte auskamen.

An der Spitze der ländlichen Gerichte standen Amänner (ein Begriff, den es in der benachbarten Ostschweiz für gewisse Ämter immer noch gibt) und Geschworene, die vom Volk gewählt wurden. Die Städte hatte ein Magistrat, bestehend aus einem Bürgermeister und mehreren Räten. Soweit sie über einen rechtsgelehrten Syndikus verfügten, kam diesem nur beratende Stimme zu.

„*Bauern, aber ohne Rechtskenntnisse, manchmal wohl auch ohne gesunden Menschenverstand, sprachen über Mein und Dein, über Wohl und Weh*“, schrieb das Kreisamt Bregenz im Jahre 1816.

Bei den Ortsgerichten und später den reformierten Landgerichten kam es immer wieder zu „in nomine“-Vertretungen durch Vertrauenspersonen. Advokaten mit juristischer Ausbildung gab es nur wenige.

Die Justizverhältnisse in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts waren nicht anwaltsfreundlich. Von der vollständigen Freigabe der Advokatur war die Regierung des Kaisers Franz zur Zulassung derselben nur in bestimmter Zahl und bei bestimmten Gerichten und endlich zur Ernennung durch die oberste Justizstelle übergegangen. Ein System, welches bis zum 6. 7. 1886 beibehalten wurde, als die neue Advokatenordnung galt.

In Vorarlberg waren ab 1818 drei Advokaten zugelassen, die beim Zivil- und Kriminalgericht Feldkirch systemisiert

waren. Dieses Gericht war am 1. 5. 1817 eingerichtet worden und hatte erstmals in der Geschichte des Landes eine sich auf das ganze Gebiet Vorarlbergs erstreckende Zuständigkeit in bestimmten Straf- und Zivilsachen. Es hatte aber nicht lange Bestand, sondern wurde am 30. 11. 1826, sohin nur neun Jahre später, wieder aufgelassen.

Nach und nach wurden auch auf dem Lande weitere Advokatenposten geschaffen. Nach dem Schematismus der Provinz Tirol und Vorarlberg gab es 1827 sechs Advokaten in Vorarlberg, drei in Bregenz, zwei in Feldkirch und einen in Dornbirn.



Dr. Bertram Grass am Rednerpult Foto: Arno Meusburger

Im Gefolge der Revolution 1848 kam es zu einem weitgehenden Umbau der staatlichen Organisation. Die heute noch bestehende Gerichtsstruktur mit Bezirksgerichten, Landesgerichten, Oberlandesgerichten und dem Obersten Gerichtshof geht auf diese Zeit zurück. Die Justizverwaltung wurde dem neu geschaffenen Justizministerium übergeben.

Die Gerichtsverfassung trat in den Ländern Tirol und Vorarlberg am 1. 7. 1850 in Kraft. Feldkirch war Sitz eines Landesgerichtes.

Die Staatsanwaltschaft wurde in Vorarlberg 1850 eingeführt. Erst mit der Strafprozessordnung 1873 wurde das Anklage- und Legalitätsprinzip in bleibender Form verankert und auf alle Officialdelikte ausgedehnt.

Es dauerte zwei Jahrzehnte, bis die Prinzipien des modernen Rechtsstaates mit Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit aller vor dem Gesetz und Grundrechten verfassungsmäßig verankert wurden.

Zwischen 1848 und 1868 beherrschten diese Fragen die Politik und standen gerade Advokaten bei der Durchsetzung dieser Grundsätze in der gesamten österreichisch-ungarischen Monarchie an vorderster Front.

Mit der kaiserlichen Verordnung vom 16. 8. 1849 wurde eine provisorische Advokatenordnung geschaffen, die als entscheidende Neuerung die Schaffung von Advokatenkammern vorsah.

Advokatenkammern waren schon aus Gründen der Gewaltenteilung eines der Postulate dieser Zeit. Die Gerichtsbehörden sollten von den politischen Behörden losgelöst und bei den Gerichten eine vollständige Trennung zwischen Richtern, Anklägern und Parteienvertretern durchgeführt werden; Advokaten also sohin von den Gerichten, unter deren Aufsicht sie zuvor standen, unabhängig werden.

Die Neugestaltung der Advokatur war Teil einer Gesamtreform der Justiz.

Aber erst die Advokatenordnung 1868 schaffte die Grundlage für die Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft.

Die dort vorgesehene Autonomie veranlasste nun auch die Vorarlberger Advokaten, sich um die Schaffung einer eigenen Kammer zu bemühen. Es bestand die Möglichkeit der Einbeziehung der Vorarlberger Advokaten in den Sprengel der beiden deutsch-tirolen Advokatenkammern. Gegen eine solche Einbeziehung machten die Vorarlberger aber gewichtige Gründe geltend, denn es gab noch keine Eisenbahnverbindung zwischen Vorarlberg und Tirol.

Schwerwiegender waren ihnen aber kulturelle und politische Gründe, denn zu verschieden sind die geografischen, gewerblichen und politischen Verhältnisse und die Geschichte und das Rechtsinstitut dieses Landes sowie das Leben und die Gewohnheiten, die Anschauungen in religiöser und politischer Hinsicht zu verschieden; es ist eben ein „anderes“ Land und ein „anderes“ Volk.

Dies ist den damaligen Ausführungen des Justizministeriums zu entnehmen.

Das Justizministerium gab der Bitte der Vorarlberger Advokaten statt und bewilligte die Bildung einer eigenen Vorarlberger Advokatenkammer, die sich am 7. 2. 1869 in Feldkirch konstituierte. In Innsbruck wurde ein gemeinsamer Disziplinarrat gebildet, der, wie es in einem Bericht des Justizministeriums aus dem Jahre 1929 heißt, von den Vorarlberger Kammern kaum beansprucht wurde.

Nach dem Zusammenbruch der Monarchie und der Ausrufung der Republik Deutschösterreich am 12. 11. 1918 kam eine tiefgreifende Veränderung. Eine betraf auch die Berufsbezeichnung: Aus den Advokaten wurden die Rechtsanwälte.

Die autoritäre Staatsverfassung des Ständestaates beendete die Autonomie der Berufskörperschaften.

Der Justizminister verordnete am 31. 3. 1934 das Erlöschen der Mandate der Ausschüsse der Rechtsanwaltskammer. Die letzten freien Wahlen in Funktionen der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer hatten am 2. 2. 1932 stattgefunden.

Der Nationalsozialismus brachte dann das Ende der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer.

Am 23. 5. 1941 war das Ende der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer besiegelt. An Stelle des Rechtsanwaltes trat nun der „Rechtswahrer“.

Am 13. 3. 1938 hatte die Zahl der in Vorarlberg ansässigen Rechtsanwälte 46 Kammermitglieder betragen, am 1. 5. 1945 waren es 39.

Die Vorarlberger Rechtsanwaltskammer konnte sich am 11. 12. 1945 neu konstituieren und in freier Wahl Präsidium und Ausschuss wählen.

Die Tradition der Berufsbezeichnung, Aufgabengebiet, Ausbildung, Honorarsystem und vor allem Unabhängigkeit setzt mit dem Jahre 1948 ein und führte erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu ihrer das heutige Berufsbild prägenden Ausformung.

Eigene Gedanken

Was feiern wir eigentlich?

Wir feiern den Bestand der Vorarlberger Rechtsanwaltskammer seit 150 Jahren.

Bei der in letzter Zeit immer wieder aufflammenden Diskussion über die Sinnhaftigkeit der Kammern, insb der Pflichtmitgliedschaft, sei darauf verwiesen, dass der einzelne Anwalt ohne den Halt der Rechtsanwaltskammer vieles nicht erreichen oder abwehren könnte.

Es mögen gewisse Kollegen das System verteufeln, indes sind die Vorteile für alle Anwälte wegen der unterstützenden Funktion der Kammer überwiegend.

Die Kammer macht die Anwaltschaft zur Institution. Sie ist Partner für Verhandlungen mit den Gerichten und den Ministerien und wird – leider immer weniger – bei der Begutachtung von Gesetzen gefragt. Die Kammer ist Auffanginstrument in vielen Belangen, nicht nur bei der erweiterten Berufshaftpflicht- und Vertrauensschadenversicherung.

Die Unabhängigkeit des Standes liegt auch darin, dass die Anwälte über die Kammer krank- und pensionsversichert sind.

Man mag dieses System mit Fug erörtern, kritisieren oder in Frage stellen, doch insgesamt hat diese Einrichtung in den letzten Jahrzehnten für alle Anwälte mit einem verhältnismäßig geringen Kostenaufwand viel Absicherung gebracht.

Es kommt aber noch ein emotionaler Aspekt dazu: Die Kammer gewährt Rückhalt und das Gefühl der Verbundenheit. Mancher Anwalt mag über die Bemühungen der Kammer enttäuscht sein, sich über einzelne Funktionäre beschweren. Ein besseres System wurde bislang noch nicht aufgezeigt.

Dabei ist die Vorarlberger Rechtsanwaltskammer etwas ganz Besonderes. Ich hatte das Vergnügen, ihr von 1980 bis 2018, sohin über 38 Jahre, als Ausschussmitglied zu dienen. Während dieser 38 Jahre gab es in unserer Kammer gerade nur zwei Präsidenten und jetzt eine Präsidentin. Alle haben es lange ausgehalten und wurden (werden) sehr geschätzt.

Die Vorarlberger Rechtsanwaltskammer ist das beste Beispiel für eine schlanke und effiziente Verwaltung. Sie

kommt mit einem von uns besonders geschätzten Kammeramtsdirektor aus und hat erst seit ein paar Jahren eine Mitarbeiterin, die ihn in seiner Arbeit bestens unterstützt. Darin erschöpft sich der gesamte Verwaltungsaufwand. Dies immerhin für nahezu 250 Rechtsanwälte.

Aber auch eines der wichtigsten Vorteile der freien Anwaltschaft, nämlich deren Unabhängigkeit, wird durch die Kammer nicht eingeschränkt. Sie ist kein Korsett – im Gegenteil: Sie fördert die Anwälte in allen Bereichen.

Dies gilt es zu feiern, dass diese Institution schon so lange Bestand hat, dass sie effizient die Anliegen ihrer Mitglieder vertritt, auf sie achtet und deren Bestrafung nicht ihr vornehmstes Ziel ist.

Vor allem aber will sie aber die Ordnung über die Anwälte selbst ausüben und nicht in Gerichteshand geben. Dies ist nun schon seit 150 Jahren gelungen.

Der Anwalt ist der eigentliche Garant für die Durchsetzung der Freiheit. Er kann dies nur als unabhängiger Anwalt sein. Hiezu gehört auch die Kammer, und zwar in dem Sinn, wie wir sie jetzt haben, nämlich als berufliche Selbstverwaltung.

Der Anwalt ist der vornehmste Kämpfer gegen die staatliche Repression, welche auch bei uns immer stärker wird.

Mit dem vordergründigen Argument der erhöhten Sicherheit geht die Forderung nach immer mehr Polizisten und mehr Überwachung einher.

Es ist der Rechtsvertreter in Österreich, der mithilfe der Kammer nicht nur bei der Begutachtung von Gesetzen immer wieder aufschreien muss, um die totale Überwachung zu verhindern.



vlnr: Dr. Bertram Grass, Frau Präsidentin Dr. Birgitt Breinbauer mit dem Autor des Buches Dr. Alfons Dür Foto: Arno Meusburger

Wir Rechtsvertreter haben es bei unseren Klienten erlebt, was eine Überwachung des Telefons bedeutet, eine Hausdurchsuchung, die von der Staatsanwaltschaft begehrt wird und zu der – soviel ich weiß – noch kein Haftrichter „nein“ gesagt hat. Wegen oft nichtigen Anlässen wird alles durchwühlt, auf den Kopf gestellt, intimste Aufzeichnungen verwertet, um oft nach Monaten der Unsicherheit zum Ergebnis zu kommen: Der Einsatz war überschießend.

Aufgrund unserer Unabhängigkeit sind wir berufen, staatliche Fehlentwicklungen und Missstände aufzuzeigen, aber auch Verbesserungsvorschläge zu erstatten. Insgesamt wird die Gefahr der Eingriffe in Grund in Freiheitsrechte und der politische Druck dagegen größer.

Wehret den Anfängen!

Wir erleben jetzt gerade auch in Europa staatliche Repressionen gegen Anwälte.

Rechtsanwälte und Richter bekommen das überall zu spüren. In der Türkei sind 4.000 Richter und Staatsanwälte entlassen worden, hunderte von Anwälten sitzen in Haft, und die Notstandsgesetze erlauben den Behörden, Gespräche zwischen Mandanten und Verteidiger mitzuhören. Das Anwaltsgeheimnis ist längst abgeschafft.

In Polen und Ungarn haben die Regierungen die Verfassungsgerichte lahmgelegt und entmachtet. Eine Überprüfung von neuen Gesetzen, die die Medien oder Anwaltschaft betreffen, ist kaum möglich.

Menschenrechte und die Gleichheit vor dem Gesetz, Gewaltenteilung und unabhängige Richter und ohnehin all das, was ich bei der Geschichte als Resultat der Bewegung zwischen 1848 und 1868 erwähnt habe, ist nicht mehr selbstverständlich; wahrscheinlich war es auch nie eine Selbstverständlichkeit.

Ob Anwälte unabhängig arbeiten können, hat auch damit zu tun, wie sie organisiert sind, ob das der Staat übernimmt oder ob sie sich selbst organisieren. Wir haben mit der anwaltlichen Selbstverwaltung ein großartiges Modell gewählt, das funktioniert. Es sichert Verlässlichkeit und Vertrauen in die Anwaltschaft, es garantiert auch die Unabhängigkeit vom Staat.

Das Geheimnis des Glücks ist die Freiheit! Das Geheimnis der Freiheit ist aber der Mut. Dies war noch nie so aktuell wie heute. Der Rechtsstaat mit engagierten Anwälten und unabhängigen Richtern wird unser Glück sein!

BERTRAM GRASS

Der Autor ist Rechtsanwalt in Bregenz.

Einladung

Ökonomie des Verfahrensrechtes

(Wie können Verfahrensregeln im Interesse der Parteien und des Gesamtsystems optimal gestaltet werden.)

Der juristisch-politische Leseverein hält am **Dienstag, dem 28. 5. 2019, in der Zeit zwischen 14.00 – 18.00 Uhr und im Festsaal des Justizpalastes, 1010 Wien, Schmerlingplatz 10 – 11,** eine halbtägige Vortragsreihe zum Thema „Ökonomie des Verfahrensrechtes“ ab.

Programm:

Teil 1: 14.00 – 15.50 Uhr

- **Dr. Elisabeth Lovrek, Präsidentin des Obersten Gerichtshofes**

Begrüßung

- **Rechtsanwalt e.m. Dr. Gerhard Benn-Ibler**

Einleitende Bemerkungen

- **Rechtsanwalt Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch, Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Wien**

Ökonomische Analyse des Verfahrensrechtes

- **Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Paul Oberhammer, Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Wien**

Zugang zum Recht revisited: Wirtschaftliche Zugangshürden, Verfahrenshilfe, kollektiver Rechtsschutz, Prozessfinanzierung und ARD

- **SC Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein, Leiter der Zivilrechtssektion des BMVRDJ**

Möglichkeiten der effizienten Verfahrensgestaltung durch Parteivertreter (nach geltendem Recht)

Diskussion

Kaffeepause 15.50 – 16.15 Uhr

Teil 2: 16.15 – 18.00 Uhr

- **em. Univ.-Prof. Dr. Hanns Prütting, Universität Köln**
Ökonomie des Verfahrensrechtes aus deutscher Sicht
- **Rechtsanwältin Hon.-Prof. Dr. Irene Welser**
Verfahrensökonomie aus anwaltlicher Sicht: Justice delayed is justice denied & more
- **Hofrat Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M., Wirtschaftsuniversität Wien**

Wege zu einer effizienteren Gestaltung von Zivilprozessen – Anregungen aus dem Außerstreit- und Schiedsverfahren

Diskussion

Mit freundlicher Unterstützung der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

Die Vortragsreihe wurde als gemeinsame Veranstaltung der RAK Wien und des juristisch-politischen Lesevereins als halbtägige Ausbildungsveranstaltung approbiert.

Die Teilnahme ist frei; Anmeldung erforderlich.

Anmeldung bitte bis zum 14. 5. 2019 unter office@jpleseverein.at

GERHARD BENN-IBLER

Der Autor ist Präsident des juristisch-politischen Lesevereins und ÖRAK-Ehrenpräsident.

Aus- und Fortbildung



Anwaltsakademie

APRIL 2019

AUSBILDUNG

Medienrecht – Persönlichkeitsschutz versus Meinungsfreiheit im Straf-, Zivil- und Mediengesetz anhand praktischer Fälle

8. und 9. 4. WIEN

Seminarnummer: 20190408–8

FORTBILDUNG

Die rechtliche Einordnung von Bitcoin & Co. – Haftungsfragen und rechtliche Risiken im Umgang mit Kryptowährungen und anderen Blockchain-Anwendungen

9. 4. GRAZ

Seminarnummer: 20190409–5

AUSBILDUNG

Seminarreihe Steuerrecht: 4. Umsatzsteuer

9. und 30. 4. WIEN

Seminarnummer: 20190409–8

FORTBILDUNG

Aktuelle Rechtsfragen des Anlegersrechts – Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag PRO und CONTRA

10. 4. WIEN

Seminarnummer: 20190410–8

FORTBILDUNG

Aktuelle Judikatur zu ausgewählten Fragen zur Rechtsschutzversicherung

11. 4. WIEN

Seminarnummer: 20190411–8

FORTBILDUNG

Fallstricke im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, dem Verwaltungs- und dem Verfassungsgerichtshof (einschließlich Steuern)

11. 4. FELDKIRCH

Seminarnummer: 20190411–7

AUSBILDUNG

Bauvertrag und Bauverfahren – Vertragsrecht, Vergaberecht und öffentliches Baurecht in der anwaltlichen Praxis

12. und 13. 4. WIEN

Seminarnummer: 20190412–8

AUSBILDUNG

Vom Liegenschaftsvertrag zum Grundbucheintrag – Vertragserrichtung von der Informationsaufnahme bis zur Verbücherung und Treuhandschaft

12. und 13. 4. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20190412–6

FORTBILDUNG

Hauptsache: Gekündigt! – Rechtswirksame Beendigung eines Hauptmietverhältnisses

24. 4. WIEN

Seminarnummer: 20190424–8

AUSBILDUNG

Der Zivilprozess – von der Klage bis zur Revision

25. bis 27. 4. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20190425–6

FORTBILDUNG

Aktuelle Judikatur und Rechtsentwicklung im Wirtschaftsrecht

26. und 27. 4. LINZ

Seminarnummer: 20190426–3

AUSBILDUNG

Insolvenzrecht – Grundbegriffe, Verfahrensabläufe, Sanierungsverfahren

26. und 27. 4. ST. GEORGEN I. A.

Seminarnummer: 20190426A-3

MAI 2019

AUSBILDUNG

Steuern und Abgaben aus juristischer Sicht – Grundbegriffe und Materien in der anwaltlichen Praxis

3. und 4. 5. DORNBIRN

Seminarnummer: 20190503–7

AUSBILDUNG

Leistungsstörungen – Gewährleistung und Schadenersatz anhand neuester Judikatur

3. 5. WIEN

Seminarnummer: 20190503–8

AUSBILDUNG**Die Liegenschaftsverträge –
Grundlagenwissen,
Vertragsrecht, Grundbuchsrecht und
Steuerrecht****3. und 4. 5. GRAZ**

Seminarnummer: 20190503–5

AUSBILDUNG**Seminarreihe Steuerrecht:
5. Gebühren nach dem GebG****7. 5. WIEN**

Seminarnummer: 20190507–8

FORTBILDUNG**Immobiliengeschäfte und ihre
steuerrechtlichen Auswirkungen –
Immobilienverkehrssteuer, Grunderwerbsteuer
und Gerichtsgebühren bei
Immobilien-Transaktionen****7. 5. WIEN**

Seminarnummer: 20190507–8

AUSBILDUNG**Der Anwalt und sein Honorar –
Anspruch, Vereinbarung und
Fälligkeit anhand praktischer Beispiele****9. und 10. 5. WIEN**

Seminarnummer: 20190509–8

AUSBILDUNG**Das Umgründungsrecht –
Rahmenbedingungen,
Durchführung, zivil- und steuerrechtliche
Folgen****9. und 10. 5. WIEN**

Seminarnummer: 20190509A-8

AUSBILDUNG**Das Unternehmen im World Wide Web –
Aktuelle Haftungsfragen bei Homepage,
E-Commerce und Social Media****10. und 11. 5. INNSBRUCK**

Seminarnummer: 20190510–6

AUSBILDUNG**Erfolgreich kommunizieren mit Mandanten****10. und 11. 5. ATTERSEE**

Seminarnummer: 20190510–8

AUSBILDUNG**Arbeits- und Sozialrecht –
Grundzüge für die anwaltliche Praxis****10. und 11. 5. GRAZ**

Seminarprogramm: 20190510–5

FORTBILDUNG**Anti-Geldwäscherei-Compliance
für Kanzleimitarbeiter – Erkennung,
Sorgfaltspflichten, Risikomanagement****10. 5. GRAZ**

Seminarnummer: 20190510–5

FORTBILDUNG**Social Media & Recht –
Best Cases für den anwaltlichen Alltag****13. 5. GRAZ**

Seminarnummer: 20190513–5

AUSBILDUNG**Das Zivilverfahren –
Von der Klage bis zum Revisionsrekurs****16. bis 18. 5. ATTERSEE**

Seminarnummer: 20190516–3

AUSBILDUNG**Kartellrecht – das Recht gegen
Wettbewerbsbeschränkungen****16. und 17. 5. WIEN**

Seminarnummer: 20190516–8

FORTBILDUNG**Elternteilzeit unter besonderer
Berücksichtigung der mit 1. 1. 2016 in Kraft
getretenen Novelle zum MSchG und VGK und
der neuesten Judikatur zum Thema
Elternteilzeit und zum Kündigungs- bzw
Entlassungsschutz zum MSchG****16. 5. LINZ**

Seminarnummer: 20190516–3

FORTBILDUNG**Betriebswirtschaftlicher Sanierungsleitfaden
unter Beachtung wesentlicher Judikatur
und gesetzlicher Rahmenbedingungen****20. 5. WIEN**

Seminarnummer: 20190520–8

Aus- und Fortbildung

FORTBILDUNG**Die Praxis des Bauträgervertragsgesetzes:
Von der Planung bis zur Umsetzung
von Bauträgerprojekten**

21. 5. WIEN

Seminarnummer: 20190521-8

AUSBILDUNG**Schriftsätze im Zivilprozess**

23. und 24. 5. WIEN

Seminarnummer: 20190523-8

AUSBILDUNG**M&A – Die Rolle des Anwalts beim
Unternehmens- und Anteilskauf**

24. und 25. 5. WIEN

Seminarnummer: 20190524-8

AUSBILDUNG**Steuern und Abgaben aus juristischer Sicht –
Grundbegriffe und Materien in der
anwaltschaftlichen Praxis**

24. und 25. 5. ATTERSEE

Seminarnummer: 20190524-3

AUSBILDUNG**Das neue Erb- und Außerstreitrecht –
Erbrecht und Erbfolge, Pflichtteil,
Verlassenschaftsverfahren und Nachfolge**

24. und 25. 5. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20190524-6

FORTBILDUNG**Grunderwerbsteuer Selbstberechnung
für Praktiker – Praktikerseminar zur
Selbstberechnung der Grunderwerbsteuer
seit 1. 1. 2016, Grundstückswertverordnung
und die praktische Umsetzung in FinanzOnline**

27. 5. WIEN

Seminarnummer: 20190527-8

FORTBILDUNG**DSGVO-BrushUp: Erfahrungen, Best Practices
und aktuelle Neuerungen**

29. 5. GRAZ

Seminarnummer: 20190529-5

FORTBILDUNG**Ärztshaft-Pflicht: Aktuelle Judikatur des OGH –
Eine juristische Reise vom Erstgespräch und
von der Behandlung bis zur Schlichtungsstelle
der Ärztekammer und zum Gericht**

29. 5. WIEN

Seminarnummer: 20190529-8

JUNI 2019**FORTBILDUNG****„Der Oberste Gerichtshof hat entschieden ...“
– Neueste Entwicklungen in der Judikatur
des OGH in Strafsachen**

3. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190603-8

FORTBILDUNG**Beschlüsse der Wohnungseigentümer
und deren Anfechtbarkeit**

4. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190604-8

FORTBILDUNG**DSGVO-BrushUp: Erfahrungen,
Best Practices und aktuelle Neuerungen**

5. 6. INNSBRUCK

Seminarnummer: 20190605-6

FORTBILDUNG**Architekten, Ingenieurkonsulenten & Co –
vertragliche Regelungen im Bauprojekt
erfolgreich anwenden!**

12. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190612-8

AUSBILDUNG**Die Ehescheidung und ihre
praktischen Rechtsfolgen –
von Unterhaltspflicht bis Güteraufteilung**

14. und 15. 6. INNSBRUCK

Seminarnummer: 201906014-6

FORTBILDUNG**Das neue Bundesvergabegesetz 2018 –
Ausschreibung | Angebotslegung,
-Öffnung und -Prüfung | Rechtsschutz**

17. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190617-8

AUSBILDUNG**Seminarreihe Steuerrecht:
6. Finanzstrafrecht**

18. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190618-8

AUSBILDUNG**Die bürgerlichen Freiheiten und
ihre rechtliche Absicherung –
Grundrechte in der aktuellen Judikatur
von VfGH, EuGH und EGMR**

21. und 22. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190621-8

AUSBILDUNG**Besonderheiten der Verteidigung
von Sexualdelikten**

24. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190624-8

FORTBILDUNG**Anti-Geldwäscherei-Compliance für
Kanzleimitarbeiter –
Erkennung, Sorgfaltspflichten,
Risikomanagement**

28. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190628-8

FORTBILDUNG**Immobilieneschäfte und ihre
steuerrechtlichen Auswirkungen
– Immobilienertragssteuer,
Grunderwerbsteuer und
Gerichtsgebühren bei
Immobilien-Transaktionen****Warum Sie teilnehmen sollten:**

Ziel des Seminars ist es, die aktuellsten Entwicklungen im Bereich der Besteuerung betrieblicher und privater Grundstücksveräußerungen, der Grunderwerbsteuer und der Gerichtsgebühren aus der Sicht des Praktikers darzustellen. Dabei werden die neuesten gesetzlichen Änderungen dargestellt und auf aktuelle Rechtsprechung und Verwaltungspraxis eingegangen (BMF-Erlässe).

Referenten: Univ.-Prof. MMag. Dr. *Christoph Urtz*, Universität Salzburg – Fachbereich für Öffentliches Recht/Finanzrecht; RA in Wien

AUSBILDUNG**Das Unternehmen im World Wide Web –
Aktuelle Haftungsfragen bei Homepage,
E-Commerce und Social Media**

28. und 29. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190628-8

AUSBILDUNG**Das Exekutionsrecht in Fallbeispielen –
Grundlagen, Exekutionsmittel,
Durchsetzungsstrategien
und einstweilige Verfügungen**

28. und 29. 6. WIEN

Seminarnummer: 20190628A-8

AUSBILDUNG**Zivilrechtliche Probleme des Bauens:
Claimmanagement und Bauprozess in der
Praxis**

28. und 29. 6. GRAZ

Seminarnummer: 20190628-5

Dr. *Andrei Bodis*, Bundesministerium für Finanzen – Abteilung VI/6 Einkommen- und Körperschaftsteuer
Termin: 7. Mai 2019 = 2 Halbtage
Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE
Seminarnummer: 20190507A-8

FORTBILDUNG**Anti-Geldwäscherei-Compliance
für Kanzleimitarbeiter –
Erkennung, Sorgfaltspflichten,
Risikomanagement****Warum Sie teilnehmen sollten:**

Rechtsberatende Berufe unterliegen einer strengen Anti-Geldwäscherei-Compliance. Mit der 4. EU-Geldwäscherei-RL und deren innerstaatlicher Umsetzung in der RAO wurden die Berufspflichten zuletzt weiter verschärft. Mittlerweile steht bereits die Umsetzung der neuen 5. EU-Geldwäscherei-RL an.

Aus- und Fortbildung

Seit dem „BRÄG 2016“ machen massive Sanktionsdrohungen (bis hin zu Geldstrafen von € 1.000.000,-) deutlich, dass für ausnahmslos jede Kanzlei Handlungsbedarf besteht. So hat jeder Anwalt seine Kanzlei risikobasiert zu durchleuchten und eine individuelle Risikoanalyse zu verfassen. Geeignete Strategien, Verfahren und Kontrollen haben die Anti-Geldwäscherei-Compliance intern sicherzustellen. Ein Risikomanagementsystem muss die Einhaltung der Identifizierungs-Anforderungen garantieren. Bei Geldwäscherei-Verdacht ist eine Meldung an die Behörde zu erstatten.

Verlässliche Mitarbeiter bilden das Rückgrat einer Anwaltskanzlei. Es ist daher wesentlich, dass alle Team-Mitglieder über das Wesen von Geldwäscherei und die beruflichen Rahmenbedingungen Bescheid wissen. Das Gesetz sieht in § 21 b RAO ausdrücklich vor, dass nicht nur das juristische Personal, sondern auch die sonstigen bei einem Rechtsanwalt Beschäftigten durch geeignete und angemessene Maßnahmen mit den Compliance-Bestimmungen der RAO vertraut zu machen sind.

IHR NUTZEN

Mit der Infopill „Geldwäscherei“ erfahren Kanzlei-Mitarbeiter eine grundlegende Schulung in dieser brisanten Materie. Ausgehend von praktischen Beispielen wird nicht nur erklärt, woran man Geldwäscherei erkennen kann, sondern auch, welche Pflichten den Rechtsanwalt und seine Mitarbeiter treffen. Neben dem „risikobasierten Ansatz“ wird dabei vor allem auf die tägliche Praxis und eine praktikable Umsetzung der Berufspflichten eingegangen.

Referent: Dr. *Alexander Wöß*, RA in Linz

Termin: 10. Mai 2019

Veranstaltungsort: **Graz**, Wohlfühlhotel Novapark

Seminarnummer: 20190510-5

FORTBILDUNG

Social Media & Recht – Best Cases für den anwaltlichen Alltag

Warum Sie teilnehmen sollten:

Milliarden Menschen weltweit nutzen Social Media Plattformen als Kommunikationsform, sowohl im privaten, als auch im unternehmerischen Bereich. Dieses Seminar soll nicht nur Erfolgskomponenten von Social Media unter anderem im Tätigkeitsbereich der Rechtsanwälte aufzeigen, sondern auch über rechtliche und faktische Konsequenzen bei Verwendung von Social Media-Instrumenten (etwa Facebook Plug-Ins oder Influencer Marketing via Instagram) informieren.

Im praktischen Teil der Veranstaltung erhalten Sie Tipps und Trends von einer in diesem Bereich etablierten Kommunikationsberaterin zu Nutzerverhalten, Kunden- und

Imagepflege, Öffentlichkeitsarbeit, Krisen-PR und Social Media Sensibilisierung der Mitarbeiter.

Der rechtliche Teil des Seminars beschäftigt sich mit dem Rechtsrahmen sowie mit aktueller Rechtsprechung nationaler und europäischer Gerichte. Behandelt werden unter anderem relevante Aspekte des Medien-, Wettbewerbs-, Daten-, Urheber- und Persönlichkeitsschutzrechts, sowie strafrechtliche und zivilrechtliche Konsequenzen ua bei Gewaltverherrlichung und Verhetzung. Besprochen werden sollen außerdem aktuelle Beispiele und Urteile zur Verantwortlichkeit von Plattformen und/oder Usern für Inhalte und (Falsch-)Informationen via Social Media.

Seminarleitung: Dr. *Arthur Stadler*, RA in Wien

Referenten: Dr. *Arthur Stadler*, RA in Wien

Petra Manninger, www.pm-pr.at – PR und Social Media Agentur

Mag. *Christina Stumpner-Trunk*, RAA in Linz

Termin: 13. Mai 2019 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Graz**, Wohlfühlhotel Novapark

Seminarnummer: 20190513-5

FORTBILDUNG

Elternteilzeit unter besonderer Berücksichtigung der mit 1. 1. 2016 in Kraft getretenen Novelle zum MSchG und V GK und der neuesten Judikatur zum Thema Elternteilzeit und zum Kündigungs- bzw Entlassungsschutz zum MSchG

Warum Sie teilnehmen sollten:

Steht jedem Arbeitnehmer/jeder Arbeitnehmerin Elternteilzeit zu, wenn er/sie in Kleinkind hat?

In welchem Umfang, mit welchen rechtlichen Konsequenzen?

Es ist nicht einfach, in einem Verfahren, wo die erste Instanz gleichzeitig die letzte ist, ohne die aktuellen Entscheidungen einsehen zu können, entsprechende Beratung und Vorbereitung zu leisten.

Dieses Seminar bietet Ihnen eine Übersicht über die aktuelle, auch erstinstanzliche Judikatur und begleitet Sie juristisch von der Geltendmachung der Elternteilzeit im Betrieb bis zum Vergleichsversuch und dem Verfahren vor Gericht.

Dieses Seminar ist nützlich für **Rechtsanwälte**, **Rechtsanwaltsanwärter** und für alle, die **leitende Funktionen in Betrieben** innehaben, und **Hausverwaltungen** (§ 134b ArbVG: Betriebsstand der gemeinsam verwalteten Häuser).

Referentin: VPräs. HR Univ.-Lektorin Dr. *Patricia Wolf*,
Richterin des ASG in Wien
Termin: 16. Mai 2019 = 1 Halbtage
Veranstaltungsort: **Linz**, AUSTRIA TREND HOTEL
SCHILLERPARK LINZ
Seminarnummer: 20190516A-3

FORTBILDUNG

Betriebswirtschaftlicher Sanierungsleitfaden unter Beachtung wesentlicher Judikatur und gesetzlicher Rahmenbedingungen

Warum Sie teilnehmen sollten:

Das Wirtschaftsrecht bietet für Unternehmen in Krisen mit Sanierungspotential Rahmenbedingungen zur Sanierung und Krisenbewältigung. Die Sanierung eines Unternehmens erfordert neben spezifischen Kenntnissen der relevanten Rechtsbereiche zusätzlich einschlägige betriebswirtschaftliche und steuerrechtliche Kenntnisse! Rechtsanwälte haben ihren Mandanten auf zivilrechtliche, strafrechtliche und betriebswirtschaftliche Rahmenbedingungen/Konsequenzen hinzuweisen, damit im Rahmen des Möglichen adäquate Schritte gesetzt werden können. Zunehmend geraten im Zuge von Wirtschaftsverfahren auch immer häufiger Wirtschaftsprüfer und Berater ins Visier der ermittelnden Behörden und Gerichte.

Ihr Nutzen:

Praxisdurchleuchtung von Kriterien, ab welchem Zeitpunkt ein Unternehmen als „Unternehmenssanierungscausa“ einstuftbar ist, inklusive ableitbarer Konsequenzen

Betriebswirtschaftliche Werkzeuge zur Beseitigung von Unternehmenskrisen einschließlich derzeit ableitbarer Grundsätze zur Realisierung positiver Unternehmenssanierungen (inkl auszugsweiser Durchleuchtung Leitfaden Fortbestehensprognose 2016, IDW S 6)

Positive nachhaltige Unternehmenssanierung unter Inanspruchnahme Insolvenzverfahren

Kurzdurchleuchtung Beispiele Sanierung von Unternehmen

Überblick über Insolvenzverfahren inklusive Ablauf Bericht-/Prüfungstagsatzung

Sanierungsplan

Übertragende Sanierung

Betriebswirtschaftliche Fragestellungen iZm Anfechtungen (Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung, Interpretation Fortbestandsprognosen, Anfechtung ungünstiger Rechtsgeschäfte etc)

Verwertung von Massevermögen

Grundlagen des Steuerrechts im Insolvenzverfahren

Steuerliche und bilanzielle Behandlung von ausgewählten Sanierungsmaßnahmen

Referenten: Ing. Mag. Dr. *Franz Balik*, Steuer- und Unternehmensberater (CMC), gerichtlich beeideter Sachverständiger

Mag. *Peter Kofler*, Prokurist, Steuerberater, Teamleiter

Termin: 20. Mai 2019 = 2 Halbtage

Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE

Seminarnummer: 20190520-8

FORTBILDUNG

Die Praxis des Bauträgervertragsgesetzes: Von der Planung bis zur Umsetzung von Bauträgerprojekten

Warum Sie teilnehmen sollten:

Die Abwicklung von Bauträgerprojekten mit einer Vielzahl an Vertragsparteien setzt ausgezeichnete Kenntnisse des Bauträgervertragsgesetzes und dessen praktischer Anwendung voraus. Fehleinschätzungen des Anwendungsbereichs und die falsche Strukturierung solcher Projekte bergen enormes Haftungspotential. Was muss man als Rechtsanwalt/Rechtsanwaltsanwärter dazu wissen? Nach einem halben Tag verstehen Sie die grundlegenden Konzepte und Begriffe des Bauträgerrechts und erhalten eine Einführung in die richtige Strukturierung von Bauträgerprojekten.

Referent: Mag. *Daniel Richter*, RA in Wien

Termin: 21. Mai 2019 = 1 Halbtage

Veranstaltungsort: **Wien**, HOTEL DE FRANCE

Seminarnummer: 20190521-8

Der Urkundenbericht im Strafprozess

Der Verfasser ist seit 2012 als Rechtsanwalt in Berlin zugelassen. Die Arbeit stellt die über 130-jährige Rechtsprechung zum Urkundenbericht dar, der in der StPO nicht ausdrücklich geregelt ist und deshalb von der Lehre überwiegend als unzulässig abgelehnt wird. Bisher fehlte eine dogmatische Auseinandersetzung mit diesem „Kind der Praxis“ und hat der Verfasser das Ergebnis in das System des Beweisrechts in der StPO eingearbeitet. Er definiert die Arbeit im Lichte des derzeitigen Anwendungsbereichs und liefert Denkanstöße zum Umgang mit den Urkundenbeweisen in der Hauptverhandlung.



Diese Doktorarbeit zeigt einen völlig atypischen Fall der österreichischen Gesetzgebung auf, weil im Jahre 2005 das „Selbstleseverfahren“ zu Gunsten des Urkundenberichts abgeschafft wurde und wir hier ausnahmsweise ein Vorbild für die deutsche Justiz sind.

Abschließend postuliere ich, dass es der österreichischen Justizpolitik ziemen würde, nicht immer hinter der deutschen Justizpolitik nachzuhinken, sondern in Erinnerung an die große Zeit der österreichischen Justizpolitik wieder dominanter zu werden. Allerdings ist dieser Wunsch eher theoretisch, weil, solange es die EU gibt, dort die Entscheidungen getroffen werden.

Der Urkundenbericht im Strafprozess.

Von *Ulrich Lehmann*. Schriften zum Prozessrecht, Band 251, Verlag Duncker und Humblot, Berlin 2018, 228 Seiten, br, € 82,20.

NIKOLAUS LEHNER

Strafprozessrecht

Seilers renommiertes Lehrbuch des Strafprozessrechts liegt nunmehr bereits in 17. Auflage vor. Dies bestätigt den großen Erfolg dieses Lernbehelfs, der sich – wie man vielerseits hört – bei Studenten der Rechtswissenschaft größter Beliebtheit erfreut.



Doch auch für den Praktiker ist es ein wertvoller Ratgeber, zumal das Lehrbuch (wie auch im Vorwort auf S 5 betont) in besonderem Maße die höchstgerichtliche Rsp zitiert.

Dabei spart der Autor aber nicht mit Kritik an selbiger:

Scharf kritisiert *Seiler* etwa, dass vielfach „die Anforderungen des OGH an die Ausführung einer Nichtigkeitsbeschwerde überspannt“ und Rechtsmittel „oft bereits an den von der Rsp selbst ge-

schaffenen, im Gesetz nicht vorgesehenen formalen Hürden“ scheitern würden (S 269, Rz 1025).

Sowie auch, dass der Anwendungsbereich des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z 5 a StPO (aus den Akten resultierende erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Schuldspruch zugrunde gelegten Tatsachen) von der Rsp bloß auf solche Fälle eingengt werde, in denen die Beweiswürdigung zu völlig lebensfremden Ergebnissen kommt (EvBl 2017/114). „Der OGH nimmt damit diesem für den Rechtsschutz wichtigen Nichtigkeitsgrund weitgehend seine praktische Bedeutung.“ (S 286, Rz 1087 aE).

In dem Zusammenhang kritisiert er auch, dass der ebenfalls in § 281 Abs 1 Z 5 a StPO enthaltene Aufklärungsmangel (wenn das Gericht seiner Pflicht zur amtswegigen Erforschung der Wahrheit nicht ausreichend nachgekommen ist und aktenkundige Beweisergebnisse außer Acht gelassen hat) nach der Rsp nur dann gegeben sei, wenn der Beschwerdeführer an einer auf die Sachverhaltsermittlung abzielenden Antragstellung in der HV gehindert war (EvBl 2002/58; EvBl 2005/71). Dem hält *Seiler* die Frage entgegen, wie der Beschuldigte, der ja in der HV das Urteil noch nicht kennen und daher nicht wissen kann, welche erheblichen Bedenken sich dagegen aus den Akten werden ergeben können, schon während der HV das Entstehen von Aufklärungsmängeln durch eine konkrete Antragstellung abzuwenden verpflichtet sein könne (Rz 1089).

Nachhaltig kritisiert *Seiler* auch die Praxis, dass Beschwerdegerichte im Beschwerdeverfahren nach §§ 87 ff StPO zu einer Bestätigung der bekämpften Entscheidung auch aus anderen oder zusätzlichen Gründen als den erstgerichtlich erwogenen gelangen können (AnwBl 2015/8409), was laut *Seiler* mit den Prinzipien einer fairen Verfahrensführung (Art 6 MRK) nicht vereinbar ist, denn auf die anderen oder zusätzlichen Gründen konnte der Beschwerdeführer ja in seiner Beschwerde nicht vorab Bezug nehmen, sodass er auch keine Gelegenheit hatte, sie im Vorhinein zu widerlegen (S 312, Rz 1191).

Interessant ist im Übrigen *Seilers* Stellungnahme zur Urteilsausfertigungsfrist (S 236, Rz 989) und – aus seiner Sicht damit korrespondierend – zur Fristverlängerung für die Rechtsmittelausfertigung (S 267, Rz 1019). *Seiler* meint, den Verteidigungsinteressen würde es entsprechen, wenn dem Beschuldigten für die Ausführung seines Rechtsmittels eine der gerichtlichen Fristüberschreitung bei der Urteilsausfertigung entsprechende Fristverlängerung (§ 285 Abs 2 StPO) zugestanden würde (S 267, Rz 1019 aE). In der Tat liegt ein (neulich auch von *Wolff* im Editorial des Anwaltsblatts 9/2018 [2018/183] treffend angesprochenes) Missverhältnis darin, dass Gerichte ihre Urteile unter Verletzung der Vorschrift der StPO ausfertigen können, ohne Sanktionen befürchten zu müssen, während Verfahrensbeteiligte rigorose Konsequenzen bei Fristversäumnissen zu befürchten haben. Gesetzlich ist dieses Problem ja ohnehin normativ erfasst, es müsste nur in der Rsp eine Konsequenz an Verletzungen des § 270 Abs 1 StPO geknüpft werden, denn

§ 270 Abs 1 StPO ist ja in Wahrheit keine Kann-Bestimmung, sondern eine Muss-Bestimmung. De facto zu einer Kann-Bestimmung ist sie nur dadurch geworden, dass sie häufig missachtet wird. Der von *Seiler* präsentierte Vorschlag wäre geeignet, dem Fairnessgebot zu entsprechen und der weit verbreiteten Folgenlosigkeit der Verletzung des § 270 Abs 1 StPO entgegenzuwirken. In diese Richtung weisen ja immerhin auch die Judikaturansätze (EvBl 2006/39; EvBl 2007/102), die im Überschreiten der Urteilsausfertigungsfrist eine Verletzung des Beschleunigungsgebots erblicken, worauf *Seiler* in Rz 989 auf S 236 hinweist.

Bei den Ausführungen zur Stellung des Privatanklägers (S 83, Rz 251), bei der *Seiler* hervorhebt, dass sie jener des Staatsanwalts ähnlich ist, wäre noch ein Eingehen auf die von *Tipold* im Salzburger Kommentar zum StGB (Rz 17 zu § 288) aufgestellte These aufschlussreich, den Privatankläger als Partei des Verfahrens von Aussagesanktionen zu befreien. Die herrschende Meinung ist ja, dass ein Privatankläger, weil er als Zeuge förmlich zu vernehmen sei (*Kirchbacher*, WK-StPO § 154 Rz 12 und § 247 Rz 8), nach § 288 Abs 1 StGB strafbar sein könne, zumal sich der Einschub „soweit nicht Partei“ in Abs 1 nur auf Auskunftspersonen beziehe (*Leukauf/Steininger/Zöchbauer/Bauer*, StGB § 288 Rz 3; ebenso *Plöchl/Seidl* im WK zu § 288). *Tipold* schlug vor, den Ausschlussgrund „soweit er nicht zugleich Partei ist“ auch auf Privatankläger zu beziehen. Das wäre sinnvoll, denn für den Privatankläger müsste etwas anderes gelten als für eine Person, die nur Zeuge ist, denn der Privatankläger ist ja – im Strafverfahren – Partei.

Insgesamt bietet das Werk nicht nur wertvolles Wissen, sondern – wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich – viele Anregungen zum vertiefenden Weiterdenken über die mitunter komplexen Aspekte des Strafprozessrechts!

Strafprozessrecht.

Von *Stefan Seiler*. 17. Auflage, Facultas Verlag, Wien 2018, 352 Seiten, br, € 34,-.

ADRIAN EUGEN HOLLAEENDER

Finanzstrafgesetz Band 1.

Wie das Vorwort ausführt, sind seit Erscheinen der Voraufgabe fünf Jahre vergangen. In dieser Zeit hat das Finanzstrafgesetz elf Novellierungen erfahren (Stand: April 2018). Ebenfalls geändert hat sich die Zusammensetzung der Autorenmannschaft, welche nunmehr von *Elisabeth Köck* (Fachbereich Steuerfahndung im BMF), *Stefanie Judmaier* (Finanzstrafrechts-Legistin im BMF), *Michael Kalcher* (Fachvorstand im Zollamt St. Pölten, Krems, Wiener Neustadt) sowie *Marcus Schmitt* (OSTA bei der WKStA in Wien) gebildet wird. Dies bedeutet nichts anderes als eine vollständige Auswechslung des Autorenteam, welches

in der Voraufgabe noch aus *Franz Reger* (BMF), *Hagen Nordmeyer* (Hofrat des OGH), *Alfred Hacker* (BMF) und *Yoko Kuroki* (Weiland BMF, mittlerweile Richter am BVwG) bestanden hatte.



Nicht geändert hat sich also, dass keiner der Autoren dem Berufsstand der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer oder dem Berufsstand der Rechtsanwälte entstammt. Sehr wohl geändert hat sich hingegen, dass auch der letzte Vertreter der Rsp sich aus dem Autorenteam verabschiedet hat. Daher entstammen nunmehr sämtliche Autoren der Sphäre der Verfolger, nämlich entweder der Finanzverwaltung (*Köck*, *Judmaier*, *Kalcher*) oder der Staatsanwaltschaft (*Schmitt*).

In der Art seiner Aufbereitung des Rechtsstoffes folgt vorliegendes Werk jener Art und Weise der Aufbereitung, welche auch in anderen Kommentaren aus dem Linde-Verlag gewählt wurde: Dem Normtext jeder Bestimmung folgt eine meist sehr ausführliche Kommentierung, welcher ein Abschnitt mit Leitsätzen aus der Rsp nachfolgt. Unmittelbar nach dem Normtext einer jeden Bestimmung wird ein Verzeichnis der Kommentierung, welche sich an den einschlägigen Randzahlen orientiert, sowie eine Gliederung der Rechtsprechungsnachweise, welche sich meist an den Absätzen der erläuterten Norm orientiert, geliefert. Da das vorliegende Werk in zwei Bänden erscheint, ist die Tiefe der Bearbeitung um einiges größer als im einbändigen Werk von *Seiler/Seiler*, jedoch bringt diese Ausführlichkeit der Darstellung freilich auch mit sich, dass der „Reger“ nicht mehr in einer durchschnittlichen Aktentasche unterzubringen ist.

Was seinen Inhalt angeht, so befindet sich der Kommentar auf dem Stand von April 2018. Auch kurz vor Redaktionsschluss eingetretene Änderungen der Rsp, wie etwa die E des OGH, mit welcher dieser von seiner bisherigen Rsp vom Zurücktreten in das Versuchsstadium abrückte (11. 10. 2017, 13 Os 79/17t), sind eingearbeitet. Was angesichts der Zusammensetzung bzw der beruflichen Provenienz des Autorenteam freilich nicht verwundern kann, ist, dass Praxistipps bzw Hinweise für den Rechtsanwender vornehmlich aus der Verfolgerperspektive und für die Verfolgungstätigkeit geliefert werden (vgl zB § 29 Rz 18, Abs 1 der Kommentierung aE).

Besonders lobend hervorzuheben ist, dass die Kommentierung zu jenen Deliktstatbeständen, denen zollrechtliche Verfehlungen zu Grunde liegen, zB § 35 FinStrG (Schmuggel bzw Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben), § 36 FinStrG (Verzollungsumgehung bzw grob fahrlässige Verkürzung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben) und § 37 FinStrG (Abgabenhehlerei) die abgabenrechtlichen (also insb zollrechtlichen) Fundamente der Blankettstatbestände mit aufbereitet. Gerade im Zollbereich wird diese Art der Aufbereitung des Rechtsstoffes den Kommentator zu diesen Bestimmungen vielen Benutzern erst praktisch

nützlich machen, wofür dem Autor (*Judmaier*) ein besonders großes Kompliment auszusprechen ist.

Im Allgemeinen bestechen die Beiträge sämtlicher der vier Autoren durch nachvollziehbare Struktur, zahlreiche Nachweise auf Rsp und Lehre sowie durch nützliche Querverweise auf andere Passagen des Buches. Für den regelmäßig im Finanzstrafrecht tätigen Praktiker handelt es sich beim vorliegenden Werk zweifellos ohnehin um einen Pflichtkauf. Der Verteidiger wird aus ihm insb regelmäßig auch die Sicht seines Widerpartes im Verfahren erahnen können, was ihn wohl auch für den Gelegenheits-Finanzstrafrechtler interessant machen wird. Angesichts des Befundes, dass die aktuelle Kommentarliteratur zum Finanzstrafgesetz mittlerweile fast ausschließlich von fiskaler Seite geprägt wird (wozu auch vorliegendes Werk einen nicht unerheblichen Beitrag leistet), erschien ein aus der Feder von Parteienvertretern stammender Kommentar freilich als ein wünschenswertes, derzeit jedoch leider nicht bestehendes Gegengewicht. Für diese Lücke, welche mehr und mehr als Mangel bezeichnet werden muss, trifft die Autoren des vorliegenden Werkes freilich keine Verantwortung.

Den Autoren ist für ihre sorgfältige und wohlstrukturierete Aufbereitung des Rechtsstoffes im vorliegenden Kommentar ein großes Kompliment auszusprechen. Für alle am Finanzstrafrecht Interessierten kann daher eine Kaufempfehlung ausgesprochen werden.

Finanzstrafgesetz Band 1.

Von *Elisabeth Köck/Stefanie Judmaier/Michael Kalcher/Marcus Schmitt* (Hrsg). 5. Auflage. Linde Verlag, Wien 2018, 1.358 Seiten, geb, € 178,-.

FELIX KARL VOGL

Erwachsenenvertretung

Das neue Erwachsenenschutzrecht ist am 1. 7. 2018 in Kraft getreten und damit ist auch die herkömmliche Sachwalterschaft aus dem Rechtsbestand entsorgt. An deren Stelle soll nunmehr eine „zeitgemäße Rechtsfürsorge“ treten und mit einer Kombination aus mehreren Instrumenten dem Faktum gerecht werden, dass die alternde Gesellschaft entsprechenden Bedarf aufweist. Inhaltlich jedenfalls zu begrüßen ist die Intention der Reform, die Autonomie der betroffenen Person so lang und so gut wie möglich zu wahren.



Für Publikationen besteht daher ebenso Bedarf, zumal die einzelnen Instrumente (Eintragung von Vertretungsverhältnissen im zentralen Vertretungsverzeichnis nunmehr auch durch Rechtsanwälte ermöglicht!) und teilweise neuen Verfahrensarten und das Zusammenwirken der Erwachsenenvereine mit dem Gericht (Stichwort „verpflichtendes

clearing“) doch einige wesentliche Neuerungen bringen, wobei an den Übergangsbestimmungen ua doch sehr wesentlich ist, dass alle vor dem 1. 7. 2018 errichteten Vorsorgevollmachten ihre Gültigkeit behalten, aber ab dem 1. 7. 2018 neues Recht für alle Vorsorgevollmachten gilt.

Wenn dann auch noch die sozialrechtlichen Implikationen wie insb Geldleistungen und Organisation der Pflege im gleichen Buch mitbehandelt werden, hat man bereits alles zur Verfügung, was im Anlassfall jedenfalls zu beachten sein wird. Einige Muster im Anhang bieten zudem schon erste Anleitung und die gesamte einschlägige neue Rechtslage wird im weiteren Anhang ebenfalls wiedergegeben.

Erwachsenenvertretung.

Von *Irene Müller/Margot Prinz/Ilse Zapletal*. 1. Auflage, NWV Verlag, Wien 2018, 364 Seiten, br, € 28,80.

WOLFGANG KROPF

Erwachsenenschutzrecht

Im Rahmen der Schriftenreihe der Österreichischen Gesellschaft für Familien- und Vermögensrecht erschien dieser Sammelband mit Beiträgen zum 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, das Mitte letzten Jahres in Kraft trat. Die (bereits durch zahlreiche hervorragende zivilverfahrensrechtliche Werke bekannte) Herausgeberin *Deixler-Hübner* und ihr durch unternehmens- und gesellschaftsrechtliche Publikationen umfassend ausgewiesener Co-Herausgeber *Schauer* haben darin – einer Fachtagung zum neuen Erwachsenenschutzrecht entstammende – Beiträge führender Experten editiert. Diese geben einen hervorragenden Einblick in die gegenständliche Rechtsmaterie, die kürzlich vom Gesetzgeber umfassend reformiert wurde. Das Ziel dieser Reform war die Stärkung der Privatautonomie der Betroffenen und die Stützung auf die sog vier Säulen: Vorsorgevollmacht, gewählte, gesetzliche und gerichtliche Erwachsenenvertretung.



In der Einführung stellt *Kathrein* die Gesetzesreform und deren grundlegendes Konzept vor. Von praktischer Bedeutung sind seine Ausführungen zur Auswahl und Dauer der Vertretung (§ 12 f).

Sodann stellt *Barth* in seinem sehr fundierten Beitrag das neue Konzept der Handlungsfähigkeit und die vier Säulen im Erwachsenenschutzrecht dar. Besonders hervorhebenswert sind seine Ausführungen zur durch § 274 ABGB vorgezeichneten „Eignungspyramide“ (§ 29).

Weitzenböck behandelt das gerade für den rechtsanwaltlichen Arbeitsalltag besonders wichtige Thema der Vorsorgevollmacht. Er analysiert dabei auch mit dogmatischer Schärfe die Bedeutung der erweiterten Pflicht zur Berück-

sichtigung der Wünsche der vertretenen Personen und gelangt zum Ergebnis, dass diese auch bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Vertretung etwa in Angelegenheiten der Wohnortwahl zu anderen Ergebnissen führen müsse als nach der alten Rechtslage (S 37).

Deixler-Hübner widmet ihren Beitrag dem Erwachsenenschutz in der Personensorge und untersucht darin den gesamten Themenbereich eingehend. Besonders bedeutsam ist der Hinweis auf § 250 ABGB als *die* zentrale Norm bei der Vertretung in personenrechtlichen Angelegenheiten, wonach ein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter – nebst den weiteren Voraussetzungen – nur dann tätig werden kann, wenn die vertretene Person keine Ablehnung der Vertretungshandlung zu erkennen gibt (S 60). Allerdings sind einschränkende Vertretungshandlungen insoweit zulässig, als dadurch eine erhebliche Gefährdung der vertretenen Person verhindert werden kann (S 61, unter Hinweis auf *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht 85f). Sehr wichtig sind auch die Erläuterungen zur Beziehung eines Unterstützterkreises bei fehlender bzw. zweifelhafter Entscheidungsfähigkeit (S 72f unter Bezugnahme auf § 252 ABGB): Kommt der Behandler zur Auffassung, dass der Patient nicht entscheidungsfähig ist bzw. bestehen Zweifel an dessen Entscheidungsfähigkeit, so hat sich der Arzt bzw. Behandler nachweislich um die Beziehung eines (ua Angehörige umfassenden) Unterstützterkreises zu bemühen.

Schauer befasst sich mit dem Thema Erwachsenenschutz und Unternehmensrecht. Dabei geht er auf die interessanten Fragen ein, welche Gesellschafterrechte durch einen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter ausgeübt werden können und welche Möglichkeiten zum Schutz der Mitgesellschafter vor einer Intervention durch solche Vertreter besteht. Diese Fragen erörtert er für die wichtigsten Gesellschaftsformen (S 89ff).

Bollenberger analysiert Erwachsenenschutz und Bankgeschäfte und steigt in das Thema praxisnah mit einem Beispiel ein (S 101), aus dem heraus er sodann die einzelnen rechtlichen Überlegungen scharfsinnig entfaltet und in der Folge noch auf weitere bankrechtliche Themen eingeht.

Am Ende des Buches findet sich eine von *Rott* verfasste kurze Stellungnahme aus Sicht eines Erwachsenenschutzvereins.

Insgesamt bietet das Buch einen exzellenten Überblick über die behandelte Rechtsmaterie, bezüglich derer zu hoffen steht, dass sie nach der Neuordnung durch den Gesetzgeber tatsächlich die Eigenbestimmung der Betroffenen stärkt und der Fremdbestimmung – insb jener durch vom Betroffenen nicht selbst gewählte und ihm fremde Vertreter – künftig (deutlichere) Grenzen setzt.

Erwachsenenschutzrecht.

Von *Astrid Deixler-Hübner/Martin Schauer* (Hrsg.). Band 1, Verlag Manz, Wien 2018, VIII, 118 Seiten, br, € 28,80.

ADRIAN EUGEN HOLLAENDER

GmbHG Kommentar

Nunmehr ist die 2. Auflage des Kommentars *Gruber/Harrer*, vorher *Gelis* Kommentar zum GmbH-Gesetz, herausgekommen. Diverse Autoren aus Forschung und Lehre und der Praxis haben einen äußerst praxisorientierten und übersichtlichen Kommentar zusammengestellt, so dass ein exzellentes Nachschlagewerk entstanden ist.



Vor Beginn der Kommentierung eines jeden Paragraphen ist eine Übersicht der Literatur zu finden, in der Kommentierung sind die einzelnen Punkte durch eine erhebliche Anzahl von Fußnoten, die beim Weiterforschen helfen, untermauert.

Im Zuge der Restrukturierung von GmbHs stellt sich oft die Frage, ob durch die Einbringung von Sacheinlagen das Grundkapital erhöht und somit die Bilanz verbessert werden kann. Die Kommentierung von *Zollner* zu § 6 GmbHG ist eine exzellente Handlungsanleitung hierfür, für die Geltendmachung von Ansprüchen oder der Abwehr dieser aus Sachgründungen eignet sich diese Kommentierung ebenfalls hervorragend.

Die eher unbekannteste Bestimmung des § 24a GmbHG über die Auskunftspflicht der Geschäftsführer auch nach Beendigung der Organstellung ist auch anhand dieser ausführlichen und übersichtlichen Kommentierung eine Pflichtlektüre.

Die Kommentierung der Bestimmungen über die Generalversammlung und insb auch über die Anfechtungen sind gerade auch im Zuge der Internationalisierung der österreichischen Wirtschaft von Bedeutung, und daher stellen sich oft die Fragen, wie eine grenzüberschreitende Verschmelzung vonstatten gehen kann. Diesbezüglich ist auf die Kommentierung des Anhangs zu § 101 EU-VerschG zu verweisen. Diese ist äußerst informativ und übersichtlich.

Diese ausgewählten Beispiele sind nur eine kleine Auswahl. Aus haptischen Gründen wünscht sich der Rezensent für die nächste Auflage die Aufteilung in zwei Bände.

GmbHG Kommentar.

Von *Michael Gruber/Friedrich Harrer* (Hrsg.). 2. Auflage, Linde Verlag, Wien 2018, XLII, 2.346 Seiten, geb, € 348,-.

WOLF-GEORG SCHÄRF

Bilanzposten-Kommentar

Vergleichsweise selten ist es der Fall, dass der Kanon der juristischen Fachliteratur um Werke bereichert wird, denen ein völlig neues Konzept der Aufbereitung des Rechtsstoffes zu Grunde liegt. Umso mehr darf die juristische Fachgemeinde sich daher über das Erscheinen des vorliegenden Werkes freuen. Der von den Herausgebern *Sabi-*

ne *Kanduth-Kristen* (Steuerberaterin und Univ.-Prof. in Klagenfurt) sowie von *Gudrun Fritz-Schmied* (ao. Univ.-Prof. in Klagenfurt) vorgelegte „Bilanzposten-Kommentar“ stellt sogar in zweierlei Hinsicht eine Neuerung dar: Zum einen orientiert sich die Kommentierung der unternehmensrechtlichen Vorschriften an der Gliederung der Bilanz, zum anderen nimmt die Kommentierung eines jeden Bilanzpostens konsequent auf die steuerlichen Vorschriften und auf eine allenfalls notwendige steuerliche Mehr-Weniger-Rechnung Bezug.



Dabei besticht der vorliegende Kommentar nicht nur durch dieses neue und in Österreich bislang einzigartige Konzept, sondern auch durch die Autorenränge, welche getrost zum erweiterten „Who is Who“ des österreichischen Unternehmens- und Steuerbilanzrechts gezählt werden kann.

Auch jene Einrichtungen, welche dem Benutzer des Kommentars das Leben erleichtern wollen, verdienen besondere Behandlung: Eine kurz und knackig gehaltene Inhaltsübersicht wird durch ein äußerst umfangreiches und detailliertes Inhaltsverzeichnis ergänzt, welches ein seitengenaues Auffinden aller Abschnitte und Unterabschnitte des Kommentars ermöglicht und mehr als 50 Seiten umfasst. Gegliedert ist der Kommentar in drei große Teile, deren erster die Bilanzposten als solche behandelt und mehr als 700 Druckseiten umfasst. Teil 2 behandelt „ergänzende Bestimmungen“ wie latente Steuern, den Umgründungsmehrwert, das Umsatzkostenverfahren, den Lagebericht, den Corporate Governance-Bericht und den Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen. Teil 3 umfasst ausschließlich das das „ABC der Begriffe“ genannte Stichwortverzeichnis, welches sich über mehr als 55 Seiten erstreckt und die Benutzung des Kommentars nicht nur erleichtert, sondern dem gesamten Buch einen äußerst hohen Mehrwert verschafft. Das Buch befindet sich auf dem Stand des RÄG 2014 und beinhaltet außerdem die Neuerungen der Steuerreform 2015/2016 und des Abgabenänderungsgesetzes 2016.

Mehrwert verschafft das Buch nicht nur aufgrund seines völlig neuen Konzeptes, sondern auch aufgrund der vielen Quer- und Weiterverweise, welche es dem Benutzer ermöglichen, die Zusammenhänge zwischen den großen und kleineren Überschriften im „Uhrwerk Bilanz“ zu erkennen und zu verstehen. Auch dem gestandenen Bilanzrechtler mag dabei hin und wieder ein Zusammenhang vor Augen geführt werden, an den er selbst so noch nicht gedacht hat. Das sich immer schneller drehende Rad von Gesetzesnovellen erlaubt es heutzutage immer weniger, umfassendere Novellierungen jener Gesetze, die für Rechnungslegung und Steuerrecht von zentraler Bedeutung sind, auch umfassend zu verinnerlichen – in der Hektik des Arbeitsalltages fehlt dazu in der Regel schlicht die Zeit. Jenem, der deshalb den Überblick zu verlieren droht, hilft der vorliegende Bilanz-

posten-Kommentar, sein Systemverständnis aufzufrischen und eben genau jene Zusammenhänge nicht zu übersehen, auf die es in Theorie und Praxis ankommt.

Die Herausgeber- und Autorenmannschaft kann auf ihr Werk nicht nur stolz sein, sondern sich auf ihre Fahnen schreiben, das System des österreichischen Unternehmensbilanz- und Steuerbilanzrechts durch ihr Werk auf ein stabileres Fundament gestellt zu haben.

Bilanzposten-Kommentar.

Von *Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied* (Hrsg.). 1. Auflage, Linde Verlag, Wien 2017, 972 Seiten, geb., € 178,-.

FELIX KARL VOGL

Verwaltungsverfahrensrecht

Das vorliegende Werk führt den Leser durch das gesamte Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und auch vor den Verwaltungsgerichten. Dabei stellt es den Normbestand anschaulich dar und gibt die Rsp und Fachliteratur prägnant wieder, sodass solcherart sowohl dem professionellen Rechtsanwender als auch dem Studierenden eine hervorragende Grundlage vermittelt wird. Schriftsatzmuster im Anhang (S 631 ff) bieten weitere wertvolle Lern- und Arbeitsbehelfe.



Aus dem reichhaltigen Inhalt des Buches ist vieles hervorzuheben. So etwa die auf S 56 in Rz 42 referierte Kritik am Judikaturstandpunkt, dass der Verkündung und Ausfertigung von Prüfungszeugnissen kein Bescheidcharakter zukomme. Das stützt sich auf Art I Abs 3 Z 6 EGVG, der aber, genau besehen, nur die Durchführung von Prüfungen von den Verfahrensgesetzen ausnimmt, jedoch nichts über den Rechtscharakter von Prüfungen aussagt.

Erwähnenswert ist auch der auf S 59 in Rz 52 erörterte Umstand, dass mit der Novelle BGBl I 2018/57 in Bezug auf die Verfolgung von Schwarzfahrern die Möglichkeit einer Identitätsfeststellung nach dem neuen § 34b VStG geschaffen wurde. Dies ergänzt die bis dahin in Betracht kommende, in Rz 806 ff erläuterte Festnahme nach § 35 VStG durch ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes bei Betretung auf frischer Tat. Nach Auffassung des OGH (15 Os 71/07s) eröffnete allerdings bereits vor der Novelle das private Selbsthilferecht nach § 344 ABGB die Möglichkeit einer kurzfristigen Anhaltung von Schwarzfahrern zur Identitätsfeststellung (S 60).

Kritisch ist die (auf S 101 und 102 in Rz 119 dargestellte) Regelung des § 13 AVG zu sehen, dass die Einbringung schriftlicher Anbringen an eine Behörde zwar in jeder technisch möglichen Form zulässig ist, per E-Mail jedoch nur insoweit, als für den elektronischen Verkehr nicht besonde-

re Übermittlungsformen vorgesehen sind. Das ist für den Rechtsunterworfenen oftmals unklar, und die Bestimmung, dass die Behörde organisatorische Beschränkungen im Internet bekanntzumachen hat (§ 13 Abs 2 AVG), hilft mitunter mangels Auffindbarkeit auch nicht weiter.

Bei den Ausführungen zum Verwaltungsvollstreckungsgesetz auf S 515 ff wären noch einige Hinweise auf Fälle der Vollstreckungsunzulässigkeit sinnvoll, die über den auf S 516 dargestellten Fall der Gegenstandslosigkeit eines Abtragungsauftrags bei nachträglicher Erteilung der erforderlichen Baubewilligung für ein konsenslos errichtetes Gebäude hinausgehen, wie etwa die nach der Judikatur (VwSlgNF 7114 A) bereits durch Einbringung eines (neuen) Antrags auf Baubewilligung eintretende Hemmung der Vollstreckbarkeit eines bestehenden Abbruchbescheids oder die Unzulässigkeit einer Vollstreckung durch Mängel des Vollstreckungsverfahrens (*Herrnritt*, Das Verwaltungsverfahren 240), durch Exterritorialität (*Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrenrecht⁸ Rz 995) oder durch sonstige Änderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse (VwSlgNF 8416A).

Besonders interessant sind schließlich die Ausführungen zum Verfahren vor den Verwaltungsgerichten: Obwohl diese kassatorisch entscheiden und die von ihnen behandelten Rechtssachen an die bescheiderlassende (Erst-) Behörde zurückverweisen dürfen (S 577, Rz 1062), machen sie davon kaum Gebrauch. Das führt de facto zu einer Verlagerung des Ermittlungsverfahrens in die Beschwerdeinstanz. Denn wenn der erstinstanzlichen Behörde Verfahrensfehler unterlaufen – etwa indem sie berechtigte Beweisanträge zu Unrecht übergeht –, dann führt das nicht zu einer Aufhebung und einem neuen Rechtsgang, sondern zur Nachholung des Unterlassenen durch das Verwaltungsgericht. Dies veranlasst die erstinstanzlichen Behörden in wachsendem Maße zu allzu leichtfertigen Nachlässigkeiten.

Es ist auch rechtsstaatlich problematisch. Man stelle sich folgenden Fall vor: Ein begründungsloser (und damit krass mangelhafter) Bescheid einer erstinstanzlichen Behörde würde durch einen begründeten Bescheid des Beschwerdegerichts ersetzt. Die Verfahrenspartei hätte dann nicht den gleichen Umfang an Rechtsmittelmöglichkeiten, wie wenn bereits die erste Instanz eine im Beschwerdezug allenfalls mehrfach überprüfbare Begründung gegeben hätte.

Ein weiteres Problem ist, dass Verwaltungsgerichte angefochtene Bescheide oftmals „nach Maßgabe“ bestätigen. Das heißt, sie stellen der Sache nach fest, dass der Bescheid falsch und die dagegen gerichtete Beschwerde richtig ist und ändern den Spruch ab, aber geben der Beschwerde dennoch nicht Folge (weil sie den Bescheid eben nach Maßgabe der Änderung bestätigen). Auch das sind Konsequenzen des gängigen Verständnisses der Handhabung der meritorischen Entscheidungskompetenz der Verwaltungsgerichte.

Am problematischsten überhaupt ist schließlich die Regelung, dass im Administrativbeschwerdeverfahren kein Verbot der *reformatio in peius* vorgesehen ist, sodass eine vom Beschwerdeführer angefochtene Entscheidung auch zu seinem Nachteil abgeändert werden kann (S 576).

All das zeigt das vorliegende Werk in ebenso kompetenter wie fundierter Weise auf und erschließt so dem Leser das Verständnis für die guten wie auch die schlechten Seiten des herrschenden Verwaltungsverfahrensrechts.

Verwaltungsverfahrenrecht.

Von *Johannes Hengstschläger/David Leeb*. 6. Auflage. Facultas Verlag, Wien 2018, 686 Seiten, br, € 56,-.

ADRIAN EUGEN HOLLAENDER

Europäisches Unionsrecht

Auf immerhin 1.665 Seiten bieten die deutschen Professoren *Vedder* und *Heintschel von Heinegg* als Herausgeber einen „Handkommentar“, der in 2. Auflage EUV, AEUV samt Protokollen und Anhängen vollständig darstellt und auch kommentiert.



Ergänzend ist der Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom) mit Kommentierung enthalten. Dazu kommt die Europäische Grundrechtecharta (GRC), die auch aus österreichischer Sicht von gravierender Bedeutung ist und auch seit dem grundlegenden Erk des VfGH 14. 3. 2012, U 466/11, intensiv wahrgenommener innerstaatlicher Prüfungsmaßstab des HöchstG ist.

Die Autoren bleiben ihrer in der 1. Auflage gemachten Vorgabe, die vertraglichen Grundlagen der EU objektiv auszulegen, treu. Dies ist auch aus Sicht des Praktikers der methodisch richtige Ansatz, um sich den Rechtsgrundlagen der Union adäquat zu nähern.

Die Kommentierung setzt sich auch mit den deutschen Begleitgesetzen näher auseinander, ohne den Blick auf die europäischen Zusammenhänge zu vernachlässigen.

Es werden die derzeitigen Probleme der Union, wie etwa Brexit, Migration, Nationalismus auf europarechtlicher Basis, durchleuchtet und die dabei anzuwendenden Rechtsnormen grundlegend erläutert.

Zu denken gibt insb das Vorwort der Herausgeber:

„Fundamentale Opposition gegen die Grundlagen und Grundwerte der Union mit einer Rückwendung zu ethnisch und religiös bestimmten Nationalstaat, wie wir es ausgeprägt in Ungarn und Polen, aber tendenziell auch in anderen Mitgliedsstaaten beobachten, stellt das Funktionieren der Union auf die Probe. Das Ziel einer immer engeren Union der Völker Europas eint und bindet die Mitgliedsstaaten in der

grundsätzlichen Bereitschaft an einer weiteren positiven Entwicklung mitzuwirken. Europafeindlichkeit war in den Verträgen nicht in Erwägung gezogen worden. Die in diesem Ziel zum Ausdruck kommende Finalität der Europäischen Union, die der Individualität der Mitgliedsstaaten zwar Grenzen setzt, diese aber nicht aufgibt, ist ein Grund für den Erfolg der Integration: Einheit in Vielfalt.

Wenn europafeindliche Regierungen demokratisch gewählt werden und ihre Vorstellungen in Politik umsetzen, stehen sich demokratisch legitimierte Entwicklungen in einem Mitgliedsstaat und die auch für die Mitgliedsstaaten bindenden Grundlagen und Werte der Union in Art 2 EUV antagonistisch gegenüber. Es mag verstörend sein: demokratische Legitimation rechtfertigt nicht das grundsätzliche Abweichen von den Grundfesten der Union. Zwei Auswege: Achtung der gemeinsamen Grundprinzipien und Grundwerte der Union oder Austritt – mit allen Konsequenzen.“

Der ausführliche „Handkommentar“ ist aus meiner Sicht uneingeschränkt zu empfehlen. Jeder Praktiker, der sich mit Fragen des Europarechts, insb den Grundlagen der EU, auseinanderzusetzen hat, wird einen ausgezeichneten Einstieg in die Materie finden.

Die Kommentierung der GRC bringt aus Sicht des österreichischen Praktikers neue Perspektiven und Ansätze, die letztlich auch bei Wahrung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte iSd Art 144 B-VG Beachtung finden werden.

Europäisches Unionsrecht.

Von Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg). 2. Auflage, NOMOS Verlag, Baden-Baden 2018, in Kooperation mit den Verlagen facultas und Dike, 1.665 Seiten, geb, € 152,20.

HELMUT HORN

Die EU im GATT/WTO-System

Das GATT (General Agreement on Tariffs and Trade = Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen) ist ein völkerrechtlicher Vertrag mit dem Ziel der Förderung des Welthandels und der Weltwirtschaft durch den Abbau von Abgaben, Zöllen und anderen Hemmnissen im internationalen Handel. Das GATT basiert auf den Prinzipien der Gleichbehandlung und dem Verbot der Diskriminierung. Seit Gründung der WTO (World Trade Organization = Welthandelsorganisation) im Jahr 1995 ist das GATT bei dieser Organisation eingegliedert, alle Mitglieder der WTO sind auch Vertragspartner des GATT. Die EU hat im Rahmen des GATT/der WTO insofern eine Sonderstellung, als sowohl die EU wie auch die EU-Mitgliedstaaten Mitglieder der WTO und Vertragsparteien des GATT sind. Die EU vertritt dabei die innerhalb der EU im Wege der

Gemeinsamen Handelspolitik abgestimmten Interessen der EU-Mitgliedstaaten. Das GATT enthält verschiedene Ausnahmen, die für das vorliegende Buch relevante Ausnahme befindet sich in Art XXIV, wonach regionale Freihandelszonen und Zollunionen in Abweichung vom allgemeinen Meistbegünstigungsprinzip und Diskriminierungsverbot zulässig sind. Die EU ist eine solche regionale Integrationszone iS des GATT.



Das vorliegende Werk ist die umfassendste Darstellung des Beziehungsgeflechts zwischen EU und GATT/WTO in deutscher Sprache. Ende 2018 ist es in 4. Auflage neu erschienen. Der Autor, Peter Hilpold, ist Professor für Völkerrecht, Europarecht und Vergleichendes Öffentliches Recht an der Universität Innsbruck, ausgewiesen durch zahlreiche

Publikationen zum Außenwirtschaftsrecht. In einem kurzen Problemaufriss skizziert der Autor die Entwicklung des Verhältnisses der EU zum GATT und zur WTO. Die EU identifiziert er einerseits als einen der wichtigsten Akteure im System der Staatengemeinschaft, der auf eine Liberalisierung des Welthandelssystems hinarbeitet, die andererseits aber selbst eine Balance unterschiedlichster und nicht immer freihandelsorientierter Interessen verkörpert. Im sich verstärkenden Konflikt zwischen Multilateralismus und Protektionismus bezeichnet er Regionalismus als Alternative zum multilateralen System, betont aber auch den Antagonismus zwischen Regionalismus und Multilateralismus. Die EU als weltweit erfolgreichste regionale Integrationszone ist in diesem Sinne politisch der bedeutendste Antagonist zur multilateralen Ordnung.

Nach dem Problemaufriss folgen sieben Kapitel. Die Problematik des Regionalismus im GATT/WTO-System wird in Kapitel 2 behandelt, wobei der Autor darauf hinweist, dass die breite Regionalausnahme in Art XXIV GATT gerade in Hinblick auf den sich damals abzeichnenden europäischen Integrationsprozess geschaffen wurde. Im Balanceakt zwischen Multilateralismus und Regionalismus sieht der Autor weiterhin eine der zentralen Herausforderungen im GATT/WTO-Recht. Im nachfolgenden Kapitel beschäftigt sich der Autor mit der Vereinbarkeit der EU mit dem GATT, wobei besonderes Augenmerk der schrittweisen Erweiterung der EU und den Präferenzabkommen der EU mit zahlreichen Drittstaaten gewidmet ist. Das (kurze) Kapitel 4 wendet sich der Rechtsposition und Handlungskompetenz der EU in der multilateralen Handelsordnung zu, mit anderen Worten: der Begründung von Mitgliedschaftsrechten der EU zur WTO. Die EU ist die einzige Regionalwirtschaftsorganisation, der in der WTO explizit Mitgliedschaftsrechte zuerkannt wurden; dies parallel zu den Mitgliedschaftsrechten der EU-Mitgliedstaaten.

In Kapitel 5 wird die Entwicklung der Außenwirtschaftskompetenzen der EU behandelt. Diese Untersu-

chung schließt mit der Ermächtigung des Europäischen Rates an die Kommission zur Schaffung eines neuen, multilateralen Investitionsschutzgerichts zwischen den EU-Staaten infolge der Entscheidung des EuGH v 6. 3. 2018 in der Rechtssache *Achmea* (C-284/16). Im nachfolgenden Kapitel untersucht *Hilpold* Instrumente zur Schaffung von Transparenz im internationalen Außenwirtschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des handelspolitischen Überwachungsmechanismus. Kapitel 7 wendet sich der Frage der unmittelbaren Anwendung bzw unmittelbaren Geltung des GATT/WTO-Rechts in der EU zu. Nach eingehender Analyse kommt der Autor zum Ergebnis, dass der EuGH eine unmittelbare Wirkung des WTO-Rechts im Ergebnis zutreffend verneint; denn würde dem WTO-Recht unmittelbare Wirkung zuerkannt, so hätte dies gravierende demokratiepolitische Konsequenzen. Im letzten Kapitel fasst *Hilpold* seine Schlussbemerkungen zusammen. Mehr Transparenz auf allen in Frage kommenden Ebenen identifiziert er als Schlüssel für die weitere Entwicklung des internationalen Außenwirtschaftsrechts, einerseits aus Gründen der Rechtssicherheit, andererseits auch als demokratiepolitisches Gebot. Dies sieht er als eine Dauerherausforderung sowohl für die WTO wie auch für die EU, wobei er dem Europäischen Parlament eine wichtige Rolle zumisst.

Der Autor sieht die WTO positiv und nach seiner Beurteilung bietet sie den einzigen stabilen Rahmen für die Fortentwicklung der Welthandelsordnung. Mit diesem Buch will er Verständnis für die besondere Natur des Rechtsverhältnisses zwischen EU-Recht und dem GATT/WTO-Recht schaffen, und dies ist sehr gut gelungen. Das Buch ist reich an Information, gut strukturiert und verständlich geschrieben. Zunehmender Protektionismus und Unilateralismus erhöhen die Wahrscheinlichkeit, dass sich Fragen des Verhältnisses zwischen EU-Recht und GATT/WTO-Recht auch in der Praxis von Rechtsanwälten stellen. Dann wird man dieses Buch dankbar zu Rat ziehen.

Die EU im GATT/WTO-System.

Von *Peter Hilpold*. Facultas Verlag, Wien 2018, 516 Seiten, br, € 48,-.

MARKUS HEIDINGER

Zivilprozessrecht

Das vorliegende Lehrbuch stellt das österreichische Zivilprozessrecht in kompakter Weise dar und richtet sich solcherart in erster Linie an Studenten. Es dient aber auch als Nachschlagewerk für professionelle Rechtsanwender, stammt es doch von zwei ausgewiesenen Zivilprozessrechtsexperten, von denen einer noch dazu ein namhafter Höchstrichter ist.



Hervorzuheben aus dem Buch sind die Grundsätze des Zivilprozessrechts, und zwar nicht nur die allgemein bekannten Hauptgrundsätze (S 61 ff), sondern die von den Autoren als weitere Grundsätze benannten Prinzipien (S 68 ff). Darunter findet sich auch der Grundsatz des Vorrangs der Sachentscheidung. Dieser bedeutet, dass prozesuale Formvorschriften so ausgelegt werden müssen, dass sie die urteilsmäßige Sacherledigung fördern und nicht hindern (Rz 99 auf S 69 unter Verweis auf zahlreiche Normen der ZPO, in denen dieser Grundsatz seinen Ausdruck findet).

Sehr interessant sind auch die Ausführungen der Autoren zum Modell einer künftigen Gruppenklage (S 159 f) und zur bisher existenten Sammelklage österreichischer Prägung (S 230 f, Rz 540 ff).

Etwas dürftig sind die Ausführungen zu den Revisionsgründen (S 379, nicht einmal eine Seite umfassend). Hier wäre eine fundiertere Darstellung zu begrüßen. Dies auch im Vergleich zu den sich über mehrere Seiten erstreckenden Ausführungen zum Parteiantrag auf Normenkontrolle (S 393 ff), der wohl wichtig, aber im Zivilprozessrecht weit weniger wichtig als die Revision ist.

Inhaltlich werfen die Autoren die spannende Frage auf, ob in einer Revision Verfahrensmängel geltend gemacht werden können, wenn diese bereits das erstinstanzliche Verfahren bzw Urteil betreffen (Rz 1094). Die Rsp verneint dies überwiegend, denn sie meint, dass in zweiter Instanz verneinte Verfahrensmängel des erstinstanzlichen Verfahrens in der Revision nicht geltend gemacht werden könnten. Dem wird allerdings im Schrifttum (*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ S 643 oben; *Hollaender*, Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Zivilprozess, RZ 2015, 106) entgegeng gehalten, dass die zu Unrecht erfolgte Verneinung eines Verfahrensmangels erster Instanz durch das Berufungsgericht das Berufungsverfahren selbst mangelhaft mache; diese Argumentation findet auch Stützen in der jüngeren Rsp, soweit das Berufungsgericht tragende Grundsätze des Verfahrensrechts unrichtig angewendet und dadurch eine Mängelrüge inhaltlich nicht erledigt hat (10 Obs 76/14w; 1 Ob 159/14k; 10 Obs 87/14p; 7 Ob 62/14i).

Interessant sind die Hinweise, dass auch Eingaben per E-Mail an das Gericht zulässig und auf sie die für Telefaxeingaben geltenden Grundsätze anzuwenden seien (S 175, Rz 381, unter Verweis auf 10 Ob 28/11g EvBl 2011/137, 961), während die neuere Rsp (5 Ob 2/18g; RIS-Justiz RS0127859) E-Mails für unzulässig und unbeachtlich hält (S 176 oben).

Nicht richtig ist die Behauptung „Der ERV spart Zeit und Geld.“ (Rz 382). Der elektronische Rechtsverkehr bedarf umfassender Softwarekenntnisse – weit mehr als das Verfassen einer schriftlichen Eingabe – und kostet mehr als die postalische Zustellung, wenn man das, was an

ERV-Kosten an die Anbieter dieser Dienste zu bezahlen ist, durch die Anzahl der Schriftstücke dividiert und mit dem (ohnehin schon auch für sich empörend hohen) Porto einer Briefzustellung vergleicht.

Was Zustellungen betrifft, so ist übrigens die seit dem BBG 2009 zulässige Zustellung von Klagen und Zahlungsbefehlen an einen Ersatzzusteller problematisch, wie die Autoren auf S 181 unten unter Hinweis auf einen Beispielfall aufzeigen, in dem die Aushändigung eines Zahlungsbefehls an die weder angestellte noch angemeldete („pfuschende“) Putzfrau als wirksame Zustellung während eines Betriebsurlaubs der Belegschaft angesehen wurde. (Allerdings ist der von den Autoren gebrauchte Terminus „Ersatzzusteller“ falsch, denn es wird ja nicht an einen Ersatzzusteller zugestellt, sondern an einen Ersatzempfänger. Die Zustellung an einen Ersatzempfänger heißt Ersatzzustellung, aber der Ersatzempfänger heißt nicht Ersatzzusteller.) Wenn nun der Ersatzempfänger einen Zahlungsbefehl zugestellt bekommt und ihn liegenlässt, kann dieser in Rechts-

kraft erwachsen und dann nur noch auf Umwegen (etwa in Verbindung mit einem Wiedereinsetzungsantrag) angefochten werden, weil die Rechtsmittelfrist abgelaufen sein kann. Diese Gefahr wäre, wenn wichtige fristauslösende Dokumente wie ein Zahlungsbefehl oder eine Klage zu eigenen Händen zugestellt würden, weniger groß.

Insgesamt bietet das vorliegende Lehrbuch jedenfalls einen instruktiven Streifzug durch das österreichische Zivilprozessrecht und verkörpert eine fundierte Grundlage für dessen Vermittlung an studentische und professionelle Rechtsanwender.

Zivilprozessrecht.

Von Georg E. Kodek/Peter G. Mayr. 4. Auflage, Facultas Verlag, Wien 2018, 472 Seiten, br, € 39,-.

ADRIAN EUGEN HOLLAENDER



Alles zur Korruption auf einen Blick!

11. Auflage 2018. VI, 160 Seiten.
Br. EUR 42,-
ISBN 978-3-214-10297-5

Marek · Jerabek

Korruption und Amtsmissbrauch 11. Auflage

Die 11., **komplett überarbeitete Auflage** gibt in gewohnter Weise einen umfassenden Überblick über Inhalt und Auslegung der wesentlichen Strafbestimmungen gegen Korruption und Verletzung der Amtspflichten.

Neu präsentiert **DAS Standardwerk**:

- die **neueste OGH-Rechtsprechung**,
- **Konkretisierungen** im Bereich **schlichter Hoheitsverwaltung** (spezifisch funktionaler Zusammenhang der faktischen Verrichtung mit einem Hoheitsakt),
- **Klarstellungen** der Rechtsnatur der **Weisung** des Beamten zu **privatwirtschaftlichem Handeln** sowie
- eine **völlige Überarbeitung der Untreue**, dem Missbrauchstatbestand im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung (Business Judgment Rule, mängelfreie Einwilligung des wirtschaftlich Berechtigten, Investitions- und Spekulationsgeschäfte uvm).

Ein **Maximum an Rechtssicherheit** für den Alltag der Korruptionsbekämpfung ist damit garantiert!

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 

Zeitschriftenübersicht

AKTUELLES RECHT ZUM DIENSTVERHÄLTNIS

- 6632** **3** *Wiesinger, Christoph*: Rechtsfolgen aus der Unterscheidung von Arbeitskräfteüberlassung und Subunternehmer
6633 **3** *Pleschinger, Monika*: Qualitatives Personalcontrolling – Soft Facts der Personalarbeit messen bzw sichtbar machen
6634 **3** *Gerhartl, Andreas*: Verwendung von Betriebsmitteln für private Zwecke
6635 **3** *Renner, Bernhard*: Angemessene Höhe einer Schmutzzulage

ARBEITS- UND SOZIALRECHTSKARTEI

- 2** **42** *Leitner, Alexander*: Möglichkeiten zur Regelung gesetzlicher Leistungsgrenzen in der Mindestsicherung
53 *Determann, Claudius und Wolfram Hitz*: Die private Nutzung von Internet und E-Mail

BANKARCHIV

- 2** **97** *Dollenz, Florian und Georg Wielinger*: Das Instrument der Sanierungstreuhand in der Unternehmenskrise
120 *Gorzala, Jeanette*: Online-Identifikation von Bankkunden – Geldwäscherechtliche Voraussetzungen und Risiken

BAU AKTUELL

- 1** **3** *Fuchs, Gerald*: Die Wiener Bauordnungsnovelle 2018
11 *Busta, Markus und Matea Plavotic*: Die neue Widmungskategorie „geförderter Wohnbau“ nach der Wiener Bauordnungsnovelle 2018
14 *Raschauer, Bernhard und Sarina Illo Ortner*: Das Ende kurzfristiger Vermietung in Wien?
17 *Jaeger, Thomas*: Autobahnkonzessionen im Schnittpunkt von Vergabe- und Beihilferecht
22 *Schröder, Mats und Katharina Trettnak-Hahn*: Zulässigkeit von nachvertraglichen Vertragsänderungen gemäß § 365 BVergG 2018
26 *Danner, Madeleine*: Zur Verjährung von Regressansprüchen zwischen General- und Subunternehmer

BAURECHTLICHE BLÄTTER

- 1** **1** *Steinwender, Robert A.*: Seveso-Betriebe im Kärntner Raumordnungs- und Baurecht

DATENSCHUTZ KONKRET

- 1** **6** *Tretzmüller, Tobias*: Wann muss ein Auftragsverarbeitervertrag abgeschlossen werden?
8 *Wyrobek, Katja*: Entgeltspflicht für Kontrollen bei der Auftragsverarbeitung
11 *Weiss, Ernst M.*: Verjährung bei Dauerdelikten am Beispiel der Datenschutz-Folgenabschätzung
12 *Held, Jennifer M.*: Beschäftigtendatenschutz im deutschen Kontext

ECOLEX

- 2** **109** *Kucsko, Guido*: Die MSchG-Novelle 2019
111 *Butzerin, Judith*: ÖPA: E-Filing und PAV neu
113 *Schneider, Thomas*: Ein neuer Löschungstatbestand bei Titelrechtsverletzung?
115 *Heinzl, Bernhard*: Gebühren des Patentamts sinken weiter
116 *Sonnberger, Marcus W. A.*: Neues zur AGB-Kontrolle: Interessante Klauseln aus der jüngeren Rechtsprechung
119 *Mrvošević, Ljubica*: OGH: (Kultur-)Förderung vorbehaltlich Budgetdeckung?
121 *Rabl, Thomas*: Recht smart1.02: (Rechtlich) Scheitern an der Selbstbedienungskasse
135 *Urlesberger, Elena*: Die besondere Rolle der Finanz- und Kreditinstitute in der Geldwäscheprävention
138 *Oberhammer, Paul*: Methodenfragen zum Deliktgerichtsstand bei reinen Vermögensschäden
142 *Rassi, Jürgen C. T.*: Geheimnisschutzverfahren nach der UWG-Novelle 2018
151 *Scheicher, Leon und David Kohl*: Grenzüberschreitende Formwechsel von Privatstiftungen
158 *Albrecht, Markus*: § 17 Abs 3 Z 2 lit a und b UrhG am Prüfstand
166 *Erler, Gregor*: Krank im Urlaub? Urlaub und Krankenstand sind nicht vereinbar
173 *Gumprecht, Ingrid*: Der Antrag auf begleitende Kontrolle
176 *Frey, Doris und Erich Schaffer*: Neuerungen im Bereich der Versicherungssteuer durch die jüngere Rechtsprechung des VwGH und das Jahressteuergesetz 2018
183 *Holzer, Christian und Christoph Jirak*: Säumnis schützt vor Auskunft nicht!

GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

- 2 113 *Hacker, Franz*: Das Markenrechtsmodernisierungsgesetz (MaMoG). Teil I: Markenfähigkeit, absolute Schutzhindernisse und patentamtliche Verfahren
- 123 *Köhler, Helmut*: Funktion und Anwendungsbereich des Mitbewerberbegriffs im UWG. Zugleich Besprechung der Entscheidung „Werbblocker II“ des BGH
- 129 *Metzger, Axel*: Digitale Mobilität – Verträge über Nutzerdaten
- 143 *Zurth, Patrick*: Bereicherungsrechtliche Implikationen im Immaterialgüterrecht

IMMOLEX

- 1 6 *Pesek, Reinhard*: Berechtigen der Nichterlag oder das Nichtauffüllen der Kautions zur Vertragsauflösung?
- 26 *Mini, Harald*: Der Widerspruch gegen die Erteilung des Zuschlags
- 32 *Resch, Erich*: Willkürliche Rechtsprechung zur gebührenrechtlichen Bestandvertragsdauer
- 2 58 *Prader, Christian*: Die nachträgliche Wohnungseigentumsbegründung im Spannungsfeld der Gebarungsgrundsätze des § 7 WGG
- 69 *Lassingleithner, Daniel*: Auswirkungen gescheiterter Finanzierung auf die Maklerprovision
- 73 *Pilz, Renate*: Abzugsteuer für die Einräumung von Leitungsrechten gemäß § 107 EStG

JOURNAL FÜR ERBRECHT UND VERMÖGENSNACHFOLGE

- 4 124 *Weber, Alexander*: Notizen zum gesetzlichen Vorausvermächtnis gemäß § 745 ABGB
- 132 *Cach, Christopher*: Nichtberücksichtigung von Vermögenswerten – Überlegungen zu Art 12 EUErbVO
- 139 *Kieweler, Friedrich*: Zum Legitimationsnachweis beim internationalen Erbfall – rezente Fragen und Entwicklungen
- 157 *Kubasta, Veronika*: Erweiterung des Änderungsrechts bei Stiftermehrheit = Gedanken zu der OGH-Entscheidung 6 Ob 71/18m

JOURNAL FÜR STRAFRECHT

- 1 5 *Nimmervoll, Rainer*: Zu Verhältnismäßigkeit und gelinderen Mitteln bei bedingt-obligatorischer Haft
- 9 *Schönborn, Elias*: Der rechtlich begründete Anspruch im Korruptionsstrafrecht
- 17 *Koller, Benjamin*: Der Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 1 StGB vor dem Hintergrund des Schuldbegriffs des StGB

JURISTISCHE BLÄTTER

- 1 2 *Augenhofer, Susanne*: Das Gewährleistungsrecht in Österreich und Deutschland als Beispiele für eine holprige Harmonisierung des europäischen Kaufrechts
- 11 *Reiter, Sebastian*: Marken, Marktmacht, Missbrauch?

MEDIEN UND RECHT

- 7–8 303 *Zöchbauer, Peter*: Zur Substituierbarkeit der Einwilligung in die Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Straf- und Medienrecht

ÖSTERREICHISCHE BLÄTTER FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

- 1 4 *Beetz, Rainer ua*: MSchG-Nov 2019 – Abschluss der österreichischen Umsetzung der Modernisierung des europäischen Markenrechts
- 10 *Bräunlich, Daniel*: Hochzeitsrabatte auf Österreichisch

ÖSTERREICHISCHE JURISTENZEITUNG

- 2 53 *Faber, Wolfgang*: Praxisfragen zum „Schenkungswiderruf“ wegen Dürftigkeit des Geschenkgebers (§ 947 ABGB)
- 61 *Doralt, Werner*: FinStrG: Wertersatzstrafe und gemeiner Wert – OGH/VwGH gegen OGH/VwGH
- 3 101 *Barth, Peter*: „Zu erkennen Geben“ und „natürlicher“ Wille
- 109 *Schwaighofer, Klaus*: Ausgewählte Rechtsfragen zum Suchtmittelrecht

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSZEITUNG

- 1 1 *Epicoco, Giuseppina und Mathias Walch*: Der Rechtsformzusatz der GmbH & Co KG
- 10 *Stöger, Karl*: Elektronischer Notariatsakt und Territorialitätsprinzip

ÖSTERREICHISCHE RICHTERZEITUNG

- 1–2 3 *Koller, Dietmar*: GerichtsdolmetscherInnen – eine aussterbende Gattung?

RECHT DER MEDIZIN

- 1 4 *Birklbauer, Alois, Angelika Feichtner und Dietmar Weixler*: Sterben durch Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit: strafrechtliche Aspekte
- 10 *Fister, Mathis*: Praktische Erfahrungen mit dem Rechtsmittelverfahren in Angelegenheiten des Erstattungskodex

RECHT DER WIRTSCHAFT

- 1 3 *Prader, Christian*: Immobilienmakler: Alleinvermittlungsauftrag und Aufklärungspflicht über das wirtschaftliche Naheverhältnis
- 7 *Kohl, David*: Grenzüberschreitende Spaltungen: eine aktuelle Bestandsaufnahme
- 26 *Schrank, Franz*: Arbeitnehmer-Freiwilligkeit im neuen Arbeitszeitrecht
- 39 *Doralt, Werner*: Beruflicher Zweitwohnsitz: Als Sachbezug steuerfrei, ansonsten privat veranlasst?

TAXLEX

- 2 36 *Endfellner, Clemens*: Die alineare Gewinnausschüttung einer GmbH im Ertragsteuerrecht
- 40 *Aigner, Thomas*: Die Verpflichtung zur Ausstellung einer Rechnung iSd § 11 UStG
- 21 *Hübelbauer, Reinhard*: Kapitalabfluss-Meldegesetz – Spezialvollmacht notwendig?

WIRTSCHAFTSRECHTLICHE BLÄTTER

- 1 1 *Koppensteiner, Hans-Georg*: Wettbewerbsrechtliche Haftung im Unternehmensverbund
- 12 *Schwamberger, Sebastian und Lukas Klever*: Sammelklage europäischer Prägung?

WOHNRECHTLICHE BLÄTTER

- 1 1 *Hochleitner, Clara*: Verkehrssicherungspflichten und Wohnungseigentum: Ausgewählte Rechtsfragen
- 13 *Knoll, Matthias und Marco Scharner*: IWD – Die Wohnrechtsnovelle 2015 in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung

ZEITSCHRIFT FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT

- 1 4 *Resch, Reinhard*: Vertragspartnerrecht für Primärversorgungseinheiten
- 12 *Brodil, Wolfgang*: Neue Arbeitsformen und Unfallversicherung
- 17 *Neumann, Thomas*: Der freiberuflich tätige Geschäftsführer
- 22 *Kovács, Erika*: Die Auswirkungen grenzüberschreitender Verschmelzungen auf die AN-Mitbestimmung

ZEITSCHRIFT FÜR FINANZMARKTRECHT

- 1 5 *Perner, Stefan*: Product Governance der Versicherer
- 12 *Palma, Ulrich E.*: Crowdfunding 2.0 – das neue Alternativfinanzierungsgesetz

ZEITSCHRIFT FÜR GESELLSCHAFTSRECHT

- 8 371 *Thöni, Wilfried*: Die DAO (Decentralized Autonomous Organization) – eine Gesellschaft sui generis?
- 377 *Ebner, Gabriel*: Die Aufnahme von Urkunden in die Urkundensammlung des Firmenbuchs

ZEITSCHRIFT FÜR VERBRAUCHERRECHT

- 1 4 *Langer, Stefan*: AGB-Recht und Verbandsprozesse: Judikatur-Überblick 2017/18 (Teil I)
- 8 *Augenhöfer, Susanne*: Datenschutz neu: Individuelle und kollektive Rechtsdurchsetzung
- 14 *Storr, Stefan*: Dieselfahrverbote
- 19 *Klauser, Alexander und Katharina Huber*: Die Zulässigkeit der Sammelklage österreichischer Prägung am Beispiel der Verfahren VKI gegen VW

ZEITSCHRIFT FÜR VERGABERECHT UND BAUVERTRAGSRECHT

- 2 75 *Gruber, Georg und Thomas Gruber*: SERVICE – Die BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018
- 60 *Grasböck, Reinhard*: BVwG – Originalurkunde: Vorliegen ≠ Vorlage
- 82 *Kropik, Andreas*: Anpassung des Einheitspreises wegen bloßer Mengenänderung – wie sieht das betriebswirtschaftliche Rechenmodell aus?

ZEITSCHRIFT FÜR VERKEHRSRECHT

- 2 40 *Roubik, Marleen*: Automatisiertes Fahren, der Weg zur Testerlaubnis
- 45 *Authried, Nikolaus und Tanja Tretzmüller*: Die Anrainerpflichten nach § 93 StVO im Winter

ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

- 4 158 *Potacs, Michael*: Umgehung im Wirtschaftsverwaltungsrecht
 164 *Burgi, Martin*: Funktionen und Ziele des Vergaberechts
 170 *Storr, Stefan*: Vergaberecht und die Organisation der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTS- UND FINANZSTRAFRECHT

- 1 2 *Schröder, Julia und Norbert Wess*: Nichterledigung von Beweisanträgen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren
 7 *Wöß, Alexander*: Rahmenbedingungen der Anti-Geldwäsche-Compliance im Antiquitätenhandel
 14 *Bauer, Raphaela*: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Kartellrecht
 23 *Prillinger, Johannes und Sebastian Starl*: Die Abgabenerhöhung nach § 29 Abs 6 FinStrG auf dem Prüfstand des VfGH
 30 *Capelare, Jennifer und Günther Schaunig*: Wiedergutmachung durch Selbstanzeige: Kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Aspekte
 38 *Köck, Elisabeth*: Zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens wegen Unzuständigkeit nach § 202 Abs 1 FinStrG
 42 *Geringer, Stefanie*: Nachforschungspflichten bei Rechnungsmängeln in Fällen von Umsatzsteuerbetrug

ZIVILRECHT AKTUELL

- 1 5 *Rudolf, Claudia*: Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Anwendungsbereich und anwendbares Recht ab 29. 1. 2019
 9 *Garber, Thomas*: Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Internationale Zuständigkeit, Rechtshängigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung



Neue Fragestellungen zur Beweislast

2019. XXII, 288 Seiten.
 Br. EUR 69,-
 ISBN 978-3-214-06945-2

Kaspar

Die Beweislast im Gewährleistungsrecht

Das Werk befasst sich mit der **Beweislast im Gewährleistungsrecht** und den Fragestellungen zur Beweislastverteilung aufgrund der Entwürfe zur **Digitale-Inhalte-Richtlinie** und **Warenhandel-Richtlinie**.

Neben den **Grundlagen zur Beweislast** und den europarechtlichen Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie werden insb die Tatbestandsvoraussetzungen der **gesetzlichen Vermutungsregel des § 924 ABGB** kritisch behandelt:

- Voraussetzungen für das Vorliegen eines Mangels
- Beginn und Ablauf der Vermutungsfrist
- Vermutungsinhalt
- Ausnahmen von der Beweislastumkehr

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 



270 Disziplinarrecht

Disziplinarverfahrensrecht (I)

Disziplinarverfahrensrecht (II)

272 Zivilrecht

Die Reichweite der Haftung für den Erfüllungsgehilfen

275 Europäisches Erbrecht

(Deutsches) Europäisches Nachlasszeugnis als taugliche Eintragungsgrundlage für das (österreichische) Grundbuch

281 Sozialrecht

Familienzeitbonus auch für Rechtsanwälte

283 Gebühren- und Steuerrecht

Karenzentschädigung für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots FLAF-beitragspflichtig!



MICHAEL BURESCH
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2019/104

Disziplinarverfahrensrecht (I)

DISZIPLINARRECHT

§ 49 letzter Satz, § 77 Abs 3 DSt; §§ 198ff StPO; § 34 Abs 2 StGB

Keine Diversion im Disziplinarverfahren.

Implizite Berücksichtigung der überlangen Verfahrensdauer bei der Strafbemessung.

OGH 6. 12. 2018, 27 Ds 2/18b

Sachverhalt:

Mit dem angefochtenen Erk des Disziplinarrats wurde der Disziplinarbeschuldigte wegen einer Berufspflichtenverletzung zu einer Geldbuße von € 500,- verurteilt, weil er ohne sachliche Rechtfertigung mit Schreiben v 22. 7. 2015 an einen anderen Rechtsanwalt mit der Überprüfung des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft gedroht hatte, falls dessen Klient aufgrund eines vollstreckbaren Kostentitels Exekution wider die Klientin des Disziplinarbeschuldigten führen würde.

Seiner an die „OBDK“ gerichteten Berufung gab der OGH keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die vom Berufungswerber begehrte diversionelle Erledigung des Verfahrens ist im DSt nicht vorgesehen. Eine sinngemäße Anwendung der entsprechenden Bestimmung der Strafprozessordnung ist mit den Grundsätzen und Eigenheiten des Disziplinarverfahrens nicht vereinbar (§ 77 Abs 3 DSt).

Weshalb die Feststellungen des Disziplinarrats die rechtliche Annahme einer Berufspflichtenverletzung nach § 1 Abs 1 erster Fall DSt nicht tragen sollten (inhaltlich § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO iVm § 77 Abs 3 DSt), erklärt der Rechtsmittelwerber nicht (vgl RIS-Justiz RS0099810; RS0116569).

Weshalb gegenüber dem rechtskundigen Disziplinarbeschuldigten eine Anleitungspflicht des Disziplinarrats bestanden haben sollte, bleibt ebenso offen.

Gleichfalls nicht nachvollziehbar ist die in der Berufung vorgebrachte Kritik an der „Zustellung des Protokolls mit der Entscheidung, ohne über den Inhalt des Protokolls vorher informiert zu werden“.

Dass bereits Verjährung eingetreten sei (§ 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO, § 77 Abs 3 DSt iVm § 2 DSt), wird vom Disziplinarbeschuldigten neuerlich bloß behauptet und nicht argumentativ aus dem Gesetz abgeleitet (RIS-Justiz RS0116569).

Gleiches gilt für den nicht näher substantiierten Einwand, die „unzumutbar lange“ Verfahrensdauer hätte zu einem Freispruch führen müssen.

Das Vorbringen, das Disziplinarverfahren verstoße „aufgrund der Überlänge gegen das Folterverbot“, ist einer sachlichen Erwiderung nicht zugänglich.

Dass „ein willkürlich von der Erkenntnisbehörde zusammengewürfelter Senat“ entschieden habe (inhaltlich § 281 Abs 1 Z 1 StPO iVm § 77 Abs 3 DSt) und keine fixe Geschäftsverteilung existiere (vgl demgegenüber aber § 15 DSt), wird vom Rechtsmittelwerber, der in der Disziplinarverhandlung keine Einwendungen gegen die Senatsbeset-

zung erhoben hatte, wiederum ohne inhaltliche Ausführungen bloß postuliert.

Mit allgemeinen Überlegungen zur fehlenden EU-Konformität des Disziplinarverfahrens und der Pflichtmitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer wird ein Nichtigkeitsgrund nicht aufgezeigt.

Das Beschwerdevorbringen, Rechtsanwalt Dr. B**** habe „Kosten für etwas begehrt die nicht zugestanden wären“, und zu Unrecht eine Exekution angestrebt (der Sache nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a iVm § 77 Abs 3 DSt), übergeht prozessordnungswidrig (RIS-Justiz RS0099810) die Feststellungen des Disziplinarrats, wonach mit Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rechtsmittelgericht v 22. 6. 2015, AZ *****, die Kosten der Privatbeteiligung mit € 219,65 bestimmt worden waren.

Mit der Behauptung, die rechtliche Beurteilung sei „nicht an den Sachverhalt oder die Verfahrensergebnisse angeglichen“ und stelle „eine nicht näher spezifizierbare rechtliche Beurteilung dar, welche offenbar aus einem vorgefertigten Muster eingearbeitet wurde“, wird eine Rechtsrüge nicht gesetzesmäßig zur Darstellung gebracht.

Da eine Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld gem § 49 letzter Satz DSt immer auch eine Berufung wegen des Ausspruchs über die Strafe umfasst, ist die Angemessenheit der über den Disziplinarbeschuldigten verhängten Geldbuße zu prüfen, obwohl die Berufung dazu keine Ausführungen oder Anträge enthält.

Bei der Strafbemessung ging der Disziplinarrat davon aus, dass mildernd die bisherige Unbescholtenheit zu berücksichtigen war; Erschwerungsgründe wurden keine angenommen.

Mit der konkret vorgenommenen Bemessung der Geldbuße wurde – obwohl in der Entscheidung nicht expressis verbis ausgeführt – auch die überlange Verfahrensdauer ausreichend berücksichtigt, denn aufgrund des Rechtsanwalts ***** vorgeworfenen Disziplinar delikts wäre eine Geldbuße in Höhe von € 1.000,- angemessen gewesen. Mit Rücksicht auf die über dreijährige Verfahrensdauer erweist sich die solcherart vorgenommene Reduzierung der Geldbuße um € 500,- als § 34 Abs 2 StGB entsprechend.

Anmerkung:

Die E wäre an sich nicht weiter erwähnenswert, zumal der Berufungswerber kein großer Experte im Disziplinarrecht sein dürfte und seine Berufung noch an die (seit 1. 1. 2014 nicht mehr existierende) OBDK gerichtet hatte.

Aus der Fülle seines teilweise recht kurios anmutenden Vorbringens hatte sich der OGH aber auch mit dem Argument auseinanderzusetzen, das Disziplinarverfahren hätte diversionell erledigt werden müssen. Nach § 77 Abs 3 DSt sind die Bestimmungen der StPO im Disziplinarverfahren insoweit sinngemäß anzuwenden, als sie „mit den Grundsätzen und Eigenheiten des Disziplinarverfahrens vereinbar sind“. Der OGH hat die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen über die Diversion im Disziplinarverfahren verneint, dies allerdings ohne nähere Begründung. Dabei wäre eine detailliertere Auseinandersetzung mit dieser Thematik durchaus wünschenswert gewesen, da die analoge Anwendung der Vorschriften über die Diversion im Disziplinarverfahren von namhaften Kollegen (etwa *Wennig*) für zulässig erachtet wird (wenn auch vor allem aus Gründen der Praktikabilität und der schnelleren Erledigung von Disziplinarverfahren). Für die Auffassung des OGH spricht allerdings, dass die diversionellen Maßnahmen des § 198 Abs 1 StPO nicht wirklich auf das Disziplinarverfahren anwendbar sind: Als „gemeinnützigen Leistungen“ vergleichbar wurde die Übernahme zusätzlicher Verfahrenshilfen vorgeschlagen, was jedoch insofern problematisch ist, als die Übernahme von Verfahrenshilfen wohl nicht als „Strafe“ empfunden werden sollte. Ein (wohl grundsätzlich sinnvoller) Tausch scheidet daran, dass das DSt keinerlei Bestimmungen über Opferrechte enthält. Geldbußen (vergleichbar der Zahlung eines Geldbetrags iSv § 200

StPO) kann der Disziplinararrat aber ohnedies verhängen. Außerdem stehen an gelinderen Mitteln die Möglichkeit des Verweises und des (allerdings nur mehr selten angewendeten) Schuldspruchs ohne Strafe zur Verfügung. Die derzeit in Diskussion stehende disziplinarrechtliche Strafverfügung („Disziplinarverfügung“) würde wohl ebenso den gewünschten Effekt der Beschleunigung von Disziplinarverfahren bewirken. De lege ferenda wäre die Herbeiführung eines Tauschgleichs im Disziplinarverfahren (etwa zur Bereinigung von Ansprüchen geschädigter Klienten) iS eines modernen und effizienten Beschwerdemanagements dem Ansehen der Rechtsanwaltschaft zweifellos dienlich, würde jedoch die Einbeziehung Dritter in das Disziplinarverfahren voraussetzen, was sicherlich noch eine intensive standesrechtliche Diskussion erfordert. Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des OGH zur Strafbemessung: Der Disziplinararrat hatte die überlange Verfahrensdauer nicht als strafmildernd berücksichtigt. Hingegen ging der OGH von einer überlangen Verfahrensdauer aus, hielt aber – ohne Berücksichtigung dieses Milderungsgrundes – eine Geldbuße in Höhe von € 1.000,- für angemessen, sodass er dem Disziplinararrat bei der Bemessung der Geldbuße mit € 500,- die implizite Berücksichtigung dieses Milderungsgrundes unterstellte. Diese Geldbuße blieb daher unverändert. Siehe dazu auch die gleichzeitig ergangene E 27 Ds 4/17w.

MICHAEL BURESCH

Disziplinarverfahrensrecht (II)

DISZIPLINARRECHT

§§ 35, 49 letzter Satz DSt; § 427 Abs 3 StPO; § 34 Abs 2 StGB

Voraussetzungen für eine Disziplinarverhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten. Implizite Berücksichtigung der überlangen Verfahrensdauer bei der Strafbemessung.

OGH 6. 12. 2018, 27 Ds 4/17w

Sachverhalt:

Die Disziplinarbeschuldigte äußerte sich mit Schreiben v 21. 1. 2016 zum wider sie erhobenen Vorwurf. Die Ladung zur mündlichen Disziplinarverhandlung am 23. 11. 2016 wurde ihr am 17. 10. 2016 zugestellt. Mit Schreiben v 21. 11. 2016 ersuchte die Disziplinarbeschuldigte, sie für den „anberaumten Verhandlungstermin zu entschuldigen“, weil sie von einer langjährigen Mandantin beauftragt worden sei, „einen Schriftsatz in Zusammenhang mit einem höchst komplexen Sachverhalt“ mit Frist 25. 11. 2016 zu verfassen.

Dessen ungeachtet verhandelte der Disziplinararrat in ihrer Abwesenheit und verurteilte sie wegen der Beeinträchtigung von Ehre oder Ansehen des Stands zu einer Geldbuße von € 2.000,-.

Der OGH wies den Einspruch der Disziplinarbeschuldigten zurück und gab ihrer Berufung keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

Gem § 35 DSt kann die Verhandlung dann in Abwesenheit der Disziplinarbeschuldigten durchgeführt werden, wenn sie bereits vorher Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, ihr die Ladung ordnungsgemäß zugestellt wurde und sie dennoch ohne ausreichende Entschuldigung nicht teilnimmt (vgl *Lehner* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO⁹ § 35 DSt Rz 2).

Wenn die Verhandlung von der Disziplinarbeschuldigten nicht durch ein unabweisbares Hindernis, aber doch wegen eines Umstands versäumt wurde, der auch gewissenhafte Menschen in gleicher Lage vom Erscheinen abgehalten hätte, dann ist der Hinweis auf diesen Umstand als ausreichende Entschuldigung anzusehen (RIS-Justiz RS0057021). So sind bspw die unvorhergesehene lange Dauer einer Streitverhandlung oder die Mitteilung einer Terminkollision mit



MICHAEL BURESCH
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien.

2019/105

einer anderen Verhandlung, die wegen des Umfangs und der Schwierigkeit dieser Sache eine persönliche Vertretung erfordere, eine ausreichende Entschuldigung (vgl. RIS-Justiz RS0057027).

Mit Blick darauf, dass jedoch weder die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, aus der kein Grund für eine Verhandlungsunfähigkeit hervorgeht (RIS-Justiz RS0057027), noch die Bekanntgabe einer Verhinderung, weil sich ein Disziplinarbeschuldigter unaufschiebbar geschäftlich im Ausland aufhalte (vgl. *Lehner in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO⁹ § 35 DSt Rz 7), als ausreichende Entschuldigung anzusehen sind, kann eine solche in einem unbescheinigten Vorbringen, am Montag, 21. 11. 2016, mit der Verfassung eines Schriftsatzes bis Freitag, 25. 11. 2016, beauftragt worden zu sein, für die am Mittwoch, 23. 11. 2016, anberaumte Verhandlung keinesfalls erblickt werden.

Da die Disziplinarbeschuldigte dementsprechend ohne ausreichende Entschuldigung der Verhandlung fernblieb, jedoch ohnehin Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, war der Disziplinarrat gem § 35 erster Satz DSt zur Durchführung der Verhandlung in Abwesenheit berechtigt.

Mit der konkret vorgenommenen Bemessung der Geldbuße wurde – obwohl in der E nicht angesprochen – auch die überlange Verfahrensdauer ausreichend berücksichtigt, denn aufgrund des erheblichen Gewichts der inkriminierten Disziplinartatbestände, mit der unter anderem die „Bloßstellung“ einer Berufskammer in der Öffentlichkeit angedroht wurde, wäre richtigerweise eine Geldbuße in Höhe von € 3.000,- angemessen gewesen. Der überlangen dreijährigen Verfahrensdauer wurde mit der um € 1.000,- reduzierten Geldbuße iS des Milderungsgrundes nach § 34 Abs 2 StGB ausreichend Rechnung getragen, sodass keine Veranlassung für eine Herabsetzung der verhängten Strafe besteht.

Die Reichweite der Haftung für den Erfüllungsgehilfen

ZIVILRECHT

§§ 1295, 1313a ABGB; § 278 BGB

Der erste Senat des OGH hat zuletzt in der E 1 Ob 43/15 b darauf hingewiesen, dass die Begrenzung der Haftung für Erfüllungsgehilfen auf (für den Geschäftsherrn) vorsehbare Gefahren eine uferlose Haftung des Geschäftsherrn für Delikte seiner Gehilfen vermeiden soll.

OGH 28. 9. 2017, 8 Ob 63/17

Sachverhalt:

In der Tageszeitung „Die Presse“ v 16. 11. 2017 erschien ein Bericht über einen Zivilprozess, der etwa folgendermaßen referiert wurde:

Eine Hilfskraft einer Wirtschaftsprüfungskanzlei ließ sich das Steuerguthaben eines Klienten missbräuchlich auf ein eigenes Konto umbuchen und veruntreute den Geldbetrag. Zur Stellung von Rückzahlungsanträgen war sie laut interner Regelung der Kanzlei nicht berechtigt.

Der Klient klagte die Wirtschaftsprüfungskanzlei aus dem Titel der Erfüllungshaftung auf Zahlung von € 17.786,77 sA.

Das ErstG wies die Klage ab, das BerG gab der Berufung des Klägers statt, ließ aber die Revision an den OGH mit der Begründung zu, von dessen Rsp abgewichen zu sein. Dieser gab der Revision statt und änderte die Entscheidung des BerG dahin, dass das klageabweisende Urteil des ErstG wiederhergestellt wurde.

Weiß man nur das, was die Zeitung berichtet, ist man zunächst etwas erstaunt. Liest man jedoch die maßgebende E 8 Ob 63/17 y genau, erfährt man, dass die ungetreue Mitarbeiterin ganz raffiniert vorgegangen war. Es heißt dort:

„Diese Mitarbeiterin wurde für den Bereich der Buchhaltung und der Lohnverrechnung eingestellt. Sie durfte in ih-

rem Arbeitsbereich den Kanzleistempel verwenden. Ein beschränkter Finanz-Online-Zugang war für sie eingerichtet, womit sie die Berechtigung hatte, Abfragen zu tätigen und gewisse ‚gefahrlose‘ Anträge (zB Ratenansuchen und Fristverlängerungsanträge) einzubringen. Es war ihr nicht erlaubt, Finanzamtsrückzahlungsanträge einzubringen.“

Um an das Steuerguthaben des Klienten zu gelangen, veranlasste sie Folgendes (siehe die zitierte Entscheidung):

„Um diese Zahlung durchzuführen, hatte sie sich den Rückzahlungsantrag für die Steuerguthaben als Formular über das Internet beschafft und in Papierform ausgedruckt und ausgefüllt. Sie hatte dafür weder eine Bevollmächtigung noch eine Zeichnungsberechtigung. Da sie in die Kundenkonten Einsicht hatte, konnte sie diese ausdrucken, mit dem Firmenstempel versehen und dem Finanzamt die Formulare in Papierform vorlegen. Dabei gab sie als Rückzahlungskonto ihr privates Konto an. Das beschaffte Geld verwendete sie für ihre Spielsucht und um Schulden zurückzuzahlen.“

Es ist evident, dass dieser Vorfall nach der Bestimmung des § 1313a ABGB zu überprüfen ist, der bekanntlich wie folgt lautet:

„Wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters



WOLFGANG LENNEIS
Der Autor ist emeritierter
Rechtsanwalt in Wien.

2019/106

sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.“

Plakativ ausgedrückt bedeutet dies: Fehler des Erfüllungsgehilfen sind so zu behandeln, wie wenn sie der Leistungspflichtige selbst gesetzt hätte.

Anzumerken ist hier, dass die genannte Bestimmung 1916 mit der III. Teilnovelle zum ABGB¹ eingeführt wurde, es handelt sich hierbei um eine fast wortwörtliche Übernahme aus dem BGB. Dessen § 278 lautet wie folgt:

„Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs 3 findet keine Anwendung.“

Bei problematischen Fällen ist es daher sinnvoll, auch die entsprechende deutsche Judikatur zu Rate zu ziehen. Ein offenkundig analoger und gleichartig entschiedener Fall, wie dem hier besprochenen, liegt BGH NJW 94, 3344 zugrunde,² dort heißt es, dass § 278 BGB unanwendbar ist, wenn eine Aushilfskraft mit einem anderen Aufgabenkreis sich vorcodierte Formulare verschafft und diese zur Überweisung auf ihr Konto missbraucht.

Es ist festzuhalten, dass schon vor 1918 eine Judikatur bestand, die der des § 1313a ABGB im Wesentlichen entsprach und dass von vorneherein eine Haftung des Geschäftsherrn für jedes nur denkbare Verschulden des Erfüllungsgehilfen abgelehnt wurde (zB keine Haftung des leistungspflichtigen Fuhrwerkunternehmers, dessen Dienstnehmer einen Fahrgast umbringt).³

Aus den Entscheidungsgründen:

Es ist also der Versuch einer Grenzziehung zu unternehmen: Wie weit geht die Haftung des Geschäftsherrn für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen tatsächlich und wo hört diese Haftung auf.

Die oben genannte Entscheidung des OGH nimmt eine derartige Grenzziehung mit folgender Formulierung vor:

Es wird

„[...] ein innerer Sachzusammenhang der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen mit der Vertragserfüllung gefordert und damit umgekehrt von dieser Haftung jede Schädigung ausgeschlossen, die der Gehilfe dem Gläubiger nur gelegentlich (anlässlich) der Erfüllung zugefügt hat und die einer selbständigen unerlaubten Handlung entspringen ist. Nur dann, wenn die unerlaubte Handlung des Gehilfen in den Aufgabenbereich eingreift, zu dessen Wahrnehmung er vom Schuldner bestimmt worden ist, hat daher der Schuldner dafür einzustehen.“

Weiters:

„Der erste Senat des Obersten Gerichtshofs hat zuletzt in der Entscheidung 1 Ob 43/15b darauf hingewiesen, dass die Begrenzung der Haftung für Erfüllungsgehilfen auf (für den Geschäftsherrn) vorsehbare Gefahren eine uferlose Haftung des Geschäftsherrn für Delikte seiner Gehilfen vermeiden soll.“

Derartige allgemeine Formulierungen sind naturgemäß im Einzelfall nur beschränkt hilfreich, immerhin hilft der Hinweis auf die „Vorhersehbarkeit“ weiter. Die folgenden Ausführungen unternehmen den Versuch einer Präzisierung und einer rechtstheoretischen Begründung.

Anmerkung:

Einige Fallbeispiele und Ansichten, die die gegenständliche Problematik aufzeigen:

Ein Taxifahrer vergewaltigt das zu befördernde Mädchen. Nach Reischauer⁴ ist § 1313a ABGB anzuwenden, weil das Mädchen in die Obhut des Taxiunternehmers übergeben wurde. Er zitiert allerdings auch die entgegengesetzten Meinungen von Ehrenzweig, Willburg und Wolff. Auch auf die alte von Klang (siehe oben) referierte, eine Erfüllungshaftung ablehnende Entscheidung ist zu verweisen. Einem Heiminsassen wird im Heim ein Sparbuch gestohlen, wobei zwei judizierte Fälle berichtet werden:⁵

- Das Sparbuch wird dem Inhaber der Seniorenanlage übergeben und in der Folge von einer Stationsgehilfin gestohlen;
- der Heiminsasse, der zur Beherbergung, Verpflegung und medizinischen Betreuung aufgenommen wurde, hat das Sparbuch bei sich behalten und es wird ihm im Heim gestohlen.

Im Falle a. wurde keine Erfüllungshaftung angenommen, im Falle b. hingegen schon, weil von einer Vertragsverletzung, für die der Geschäftsherr einzustehen hat, ausgegangen wurde.

Ist die Beschädigung desselben Rechtsgutes gleichzeitig als Vertragsverletzung und Delikt zu qualifizieren, ist sie nach herrschender Ansicht dem Geschäftsherrn zuzurechnen, gleichgültig, ob die Anspruchsgrundlage im Vertrag oder im Delikt gesucht wird. Reischauer führt hierzu aus:⁶ „Mit der Haftungsratio des § 1313a ABGB – der Interessenverfolgung gegenüber dem Geschädigten – lässt sich die Geschäftsherrnhaftung auch für Delikte (im Bereich der Interessenverfolgung) problemlos erklären.“

Kozioł hinterfragt dies kritisch, geht aber ebenfalls davon aus, dass die Erfüllungshaftung auch bei Delikten anwendbar ist, er leitet dies aus der ratio des § 1313a ABGB ab; der OGH folgt ihm diesbezüglich und beruft sich auf ihn.⁷ Der Geschäftsherr hat eine Sache zu verwahren, der Gehilfe aber keinerlei Tätigkeit in Verbindung mit der Sachverwahrung zu erbringen, stiehlt sie aber: keine Erfüllungshaftung. Stehlen jedoch die im Lager eines Ver-

¹ RGBl 1916/69.

² Grüneberg in Palandt, BGB⁷⁸ Anm 22 zu § 278.

³ Klang, Kommentar zum ABGB II⁶: „Aus diesen Gründen haben Lehre und Rechtsprechung bereits vor der Novelle die Haftung des Unternehmers für seine Leute anerkannt.“ Weiters Manz'sche Ausgabe des ABGB ex 1902:E 4 zu § 1313: „Die Unternehmung (juristische Person), welche der Natur der Sache nach die übernommenen Arbeiten nur durch ihre Organe besorgen kann, haftet für deren Versehen.“

⁴ Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³ § 1313a Rz 3.

⁵ Reischauer, aaO § 1313a Rz 2.

⁶ Reischauer, aaO § 1313a Rz 2.

⁷ JBl 1995, 522 = HS 26.743 = ecolex 1995, 400.

wahrsers damit beschäftigten Dienstnehmer daraus eine Sache, ist dies dem Geschäftsherrn zuzurechnen.⁸ Alle diese Fallbeispiele zitiert *Reischauer* in seiner Kommentierung zu § 1313 a, eine äußerst umfangreiche, unglaublich kompetente und theoretisch tiefgründig besprochene Sammlung maßgebender Entscheidungen zur Erfüllungshaftung.

Eine wirklich klare Linie lässt sich aber meiner Meinung aus der Unzahl der Entscheidungen nicht ableiten und scheint mir dies auch bei einer derartigen „Grenzfallproblematik“ kaum möglich.

Es ist daher zu untersuchen, wann von einer Erfüllungshaftung auszugehen ist und wann nicht:

Bei der Durchsicht zahlreicher Entscheidungen ist mir aufgefallen, dass die verschiedensten Abgrenzungskriterien herangezogen werden, wie Interessenverfolgung, ratio der gesetzlichen Bestimmung, Rechtswidrigkeitszusammenhang, bewegliches System usw, usw.

Reischauer sieht in der „Interessenverfolgung“ gegenüber dem Geschädigten das wesentliche Abgrenzungskriterium. Wegen dieser Interessenverfolgung werde die Tätigkeit des Gehilfen in den Risikobereich des Schuldners einbezogen.⁹ Er präzisiert dies dahingehend,¹⁰ dass der sachliche Zusammenhang mit dieser Interessenverfolgung zu überprüfen sei. Stehe das Verhalten des Gehilfen in sachlichem Zusammenhang mit der Interessenverfolgung, so sei die Haftung nach § 1313 a zu bejahen. Da das Interessenverfolgungsprogramm von Fall zu Fall (insb von Vertrag zu Vertrag) verschieden ist, könne insofern vom Einzelfall genauso wenig abgesehen werden wie bei den Vertragspflichten vom einzelnen konkreten Vertrag. Dann heißt es: „Für die Lösung der Rechtsfrage, ob ein Sachverhalt noch im sachlichen Zusammenhang mit der Interessenverfolgung steht, ist bei der Rechtsfrage ‚Interessenverfolgung‘ (Ober-satz) und nicht beim konkreten Sachverhalt anzusetzen.“

Ich habe mit dem Wort „Interessenverfolgung“ Probleme. Ist das etwas anderes als das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung seiner Leistung? Kann man dieses Interesse tatsächlich als Abgrenzungskriterium verwenden? Im hier besprochenen Fall kann es dem Klienten doch völlig gleichgültig sein, ob die Angestellte nach der internen Kanzleiregelung berechtigt oder nicht berechtigt war, Rückzahlungsanträge zu stellen, und ob sie die verpönte Tat in den Kanzleiräumen des Geschäftsherrn oder außerhalb derselben beging.¹¹

Der Hinweis auf den sachlichen Zusammenhang erscheint mir hier jedoch zielführend, was auch die deutsche Judikatur zu § 278 BGB deutlich hervorstreicht. Einige Zitate:

„Die schuldhafte Handlung muss in innerem sachlichen Zusammenhang mit der Aufgabe stehen, die der Schuldner dem Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der Vertragserfüllung zugewiesen hat“ (BGH 114/270).

„Für schuldhafte Handlungen des Erfüllungsgehilfen nur bei Gelegenheit der Vertragserfüllung haftet der Schuldner nicht“ (BGH NJW 65).

„Die Handlung des Erfüllungsgehilfen muss in den allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereichs gehören, zu dessen Wahrnehmung ihn der Schuldner bestellt hat“ (BGH NJW 65).

„Der Arbeitgeber muss aber nicht gemäß §§ 254, 278 für Handlungen eintreten, die der Arbeitnehmer ohne sachlichen Zusammenhang mit seinem Aufgabenkreis zum Nachteil des Auftraggebers vornimmt“ (BGH NJW-RR 04, 45).¹²

Es bietet sich daher die Adäquanz als taugliches Abgrenzungskriterium an.

Wenn man also vom sachlichen Zusammenhang ausgeht, hat man ein taugliches Abgrenzungskriterium, wobei dieser sachliche Zusammenhang viele Facetten hat, er kann inhaltlich und/oder zeitlich und/oder räumlich und /oder personell und dergleichen sein.

Hier gelangt man aber direkt zur Adäquanz und ich vermeine, dass man die hier aufgeworfene Problematik unter weitgehender Außerachtlassung von Interpretationsbehelfen wie bewegliches System und Rechtswidrigkeitszusammenhang mit den Mitteln der Adäquanztheorie behandeln soll und kann.

Die Adäquanz dient ja bekanntlich dazu, die natürliche Kausalkette (die ja ins Uferlose führt) auf eine sinnvolle juristische Kausalität zu beschränken. Sie kann positiv und negativ formuliert werden.¹³

Positiv bedeutet dies, dass adäquate Kausalität dann vorliegt, wenn nach allgemeiner (qualifizierter) Lebenserfahrung mit der Möglichkeit eines Schadeneintritts abstrakt gerechnet werden muss, negativ bedeutet dies, dass ganz unwahrscheinliche Folgen, wenn also mit ihnen keinesfalls zu rechnen ist, keine juristische Kausalität begründen.

Als inadäquat ist nach stRsp nur eine Ursache anzusehen, die – bei einer ex-ante-Betrachtung – zur Herbeiführung des späteren Erfolges als völlig ungeeignet erscheinen musste (EvBl 1984/11 uva) und nur infolge einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen zu einer Bedingung des Schadens wurde (zB SZ 58/128).

Ob Adäquanz vorliegt, ist eine Rechtsfrage, die anhand des Einzelfalles gelöst werden muss.

Ob im hier besprochenen Anlassfall diese Rechtsfrage richtig gelöst wurde, mag unterschiedlich beurteilt werden, die vorgenommene „Grenzziehung“ entspricht aber einer vorliegenden Judikatur.

Schlussfolgerung:

Der hier besprochene Fall betreffend die Erfüllungshaftung für einen Schaden, den eine ungetreue Mitarbeiterin einer

⁸ *Reischauer*, aaO Rz 3.

⁹ *Reischauer*, aaO Rz 1.

¹⁰ *Reischauer*, aaO Rz 3.

¹¹ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die ungetreue Mitarbeiterin über die Kanzleistampiglie verfügen konnte und sich dieser bei der Ausübung der Tat bediente. Eine Überprüfung aus dem Blickwinkel des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand (§ 1029 ABGB) erfolgte aber anscheinend nicht.

¹² Die hier zitierten vier Entscheidungen sind dem BGB-Kommentar *Pa-landt/Grüneberg*⁷⁸ zu § 278 BGB entnommen.

¹³ Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang zu § 1295 ABGB, wonach für alle zufälligen Folgen des schuldhaften Verhaltens gehaftet wird, mit deren Möglichkeit in abstracto gerechnet werden muss, aber nicht für einen atypischen Erfolg.

Wirtschaftsprüfungskanzlei verschuldete, wurde vom BerG und vom OGH rechtlich verschieden beurteilt, wobei das BerG in voller Kenntnis der Problematik die Revision mit der Begründung zuließ, dass es von der Rsp des OGH abgewichen sei, nach der die Haftung für ein vorsätzliches Delikt des Erfüllungsgehilfen voraussetzt, dass die Tat zusätzlich in den Aufgabenbereich eingreife, zu dessen Wahrnehmung der Geschäftsherr den Gehilfen bestimmt hat. Zur Erfüllungshaftung gibt es eine uferlose Judikatur, die naturgemäß auf den jeweiligen Einzelfall abstimmen

muss. Die Grenzziehung zwischen dem Vorliegen und dem Nichtvorliegen einer Erfüllungshaftung ist rechtlich und faktisch äußerst schwierig. Was die rechtliche Abgrenzung betrifft, ist die Rsp keineswegs eindeutig und bedient sich unterschiedlicher, oft nur schlagwortartig angeführter Methoden.

Mir scheint es richtig und geboten, derartige Grenzfälle aus dem Blickwinkel der Adäquanztheorie zu beurteilen.

WOLFGANG LENNEIS

(Deutsches) Europäisches Nachlasszeugnis als taugliche Eintragungsgrundlage für das (österreichische) Grundbuch

EUROPÄISCHES ERBRECHT

Art 1 Abs 2 lit I, 21 ff, 68 ff EuErbVO; §§ 32, 33 GBG

1. Das behördliche Registerverfahren ist zur Gänze von der EuErbVO ausgenommen, sodass sich die Voraussetzungen für die Eintragungen, die aufgrund der beglaubigten Abschrift eines Europäischen Nachlasszeugnisses vorgenommen werden sollen, wie insb die hierfür vorzulegenden Dokumente (Erklärungen über Steuern), ausschließlich nach dem Recht des Registerstaats richten. Erfasst sind von dieser Ausnahme aus österreichischer Sicht das formelle und materielle Grundbuchsrecht, also auch das immobilienbezogene Sachenrecht. Danach bestimmt sich, ob allenfalls neben dem Zeugnis zusätzliche verfahrensrechtliche Erfordernisse zur Umschreibung eines eingetragenen Rechts verlangt werden können.

2. Die genaue Angabe der Liegenschaft, in Betreff deren die Einverleibung erfolgen soll, wie von § 32 Abs 1 GBG für Privaturkunden gefordert, ist mangels Verweises auf diese Bestimmung in lit d des § 33 Abs 1 GBG kein ausdrücklich genanntes Erfordernis. Auch für eine Einverleibung aufgrund eines österreichischen Einantwortungsbeschlusses wird das Erfordernis, die Liegenschaft genau zu bezeichnen, im Grundbuchgesetz nicht genannt.

3. Der Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses richtet sich ausschließlich nach Art 68 EuErbVO, der entsprechend seinem Wortlaut und den Zielen der VO autonom auszulegen ist. Das schließt den Rückgriff auf nationales Recht aus. Damit kann dem Zeugnis nicht ein Inhalt gegeben werden, der sich aus einer nationalen Vorschrift ableitet, die auch nicht formales Registerrecht ist.

OGH 15. 5. 2018, 5 Ob 35/18k

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass es lautet:

Aufgrund folgender Urkunden

1 Europäisches Nachlasszeugnis (Amtsgericht München, Aktenzeichen: 61 VI 11575/16) vom 14. 12. 2016

2 Testament (des Notars Walter Zöllner in München, Urkundenrolle Nr *****)

vom 1. 6. 1994

[. . .]

werden nachstehende Eintragungen bewilligt:

1 in EZ ***** KG *****

auf Anteil B-LNR 4

4 ANTEIL: 1/1

A*****:

Bundesrepublik Deutschland, *****

zu 1/4 (hinsichtlich der Liegenschaft)

die Einverleibung des Eigentumsrechtes

für ***** , Deutschland

2 in EZ ***** KG *****

auf Anteil B-LNR 4

4 ANTEIL: 1/1

A*****:

Bundesrepublik Deutschland, *****

zu 1/4 (hinsichtlich der Liegenschaft)

die Einverleibung des Eigentumsrechtes



ALEXANDER WITTWER
Partner bei Thurnher
Wittwer Pfefferkorn &
Partner Rechtsanwälte
GmbH



MAXIMILIAN MAIER
Der Autor ist Rechtsanwaltsanwärter in Dornbirn.

2019/107

für J*****, Deutschland

[es folgen noch mehrere solcher österreichischen grundbuchsrechtlicher Eintragungsbeschlüsse]

Der Vollzug der bewilligten Eintragungen und die Verständigung der Beteiligten obliegt dem ErstG.

Begründung:

Die Antragsteller begehren unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift des von einem deutschen Amtsgericht am 14. 12. 2016 ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnisses und anderer Urkunden die Einverleibung ihres anteiligen Eigentumsrechts an den im Spruch ausgewiesenen Liegenschaften. An keiner dieser Liegenschaften ist Wohnungseigentum begründet.

Sie sind Erben nach dem im Grundbuch als (Mit-)Eigentümer eingetragene österreichische Staatsbürger und haben die Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen. Nach dem Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses haben sie als Miterben je zu einem Viertel Anspruch auf den gesamten Nachlass. Als ihnen zugewiesene Vermögenswerte ist „Grundbesitz in Österreich“ genannt.

Das ErstG wies das Grundbuchsgesuch ab. Es vertrat zusammengefasst die Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine Eigentumseinverleibung nach österreichischem Recht zu beurteilen seien. Das Europäische Nachlasszeugnis bedürfe gem § 433 ABGB iVm § 33 Abs 1 lit d GBG der Angabe der jeweiligen Einlagezahlen und Katastralgemeinden. Solche Angaben über die Bezeichnung der Liegenschaften seien in der vorgelegten Urkunde nicht enthalten.

Das RekG bestätigte diese Entscheidung. Das Ansuchen und dessen Beilagen seien einer genauen Prüfung zu unterziehen, wobei eine grundbücherliche Eintragung nur dann bewilligt werden dürfe, wenn das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden begründet erscheine und diese in der Form vorlägen, die zur Bewilligung einer Einverleibung, Vormerkung oder Anmerkung erforderlich sei. Der im Grundbuch einverleibte Eigentümer habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt und sei am 1. 8. 2016 und damit nach dem Inkrafttreten der VO (EU) 650/2012 v 4. 7. 2012 verstorben. Aus dem mit dem Antrag vorgelegten Europäischen Nachlasszeugnis ergebe sich bindend, dass die Antragsteller zu je einem Viertel Erben des Verstorbenen seien. Art 1 Abs 2 lit l EuErbVO nehme jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung sowie die Wirkung der Eintragung oder fehlenden Eintragung solcher Rechte in einem Register vom Anwendungsbereich der VO aus. Diese Bestimmung stehe zwar in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art 69 EuErbVO, der festlege, dass das Europäische Nachlasszeugnis ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register eines Mitgliedstaats sei, doch sei davon auszugehen, dass die nationalen Erfordernisse für die Eintragung im Register aufrechterblieben. Da aus

einem nationalen Einantwortungsbeschluss hervorgehen müsse, welche Liegenschaft im Erbweg übergegangen sei, sei auch für das Europäische Nachlasszeugnis zu fordern, dass dem Formalerfordernis nach österreichischem Grundbuchsrecht, wonach auch in Urkunden nach § 33 Abs 1 lit d GBG jene Liegenschaft genannt werden müsse, die im Erbweg übergegangen sei, entsprochen werde. Art 68 EuErbVO eröffne die Möglichkeit, das Verzeichnis der Rechte und/oder Vermögenswerte, die einem bestimmten Erben zustünden, in das Europäische Nachlasszeugnis aufzunehmen.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil zur Frage, ob in einem Europäischen Nachlasszeugnis eine Bezeichnung der in Österreich gelegenen Liegenschaften enthalten sein müsse, keine höchstgerichtliche Rsp vorliege.

Rechtliche Beurteilung:

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom RekG genannten Grund zulässig; er ist auch berechtigt.

Das Europäische Nachlasszeugnis (idF auch Zeugnis), wie es von den Antragstellern als Grundlage ihres Einverleibungsbegehrens vorgelegt wurde, ist mit Art 62 der VO (EU) 650/2012 v 4. 7. 2012 (in Kraft seit 17. 8. 2015) eingeführt worden. Die Urschrift eines solchen Zeugnisses verbleibt bei der ausstellenden Behörde. Von ihr sind über Verlangen beglaubigte Abschriften herzustellen, die für einen begrenzten Zeitraum von sechs Monaten gültig sind, wobei das Ablaufdatum in der Abschrift anzugeben ist (Art 70 Abs 1 und 3 EuErbVO). Die von den Antragstellern vorgelegte Abschrift war bis 15. 6. 2017 gültig.

Nach § 93 GBG ist für die Beurteilung eines Grundbuchsgesuchs der Zeitpunkt entscheidend, in dem es beim Grundbuchsgericht einlangt. Das gilt für alle Instanzen (RIS-Justiz RS0061117; *G. Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht² § 93 GBG Rz 3 mwN) und auch für die Beurteilung der Urkunden (*Kodek*, aaO, Rz 9), sodass sich die Prüfung in dritter Instanz, ob das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden gedeckt ist, ebenfalls nach diesem Zeitpunkt richtet. Im Zeitpunkt des Einlangens ihres Gesuchs war die von den Antragstellern vorgelegte Abschrift des Zeugnisses noch gültig und ist daher der Beurteilung ihres Begehrens zugrunde zu legen.

Kommt kein anderer Zuständigkeitstatbestand der VO zum Tragen, sind nach Art 4 EuErbVO die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem der Verstorbene im Zeitpunkt seines Todes den gewöhnlichen Aufenthalt hatte, für Entscheidungen in Erbsachen für den gesamten Nachlass international zuständig. Den Gerichten dieses Mitgliedstaats obliegt – bestehen keine abweichenden innerstaatlichen Regelungen – dann auch die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses (Art 64 EuErbVO).

2.2 Das allgemeine Erbstatut (Art 23 Abs 1 EuErbVO) richtet sich primär ebenfalls nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes (Art 21 Abs 1 EuErbVO). Ihm unterliegen gem Art 23 Abs 2 lit a EuErbVO etwa die Gründe für den Eintritt des Erbfalls sowie dessen

Zeitpunkt und Ort; darunter fällt auch die erbrechtliche Umschreibung des Nachlasses (*Traar in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, IZVR Art 23 EuErbVO Rz 4).

2.3 Das nach dem Erbstatut anzuwendende deutsche Recht kennt keine den §§ 177f AußStrG vergleichbare Beschlussfassung über die Einantwortung. Nach § 2353 BGB ist dem Erben über Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht (Erbschein) auszustellen, in dem, wenn er nur zum Teil der Erbschaft berufen ist, die Größe des Erbteils auszuweisen ist. Bezeugt wird nur die Beerbung, also nur die unmittelbar vom Erblasser abgeleitete neue Rechtszuständigkeit (*Grziwotz in MünchKomm, BGB⁷ § 2353 Rn 22*).

2.4 In das europäische Nachlasszeugnis sind die in Art 68 EuErbVO angeführten Angaben aufzunehmen, sofern dies für die Zwecke, zu denen es ausgestellt ist, erforderlich ist. Es handelt sich dabei um eine abschließende Aufzählung (*Oswald, Grenzüberschreitende Erbrechtsfälle [2016] 221; Mondl/Tschugguel in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer, Die EU-ErbrechtsVO Art 68 Rz 1*). Nach Art 68 lit I EuErbVO gehört dazu der Erbteil jedes Erben und gegebenenfalls das Verzeichnis der Rechte und/oder der Vermögenswerte, die einem bestimmten Erben zustehen. Daraus leitet das RekG ab, dass die Bezeichnung der Liegenschaften auch in einem Fall wie dem vorliegenden in das Zeugnis aufgenommen werden könne. Deutsche Gerichte vertreten dazu die Ansicht, dass, kommt – wie im vorliegenden Fall – deutsches Erbrecht zur Anwendung, die Angabe einzelner Nachlassgegenstände im Europäischen Nachlasszeugnis nicht möglich ist (OLG Nürnberg 15 W 299/17; OLG München 31 Wx 275/17, je mwN).

3.1 Nach Art 69 Abs 1 EuErbVO entfaltet das Zeugnis Wirkungen in allen Mitgliedstaaten, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. Nach Abs 2 dieses Art wird vermutet, dass die Person, die im Zeugnis als Erbe oder Vermächtnisnehmer genannt ist, die in dem Zeugnis genannte Rechtsstellung und die in dem Zeugnis aufgeführten Rechte hat und dass diese Rechte keinen anderen als den im Zeugnis aufgeführten Bedingungen und/oder Beschränkungen unterliegen. Es bildet gem Art 69 Abs 5 EuErbVO ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register eines Mitgliedstaats, unbeschadet des Art 1 Abs 2 lit k und l.

3.2 Erwägungsgrund (ErwGr) 69 der VO stellt zur Wirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses klar, dass eine Behörde oder Person, der ein in einem anderen Mitgliedstaat ausgestelltes Zeugnis vorgelegt wird, nicht verlangen können soll, dass statt des Zeugnisses eine Entscheidung, eine öffentliche Urkunde oder ein gerichtlicher Vergleich vorgelegt wird. Dem Zeugnis kommt daher gegenüber der Registerbehörde Legitimationswirkung zu (*Rechberger/Kieweler in Rechberger/Zöchling-Jud, Die EU-ErbrechtsVO in Österreich [2015] 309f; Neumayr, Europäisches Nachlasszeugnis, AnwBl 2016, 262 [263]; Oswald, aaO 226*). Der Europäische Gerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass das Zeugnis jedem Erben, Vermächtnisnehmer oder darin ge-

nannten Rechtsnachfolger ermöglichen muss, in einem anderen Mitgliedstaat seine Rechtsstellung und seine Rechte nachzuweisen (EuGH C-218/16 Rz 59; in diesem Sinn auch ErwGr 18 der VO).

3.3 Die Registerbehörde hat das Europäische Nachlasszeugnis daher grundsätzlich als Grundlage seiner Eintragung zu akzeptieren, ohne weitere Nachweise der Rechtsposition des Eintragungswerbers verlangen zu können (*Schauer, Europäisches Nachlasszeugnis 93; ders in Deixler-Hübner/Schauer, EuErbVO Art 69 Rz 43; Rechberger/Kieweler, aaO 310; Oswald, aaO 226; Dutta in MünchKomm, BGB⁷ Art 69 EuErbVO Rn 30*). Der Gesetzgeber hat mit dem Erbrechtsänderungsgesetz, BGBl I 2015/87, das Europäische Nachlasszeugnis zur Klarstellung als Urkunde, aufgrund deren Einverleibungen erfolgen können, in den Katalog des § 33 Abs 1 lit d GBG aufgenommen (RV 688 BlgNR 25. GP 3, 46), sodass die Rechtslage auch nach nationalem Grundbuchsrecht insoweit eindeutig ist (vgl auch *Verweijen, Handbuch des Verlassenschaftsverfahrens [2018] 116*). Wurde daher ein Europäisches Nachlasszeugnis von der dazu zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats (Art 4 iVm Art 67 EuErbVO) ausgestellt und eine Abschrift davon dem Grundbuchsgericht vorgelegt, kann aus nationaler Sicht nicht etwa auch ein Einantwortungsbeschluss verlangt werden.

4.1 Art 1 Abs 2 lit I EuErbVO nimmt vom Anwendungsbereich der VO jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung sowie die Wirkung der Eintragung oder fehlenden Eintragung solcher Rechte in einem Register aus (vgl auch EuGH C-218/16 Rn 52). ErwGr 18 legt dazu dar, dass das Recht des Mitgliedstaats, in dem das Register für unbewegliches Vermögen geführt wird (*lex rei sitae*), bestimmen soll, unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen und wie die Eintragung vorzunehmen ist und welche Behörden, wie etwa Grundbuchämter oder Notare, dafür zuständig sind zu prüfen, dass alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllt und die vorgelegten oder erstellten Unterlagen vollständig sind bzw die erforderlichen Angaben enthalten.

4.2 Das behördliche Registerverfahren ist damit von der VO zur Gänze ausgenommen (vgl *Rudolf/Zöchling-Jud/Kogler, aaO 206f*), sodass sich die Voraussetzungen für die Eintragungen, die aufgrund der beglaubigten Abschrift eines Europäischen Nachlasszeugnisses vorgenommen werden sollen, wie insb die hierfür vorzulegenden Dokumente (Erklärungen über Steuern) ausschließlich nach dem Recht des Registerstaats richten (vgl *Schauer in Deixler-Hübner/Schauer, aaO Art 69 Rz 45*). Erfasst sind von dieser Ausnahme aus österreichischer Sicht das formelle und materielle Grundbuchsrecht, also auch das immobilienbezogene Sachenrecht (*Mankowski in Deixler-Hübner/Schauer, aaO Art 1 Rz 97*). Danach bestimmt sich, ob allenfalls neben dem Zeugnis zusätzliche verfahrensrechtliche Erfordernisse

zur Umschreibung eines eingetragenen Rechts verlangt werden können (*Dutta*, aaO Art 69 EuErbVO Rz 30).

4.3 Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass für die Durchführung von grundbücherlichen Einverleibungen aufgrund eines Europäischen Nachlasszeugnisses die Formerfordernisse des GBG zu beachten sind. Nach § 94 Abs 1 GBG hat das Grundbuchgericht das Ansuchen und dessen Beilagen einer genauen Prüfung zu unterziehen und darf eine grundbücherliche Eintragung (unter anderem) nur dann bewilligen, wenn (Z 3) das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden begründet erscheint und (Z 4) die Urkunden in der Form vorliegen, die zur Bewilligung einer Einverleibung, Vormerkung oder Anmerkung erforderlich ist. Damit ist zu prüfen, ob die von den Vorinstanzen vermisste Bezeichnung der Liegenschaften formales Erfordernis bzw das von den Antragstellern vorgelegte Zeugnis wegen des Fehlens dieser Angaben unvollständig ist und deswegen das Begehren der Antragsteller nicht zu begründen vermag.

5.1 Nach § 32 Abs 1 GBG müssen Privaturkunden, aufgrund derer eine Einverleibung stattfinden soll, außer den Erfordernissen nach §§ 26, 27 GBG (unter anderem) die genaue Angabe der Liegenschaft oder des Rechts, in Betreff deren die Einverleibung erfolgen soll, enthalten (§ 32 Abs 1 lit a GBG). Demgegenüber nennt § 33 Abs 1 GBG die öffentlichen Urkunden, aufgrund deren Einverleibungen stattfinden können. Das sind

„a) die über Rechtsgeschäfte von einer öffentlichen Behörde oder von einem Notar innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse aufgenommenen Urkunden, wenn sie mit den in § 32 GBG vorgeschriebenen Erfordernissen versehen sind;

[. . .]

d) andere Urkunden, die die Eigenschaft eines gerichtlich vollziehbaren Ausspruchs einer öffentlichen Behörde haben. Dahin gehören insbesondere rechtskräftige Erkenntnisse, Beschlüsse über bücherliche Einverleibungen und Löschungen zur Ausführung des Verteilungsbeschlusses (§ 237 EO), Amtsbestätigungen über die freiwillige Versteigerung einer Liegenschaft, die Einantwortungsbeschlüsse und Amtsbestätigungen der Verlassenschaftsgerichte (§§ 178 und 182 AußStrG), sowie europäische Nachlasszeugnisse und Erbenbescheinigungen von Behörden, die nach der EuErbVO zu ihrer Ausstellung zuständig sind.“

5.2 Die genaue Angabe der Liegenschaft, in Betreff deren die Einverleibung erfolgen soll, wie von § 32 Abs 1 GBG für Privaturkunden gefordert, ist mangels Verweises auf diese Bestimmung in lit d § 33 Abs 1 GBG kein ausdrücklich genanntes Erfordernis. Auch für eine Einverleibung aufgrund eines österreichischen Einantwortungsbeschlusses wird das Erfordernis, die Liegenschaft genau zu bezeichnen, im Grundbuchgesetz nicht genannt.

5.3 § 178 Abs 2 Z 2 AußStrG ordnet an, dass in den Einantwortungsbeschluss – sind von der Einantwortung auch Liegenschaften umfasst – jeder Grundbuchkörper aufzu-

nehmen ist, auf dem aufgrund der Einantwortung die Grundbuchsordnung herzustellen sein wird. Diese Vorschrift hat für das Verlassenschaftsverfahren Geltung (III. Hauptstück AußStrG) und ist als Anweisung an das österreichische Verlassenschaftsgericht anzusehen (so auch *Sailer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 178 Rz 1). Sie legt (insoweit zwingend) den Inhalt des Einantwortungsbeschlusses fest, soll er taugliche Eintragungsgrundlage gem § 33 Abs 1 lit d GBG sein (5 Ob 107/11 p), ist aber nicht Bestandteil des formellen Registerrechts iSd Art 1 Abs 2 lit 1 EuErbVO (so schon 5 Ob 186/17i).

5.4 Der Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses richtet sich ausschließlich nach Art 68 EuErbVO, der entsprechend seinem Wortlaut und den Zielen der VO autonom auszulegen ist. Das schließt den Rückgriff auf nationales Recht aus (*Traar*, aaO Vor § 1 EuErbVO Rz 4; *Dutta*, aaO Vor Art 1 EuErbVO Rn 23 mwN). Damit kann dem Zeugnis nicht ein Inhalt gegeben werden, der sich aus einer nationalen Vorschrift ableitet, die auch nicht formales Registerrecht ist. Darauf zielt aber die Argumentation des RekG ab, wenn es unter Bezugnahme auf die E 5 Ob 107/11 p die für einen Einantwortungsbeschluss nach österreichischem Recht geforderte Bezeichnung der Liegenschaft auch für das Zeugnis verlangt.

5.5 Anders als § 178 Abs 2 Z 2 AußStrG für den Einantwortungsbeschluss, nennt Art 68 der VO die Bezeichnung der Liegenschaften, die im Erbweg übergegangen sind, nicht als Bestandteil des Europäischen Nachlasszeugnisses. Nach Art 68 lit l EuErbVO hat das Zeugnis gegebenenfalls zwar auch ein Verzeichnis der Rechte und/oder Vermögenswerte zu enthalten, die einem bestimmten Erben zustehen. Das folgt aber aus dem in der VO verankerten Zweck des Zeugnisses, das auch als Nachweis für die Zuweisung bestimmter Vermögenswerte des Nachlasses an Erben oder Vermächtnisnehmer dienen kann (Art 63 Abs 2 lit b EuErbVO). Wie im Fall einer „Zuweisung“ einer oder einzelner Liegenschaften an bestimmte im Zeugnis als Erben oder Vermächtnisnehmer genannte Personen deren Bezeichnung zu erfolgen hätte, muss im vorliegenden Fall nicht untersucht werden, weil die Antragsteller nach dem Inhalt des Zeugnisses jeweils anteilig Anspruch auf den gesamten Nachlass des Verstorbenen haben. Dass die Bezeichnung von Liegenschaften ganz allgemein notwendiger Inhalt eines Europäischen Nachlasszeugnisses wäre, ergibt sich aus diesen Bestimmungen jedenfalls nicht. Das von den Antragstellern vorgelegte Zeugnis ist damit nicht mangelhaft, sondern entspricht den Inhaltsvorgaben der VO.

5.5 Grundbücherliche Eintragungen dürfen nur dann bewilligt werden, wenn das Begehren durch den Inhalt der beigebrachten Urkunden begründet erscheint. Das Ansuchen kann somit nur dann bewilligt werden, wenn der Urkundeninhalt auch materiell-rechtlich keine Zweifel aufkommen lässt (RIS-Justiz RS0060878).

5.6 An der Rechtsstellung der Antragsteller bestehen schon wegen der in Art 69 Abs 2 der EuErbVO normierten

Vermutungswirkungen (dazu *Neumayr*, aaO 263) keine Bedenken. Dass der im Zeugnis genannte Verstorbene Eigentümer der vom Antrag erfassten Liegenschaften war, haben die Vorinstanzen nicht in Zweifel gezogen. Dafür besteht nach dem Grundbuchsstand und der Urkundenlage auch kein Anlass. Damit bleibt für Bedenken, wie sie der OGH im Fall einer Amtsbestätigung nach § 182 Abs 3 AußStrG hatte, weil darin die genaue Angabe der Liegenschaft, auf der die Dienstbarkeit des Fruchtgenussrechts zugunsten einer Vermächtnisnehmerin einverleibt werden sollte, fehlte (5 Ob 227/08f), im Fall des vorgelegten Europäischen Nachlasszeugnisses kein Raum. Danach haben die Antragsteller als Erben zu je einem Viertel Anspruch auf den gesamten Nachlass des im Zeugnis genannten Verstorbenen. Damit bestehen keine Zweifel, dass ihr Anspruch alle in Österreich gelegenen Liegenschaften erfasst, die im Eigentum des Verstorbenen standen. Ausgehend von der vorgelegten Urkunde und dem Grundbuchsstand sind daher keine Rückschlüsse über die Rechtsnachfolge des Verstorbenen an den Liegenschaften erforderlich.

6. Zusammengefasst folgt, dass § 33 Abs 1 lit d GBG (mangels Verweises auf § 32 Abs 1 GBG) die genaue Angabe der Liegenschaft, in Betreff deren die Einverleibung erfolgen soll, nicht fordert, sodass nach dem formellen Registerrecht die konkrete Bezeichnung der Liegenschaft im Europäischen Nachlasszeugnis (bzw dessen Abschrift) keine zwingende Voraussetzung für eine Einverleibung ist. Der Inhalt eines solchen Zeugnisses richtet sich ausschließlich nach Art 68 EuErbVO, der die darin aufzunehmenden Angaben abschließend regelt und die Bezeichnung der Liegenschaft ebenfalls nicht fordert, sodass allein das Fehlen dieser Angabe die Bewilligung der Einverleibung auf der Grundlage eines solchen Zeugnisses nicht hindert. Der Inhalt des von den Antragstellern vorgelegten Zeugnisses ist damit in formaler Beziehung unbedenklich und lässt auch in materiell-rechtlicher Hinsicht keine Zweifel aufkommen, weil damit die (widerlegliche) Vermutung verknüpft ist, dass ihre im Zeugnis ausgewiesene Rechtsstellung tatsächlich besteht.

7. Das für Salzburg geltende Grundverkehrsgesetz (Grundverkehrsgesetz 2001 – GVG 2001), LGBl 2002/9 idGF, enthält eigene Bestimmungen über den Erwerb von Todes wegen. Danach bedarf ua der Rechtserwerb durch Kinder keiner Zustimmung durch die Grundverkehrsbehörde, wenn ihre Stellung zum Verstorbenen in der Einantwortungsurkunde oder Amtsbestätigung nach § 178 AußStrG (nunmehr § 182 Abs 3 AußStrG) festgehalten ist (§ 22 Abs 2 iVm § 23 GVG 2001). Zweck dieser Regelungen ist der urkundliche Nachweis des Verhältnisses der Erben zum Verstorbenen durch die zur Ausstellung befugte Behörde. Das Europäische Nachlasszeugnis entspricht einer solchen Bestätigung, weil es gem Art 68 lit e EuErbVO Angaben zu einem etwaigen Verwandtschafts- oder Schwägerchaftsverhältnis des Antragstellers zum Verstorbenen zu enthalten hat, und ist damit den in § 23 GVG 2001 erwähnten Urkunden gleichzuhalten. In dem von den Antragstel-

lern vorgelegten Zeugnis wird festgehalten, dass sie die Töchter und Söhne des Verstorbenen sind, sodass den begehrten Eintragungen auch kein grundverkehrsrechtliches Hindernis entgegensteht.

8. Somit liegt kein Grund vor, der den begehrten Einverleibungen entgegensteht, sodass dem Revisionsrekurs stattzugeben und das Gesuch der Antragsteller zu bewilligen ist.

Anmerkung:¹

Mit Beschluss des AG Augsburg 27. 6. 2015, 3 VI 94/17 und Beschluss des OLG München 12. 9. 2017, 31 Wx 275/17, hielten diese Gerichte zusammengefasst fest, dass die Aufnahme der genaueren Bezeichnung eines geerbten Grundstücks in das ENZ die Aufnahme eines einzelnen Vermögensbestandteils sei und dies mit dem Verweis auf Art 21 EuErbVO nach deutschem Erbrecht nicht möglich sei.² Das AG Augsburg hat dem folgend die Ansicht vertreten, dass die Aufnahme einzelner Vermögensbestandteile eine Frage sei, die durch materielles deutsches Erbrecht zu beantworten sei.³ Wir haben diese Beschlüsse bereits kritisiert.⁴

In der Entscheidung des OGH v 29. 8. 2017⁵ hielt dieser – wie in der gegenständlichen Entscheidung – fest, dass Art 1 Abs 2 lit I EuErbVO Eintragungen von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung sowie die Wirkung der Eintragung oder fehlender Eintragung solcher Rechte in einem Register ausnimmt. Die Frage jedoch, ob die Rechte an einer Immobilie überhaupt Gegenstand des Erbrechts sind und gegebenenfalls auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt der Erbe die Immobilie erwirbt (Erbfall oder Einantwortung), ist an das Erbstatut anzuknüpfen. Das Registerrecht regelt niemals den Übergang der Rechte, sondern nur deren Registrierung. Wird eine österreichische Immobilie von einem Erblasser mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland vererbt, erwirbt der Erbe im Zeitpunkt des Todes außerbüchliches Eigentum gem Art 21 EuErbVO iVm § 1922 BGB an dieser Liegenschaft.⁶

In der hier rezensierten Entscheidung⁷ hält der OGH richtigerweise fest, dass sich der Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses ausschließlich nach Art 68 EuErbVO richtet, der entsprechend seinem Wortlaut und den Zielen der VO autonom auszulegen ist. Das schließt den

¹ Diese Glosse wurde bereits in der (deutschen) Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (ErbR) in geringfügig adaptierter Form veröffentlicht (Heft 2/2019). Die Autoren danken dem Luchterhand-Verlag für die Genehmigung zur Zweitveröffentlichung.

² AG Augsburg, ErbR 2018, 261 (Maier).

³ Lange, DNotZ 2016, 113 mwN.

⁴ Siehe AG Augsburg, ErbR 2018, 261 (Maier). Vgl auch Wittwer/Maier, ErbR 2018, 27.

⁵ OGH 29. 8. 2017, 5 Ob 108/17 v AnwBl 2018/98 (Wittwer/Maier).

⁶ Leipold in MünchKomm, BGB⁷ (2017) § 1922 Rz 152.

⁷ OGH 15. 5. 2018, 5 Ob 35/18k.

Rückgriff auf nationales Recht aus.⁸ Damit kann dem ENZ auch nicht ein Inhalt unterstellt werden, der sich aus einer nationalen Vorschrift ableitet, die auch nicht formales Registerrecht ist.⁹ Eine andere Ansicht vertreten die bayerischen Gerichte.¹⁰ „Die vom Antragsteller gewünschte Aufnahme der genaueren Bezeichnung des geerbten österreichischen Grundstücks in das europäische Nachlasszeugnis wäre die Aufnahme eines einzelnen Vermögensbestandteils und ist deshalb nach deutschem Erbrecht, welches nach wie vor Anwendung findet (§ 21 EU ErbVO), nicht möglich.“¹¹

Gem § 33 Abs 1 lit d GBG (mangels Verweises auf § 32 Abs 1 GBG [für Privaturkunden]) ist die genaue Angabe der Liegenschaft, in Betreff deren die Einverleibung erfolgen soll, nicht erforderlich, weil nach dem formellen österreichischen Registerrecht die konkrete Bezeichnung der Liegenschaft im europäischen Nachlasszeugnis keine zwingende Voraussetzung für eine Einverleibung ist.¹² Mit dieser für die Praxis sehr erfreulichen Entscheidung nimmt der österreichische OGH – abweichend vom sonst sehr formalen österreichischen Grundbuchsrecht – eine liberalere Haltung ein und „saniert“ sozusagen die zu engherzige Praxis der deutschen Gerichte, die Liegenschaftsbezeichnungen in ein ENZ nicht aufnehmen wollen. Für die deutsch-österreichische Abwicklung von Erbfällen mit Liegenschaftsbezug in Österreich ist das eine große Erleichterung.

Der OGH begründet seine Ansicht damit, dass § 33 Abs 1 lit d GBG (Einverleibung aufgrund von öffentlichen Urkunden) nicht auf § 32 GBG (Formerfordernisse für Privaturkunden, aufgrund deren eine Eintragungen möglich sind) verweise, sodass zur Einverleibung einer Liegenschaft nicht notwendig sei, auch das Grundstück mit der Einlagezahl und Katastralgemeinde zu bezeichnen.

Sich lediglich darauf zu berufen, dass diese Erfordernisse nunmehr nicht mehr notwendig seien, weil in § 33 Abs 1 lit d nicht ausdrücklich verfügt wurde, dass die Formerfordernisse des § 32 GBG zu erfüllen sind, ist nicht befriedigend. Wird doch in den Materialien¹³ zur Novellierung des § 33 GBG ausdrücklich festgehalten, dass die Nennung des ENZ in § 33 Abs 1 lit d unter den öffentlichen Urkunden, auf Grund derer eine Einverleibung stattfinden kann, ausdrücklich genannt werden soll. Diese Regelung soll jedoch keine Änderung der Rechtslage bewirken, „sondern dient allein der Klarstellung“.

Der OGH hätte unseres Erachtens die Lösung auch anders herbeiführen können:

Im gegenständlichen Fall hätte § 33 GBG gar nicht angewendet werden müssen, weil es sich um eine bloße „Berichtigung des Grundbuches“ iSd § 136 GBG handelt. Auf Grund der Anknüpfung an das Erbstatut gem Art 21 EU ErbVO iVm § 1922 BGB gelangt deutsches materielles Recht zur Anwendung und der Erblasser hat bereits außerbücherliches Liegenschaftseigentum erworben.

Gem § 136 GBG gilt Folgendes: Gibt das Grundbuch die wirkliche Rechtslage nicht richtig wieder, so ist auf Ansuchen die zur Berichtigung erforderliche Eintragung vorzunehmen, ohne dass die sonst für eine solche Eintragung von diesem Bundesgesetz geforderten Voraussetzungen erfüllt sein müssen, wenn die Unrichtigkeit offenkundig oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist. Soweit dieser Nachweis, der durch die Erklärung eines Beteiligten erbracht werden kann, gilt eine gerichtlich oder notariell beglaubigte Privaturkunde. Offenkundig ist zum Beispiel die Unrichtigkeit, wenn sie sich unmittelbar aus einem Gesetz oder aus dem Nachweis gewisser Tatsachen in Verbindung mit dem Gesetz ergibt. Als öffentliche Urkunden iSd § 136 GBG gelten alle öffentlichen Urkunden (§ 292 ZPO) und nicht nur alle öffentlichen Urkunden iSd § 33 GBG.¹⁴ Die österreichische Rsp formuliert meist, dass als Grundlage für die Berichtigung des Grundbuches der „Nachweis der Unrichtigkeit“ genügt; dieser trete an die Stelle der sonst (§§ 31 ff) geforderten Unterlagen.¹⁵

Das von einem deutschen Amtsgericht ausgestellte ENZ und auch ein deutscher Erbschein ist eine öffentliche Urkunde iSd § 292 ZPO. Eine gem § 136 GBG vorzulegende öffentliche Urkunde muss nicht den Erfordernissen zur Einverleibung (§ 33) entsprechen.¹⁶ Weder § 33 GBG noch die Formvorschriften des § 32 Abs 1 GBG sind in den Fällen, in denen der Liegenschaftserwerb aufgrund des anwendbaren Erbrechts *eo ipso* bereits stattgefunden hat, unbedingt anzuwenden, weil es sich um eine bloße Berichtigung des Grundbuches handelt.

Das Erfordernis zur Vorlage des Originals der Urkunde gem § 87 GBG gilt nach § 136 GBG nicht; daher bildet bspw die von einem Notar beglaubigte Fotokopie der Sterbeurkunde des Buchberechtigten eine taugliche Eintragungsgrundlage.¹⁷

Aus unserer Sicht ändert dieser praxisfreundliche Ansatz des österreichischen OGH nichts daran, dass die deutschen Gerichte verpflichtet wären, die Katastralgemeinde und die Einlagezahl bzw Grundstücksnummer im Europäischen Nachlasszeugnis anzuführen.¹⁸

ALEXANDER WITTMER/MAXIMILIAN MAIER

⁸ OGH 15. 5. 2018, 5 Ob 35/18k, Rz 5.4 mwN zu Lit.

⁹ OGH 15. 5. 2018, 5 Ob 35/18k, Rz 5.3.

¹⁰ AG Augsburg, ErbR 2018, 282; OLG München ErbR 2017, 720; OLG Nürnberg, ErbR 2017, 661.

¹¹ AG Augsburg, ErbR 2018, 282 Rz 7; Krit Maier, AnwBl 2018/213 mwN.

¹² OGH 15. 5. 2018, 5 Ob 35/18k, Rz 5.1.

¹³ ErläutRV 688 Blg 25. GP 46.

¹⁴ Feil/Friedl/Bayer, GBG § 136 Rz 4; Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² (2016) § 136 Rz 15–19.

¹⁵ Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² (2016) § 136 Rz 15 mwN zur Rsp.

¹⁶ Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² (2016) § 136 Rz 19.

¹⁷ OGH 27. 6. 2006, 5 Ob 94/06v.

¹⁸ IdS auch Rauscher, ZZP 2018, 404 (Buchbesprechung).

Mit Sicherheit vertraut.

MANZ CLOUD

Auf Wolke sicher

Worauf Sie sich verlassen können: Daten, die Sie über das Internet in die MANZ Cloud hochladen, sind in einem Rechenzentrum in Österreich gespeichert. Sie haben immer und überall Zugriff – via Computer, Smartphone oder Tablet.



Speicherort
in Österreich



DSGVO-
konform



Dokumente sicher
teilen und anfragen



Vollständige
Verschlüsselung



Kollaboratives
Arbeiten



Jetzt anfragen: Mag. (FH) Elmar Ehm
+43 1 531 61-655 oder vertrieb@manz.at
Mehr Infos unter cloud.manz.at

MANZ 
cloud



3. Auflage 2019.
XX, 328 Seiten. Ln. EUR 84,-
ISBN 978-3-214-03976-9

Das gesamte österreichische Urlaubsrecht!

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 

Familienzeitbonus auch für Rechtsanwälte

SOZIALRECHT

§ 2 Abs 4 FamZeitbG

Für einen selbständigen Rechtsanwalt ist der Anspruch auf Familienzeitbonus weder daran gebunden, dass er für die Dauer des Anspruchszeitraums von der Liste der Rechtsanwälte gestrichen ist, noch steht diesem Anspruch der Umstand des Weiterbestehens der Gruppenkrankenversicherung im Anspruchszeitraum entgegen.

OGH 19. 12. 2018, 10 Obs 111/18y

Sachverhalt:

Der Rw ist ua selbständiger Rechtsanwalt. Er übte im Zeitraum von 25. 8. 2017 bis 24. 9. 2017 keine Tätigkeit als Rechtsanwalt aus, sondern widmete sich ausschließlich seiner Familie. Er unterstützte während dieser Zeit seine Frau bei der Pflege und Versorgung der neugeborenen Tochter und des erstgeborenen Sohns. Unaufschiebbare Termine iZm seiner Berufstätigkeit als Rechtsanwalt wurden von seinem Vertreter wahrgenommen. Er hat sich während dieses Zeitraums **nicht** von der Liste der Rechtsanwälte streichen lassen und blieb in der Gruppenkrankenversicherung versichert.

Am 25. 8. 2017 beantragte der Rechtsanwalt die Zuerkennung des Familienzeitbonus anlässlich der Geburt seiner Tochter für den Zeitraum von 25. 8. 2017 bis 24. 9. 2017.

Die beklagte Steiermärkische Gebietskrankenkasse (StGKK) lehnte diesen Antrag ab, weil der Rechtsanwalt im Anspruchszeitraum Mitglied der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer geblieben sei und daher die im FamZeitbG vorgesehene Voraussetzung der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit nicht erfülle.

Dagegen erhob der Rechtsanwalt Klage. Die von der StGKK zum Nachweis der Unterbrechung der Rechtsanwaltstätigkeit geforderte Streichung von der Liste der Rechtsanwälte wäre unverhältnismäßig, unzumutbar und überzogen. Die geforderte Streichung von der Liste der Rechtsanwälte führe zu einem beträchtlichen administrativen Aufwand sowie zu zahlreichen, zum Teil schwerwiegenden Nachteilen:

- Die finanzielle Belastung durch Kosten und Gebühren der Neueintragung würden die Höhe des Familienzeitbonus übersteigen.
- Die Streichung aus der Liste der Rechtsanwälte sei zu publizieren. Ein Rechtsanwalt sei diesfalls verpflichtet, sämtliche Hinweise zu entfernen, die auf seine aktive Rechtsanwaltschaft hinweisen könnten (Kanzleischilder, Mail-Adressen, Drucksorten, Einträge auf der Website, ERV-Direktzugang etc).
- Durch die Streichung würde der Eindruck erweckt, dass der Rechtsanwalt auch zukünftig den Rechtsanwaltsberuf nicht mehr ausüben werde. Daraus ergebe sich die Gefahr eines dauernden und irreversiblen wirtschaftlichen Schadens.
- Die Berufshaftpflichtversicherung wäre zu kündigen.

- Mit dem Erfordernis der Kündigung der – einer Sozialversicherung gleichzuhaltenden – Gruppenkrankenversicherung wäre die Gefahr verbunden, dass beim Abschluss eines Neuvertrags höhere Kosten entstehen.

Das ErstG wies die Klage ab. Das BerG gab der Berufung des Rw keine Folge. Der Rw erhob dagegen Revision.

Spruch:

Der Revision wurde Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen wurden aufgehoben und dem ErstG wurde die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Aus den Entscheidungsgründen:

1.1 Als Familienzeit iSd § 2 Abs 4 FamZeitbG versteht man den Zeitraum zwischen 28 und 31 Tagen, in dem sich ein Vater aufgrund der kürzlich erfolgten Geburt seines Kindes ausschließlich der Familie widmet und dazu die Erwerbstätigkeit unterbricht, keine andere Erwerbstätigkeit ausübt, keine Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung sowie keine Entgeltfortzahlung aufgrund von oder Leistungen bei Krankheit erhält.

1.2 Wie sich dazu aus den Gesetzesmaterialien (Erläuterung 1110 BlgNR 25. GP 1) ergibt, sollen erwerbstätige Väter, die sich direkt nach der Geburt ihres Kindes intensiv und ausschließlich der Familie widmen, eine finanzielle Unterstützung erhalten. [. . .] Bezieher von Familienzeitbonus sind in der gesetzlichen Krankenversicherung teilversichert [. . .] (§ 4 Abs 2 FamZeitbG).

2.1 Das FamZeitbG selbst definiert den in § 2 Abs 4 FamZeitbG enthaltenen Begriff der „Unterbrechung“ der vor Bezugsbeginn tatsächlich ausgeübten Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs 1 Z 5 FamZeitbG) nicht. Aus dem Gesetzeszweck und dem Gesamtzusammenhang, insb dem Erfordernis, sich „ausschließlich seiner Familie“ zu widmen und auch keine andere Erwerbstätigkeit auszuüben, lässt sich aber entnehmen, dass die Erwerbstätigkeit während des Bezugszeitraums zur Gänze zu unterbleiben hat und keine (seien es auch nur geringfügige) Teiltätigkeiten derselben verrichtet werden dürfen. Nach dem Gesetzestext genügt somit die tatsächliche Nichtausübung der Erwerbstätigkeit während der Familienbonuszeit. Dafür spricht auch, dass § 2 Abs 4 FamZeitbG auf § 2 Abs 1 Z 5 FamZeitbG verweist und diese Bestimmung auf eine „tatsächlich“ ausgeübte Tätigkeit



URSULA KOCH
Generalsekretär-Stellvertreterin ÖRAK, Juristischer Dienst

2019/108

abstellt. Hingegen findet die Ansicht der beklagten Partei, schon die theoretische Möglichkeit zur (weiteren) Ausübung der Erwerbstätigkeit stehe der Annahme einer Unterbrechung der Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs 4 FamZeitbG) entgegen, im Gesetzeswortlaut keine Stütze.

2.2 In den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1110 BlgNR 25. GP 2) wird dazu ausgeführt, dass der Vater – um ausschließlich und ganz intensiv Zeit mit der Familie zu verbringen – alle Erwerbstätigkeiten vorübergehend einstellen muss. Als Beispiele werden die Inanspruchnahme von Sonderurlaub, die Unterbrechung der selbständigen Tätigkeit samt Sozialversicherungsabmeldung, die Ruhendmeldung des Gewerbes sowie – für den vorliegenden Fall relevant – die Streichung von der Rechtsanwaltsliste genannt.

3.3 Im Schrifttum werden die Gesetzesmaterialien teils ohne Anmerkungen zitiert (*Holzmann-Windhofer* in *Holzmann-Windhofer/Weißböck*, Kinderbetreuungsgeldgesetz § 2 FamZeitbG Pkt 3.7; *Sonntag* in *Sonntag/Schober/Konecny*, KBBG² § 2 FamZeitbG Rz 18). *Burger-Ehrnhofer* (Kinderbetreuungsgeldgesetz und Familienzeitbonusgesetz³ [2017] § 2 FamZeitbG Rz 11) weist jedoch darauf hin, dass gerade bei selbständig erwerbstätigen Personen eine derart kurzfristige Erwerbsunterbrechung einerseits kaum machbar sei (zB bei Selbständigen in der Landwirtschaft) und andererseits mit hohen Kosten verbunden sei, weil zB die Streichung aus der Liste der Rechtsanwälte zwar kostenfrei sei, bei der neuerlichen Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte jedoch hohe Kosten entstehen.

3.1 Mit der – lediglich in den Gesetzesmaterialien genannten – Streichung von der Liste der Rechtsanwälte ist offenbar die in § 34 Abs 1 Z 3 RAO genannte Verzichtserklärung angesprochen, bei deren Abgabe die Zugehörigkeit zum Rechtsanwaltsstand erlischt und der Rechtsanwalt nicht mehr zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft berechtigt ist (VwGH Ra 2017/03/0091 uva). In diesem Fall ist [...] durch den Ausschuss der Rechtsanwaltskammer grundsätzlich ein Kammerkommissär zu bestellen (§ 34 Abs 2 RAO). [...]

3.2 Bei einem Antrag auf neuerliche Eintragung in die Liste sind die Vertrauenswürdigkeit des Eintragungswerbers und die anderen Eintragungsvoraussetzungen wie bei der Ersteintragung zu überprüfen (19 Ob 3/14 a; RIS-Justiz RS0120674; *Vitek* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO¹⁰ § 34 RAO Rz 9).

4. Die in § 34 Abs 1 Z 3 RAO vorgesehene Verzichtserklärung ist – wie der Kläger zutreffend vorbringt – darauf ausgerichtet, dass ein Rechtsanwalt dauernd in den Ruhestand tritt oder sich dazu entschließt, die Anwaltstätigkeit in absehbarer Zeit nicht mehr oder gar nicht mehr auszuüben, woran dementsprechend schwerwiegende Rechtsfolgen geknüpft sind. Die auf die Streichung Bezug nehmenden Gesetzesmaterialien vermitteln – vor allem bei einem Vergleich mit den sonst genannten Beispielen wie der Inanspruchnahme von Sonderurlaub oder der Ruhendmeldung des Gewerbes – den Eindruck, dass diese schwerwiegenden

Konsequenzen nicht mitbedacht wurden. Da dieser Inhalt der Gesetzesmaterialien in § 2 Abs 4 FamZeitbG, wo nur von einer Unterbrechung der Erwerbstätigkeit die Rede ist, nicht abgebildet ist, kann das – nicht im Gesetzestext, sondern ausschließlich in den Gesetzesmaterialien – enthaltene Erfordernis der Streichung von der Liste der Rechtsanwälte als Voraussetzung dafür, dass eine Unterbrechung der Erwerbstätigkeit eines Rechtsanwalts iSd § 2 Abs 4 FamZeitbG angenommen werden kann, auch nicht im Weg der Auslegung Geltung erlangen (RIS-Justiz RS008799). Für die Rechtsansicht der beklagten Partei, allein die (berufsrechtliche) Unmöglichkeit der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs während des Anspruchszeitraums stehe dem Anspruch auf Familienzeitbonus entgegen, besteht somit keine Rechtsgrundlage.

[...]

5.2 Nach den Feststellungen hat der Kläger einen privaten Gruppenkrankenversicherungsvertrag bei der Uniqa-Versicherung abgeschlossen, dessen Aufkündigung von der beklagten Partei – ausgehend von ihrer Rechtsansicht, Voraussetzung für den Anspruch auf Familienzeitbonus sei die Streichung aus der Liste der Rechtsanwälte – gefordert wird. Ist aber die Streichung nicht nötig, um von einer Unterbrechung der Erwerbstätigkeit iSd § 2 Abs 4 FamZeitbG ausgehen zu können, bleibt der Anspruchswerber Mitglied der Rechtsanwaltskammer und muss als solches den Gruppenversicherungsvertrag aufrechterhalten, ansonsten er eine Berufspflichtverletzung begeht (§ 24 Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes – RL BA 2015; 20 Os 2/15 t; RIS-Justiz RS0125817 [T 3, T 4]). Konsequenterweise kann daher auch der Umstand des Weiterbestehens der Gruppenkrankenversicherung des Klägers im Anspruchszeitraum seinem Anspruch auf Familienzeitbonus nicht entgegenstehen, würde doch der Vater sonst zu einer Berufspflichtverletzung gezwungen werden.

[...]

7.1 Zusammenfassend ergibt sich somit, dass für einen selbständigen Rechtsanwalt der Anspruch auf Familienzeitbonus weder daran gebunden ist, dass er für die Dauer des Anspruchszeitraums von der Liste der Rechtsanwälte gestrichen ist, noch steht diesem Anspruch der Umstand des Weiterbestehens der Gruppenkrankenversicherung im Anspruchszeitraum entgegen.

7.2 Wenngleich die Streichung aus der Liste der Rechtsanwälte keine Voraussetzung für den Anspruch auf Familienzeitbonus sein kann, lässt sich aus den in den Gesetzesmaterialien genannten Beispielen (Inanspruchnahme von Sonderurlaub, die Unterbrechung der selbständigen Tätigkeit samt Sozialversicherungsabmeldung, die Ruhendmeldung des Gewerbes) und dem Hinweis, dass dem Krankenversicherungsträger entsprechende Nachweise darüber vorzulegen sind, jedenfalls der Grundsatz ableiten, dass die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit bei allen Berufsgruppen nach außen erkennbar in Erscheinung treten und dokumentierbar sein muss, um dem Interesse der beklagten Par-

tei an einer möglichst effizienten Administrierbarkeit zu entsprechen.

7.3 [. . .] Wenngleich aufgrund der im vorliegenden Verfahren erzielten Ergebnisse bisher feststeht, dass der Kläger im Anspruchszeitraum keine Tätigkeit als Rechtsanwalt ausgeübt hat, wird ihm im fortzusetzenden Verfahren noch Gelegenheit zu geben sein, auf geeignete Weise zu dokumentieren, ob und wie die Unterbrechung seiner Erwerbstätigkeit nach außen in Erscheinung trat. Welche konkreten Nachweise dazu geeignet sind, wird von den Tatsacheninstanzen im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden sein. Beispielhaft sind etwa entsprechende Mitteilungen an Klienten oder die Substituierung eines anderen Rechtsanwalts zu nennen.

8. Die Entscheidungen beider Vorinstanzen sind daher aufzuheben; dem ErstG ist die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

Anmerkung:

Die Entscheidung des OGH ist sehr zu begrüßen. Es ist nicht einzusehen, dass Rechtsanwälten der Zugang zum Familienzeitbonus ungleich schwerer gemacht wird als anderen selbständig erwerbstätigen Vätern. Der OGH nimmt in seiner Entscheidung auf die berufsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten bei der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs Bedacht und ermöglicht so auch Rechtsanwälten einen angemessenen und den Überlegungen des Gesetzgebers entsprechenden Zugang zum Familienzeitbonus. Die Entscheidung unterstützt auch die Bemühungen der Standesvertretung, beim Gesetzgeber insb im Bereich des Kinderbetreuungsgeldgesetzes ein Bewusstsein für die speziellen berufsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Rechtsanwaltschaft zu schaffen.

URSULA KOCH

Karenzentschädigung für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots FLAF-beitragspflichtig!

GEBÜHREN- UND STEUERRECHT

§ 41 Abs 4 FLAG

Eine im Rahmen eines Dienstverhältnisses bzw im Zuge der Beendigung eines Dienstverhältnisses vereinbarte Karenzentschädigung führt aufgrund des engen Veranlassungszusammenhangs zum (früheren) Dienstverhältnis zu Einkünften gem § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG 1988 und ist daher auch grundsätzlich beitragspflichtig gem § 41 Abs 3 FLAG.

Eine Karenzentschädigung für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots fällt – im Gegensatz zu einer vom Dienstgeber geleisteten Überbrückungshilfe – auch nicht unter den Befreiungstatbestand des § 41 Abs 4 lit a FLAG für Ruhe- und Versorgungsbezüge, weil sie in Abgeltung einer weiterhin laufenden vertraglichen Verpflichtung erfolgt, während die Überbrückungshilfe als Versorgungsbezug zur Erleichterung der Neuorientierung nach Beendigung eines Dienstverhältnisses und nicht zur Abgeltung einer Verpflichtung bezahlt wird.

VwGH 22. 11. 2018, Ro 2017/15/0042

Sachverhalt:

Mit Wirksamkeit ab 1. 1. 2006 wurde X zum Geschäftsführer der revisionswerbenden Gesellschaft bestellt. Mit ihm wurde ein monatliches laufendes Bruttogehalt von € 10.000,- (14x jährlich) [zzgl Nebenansprüche sowie] eine erfolgsabhängige und/oder leistungsorientierte jährliche Prämie vereinbart. Im Geschäftsführervertrag verpflichtete sich X, „nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit der Gesellschaft, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund, in keinem Unternehmen, das mit der (revisionswerbenden) Gesellschaft bzw einem verbundenen Unternehmen der (Z Holding) im Wettbewerb steht – auf welcher Stufe auch

immer – tätig zu sein, und zwar weder als Dienstnehmer, Handelsvertreter, Inhaber, Gesellschafter oder in welcher Rechtsform auch immer, und sich an einem solchen Unternehmen weder direkt noch indirekt, insbesondere auch nicht als Treuhänder oder stiller Gesellschafter zu beteiligen sowie auch solche Unternehmen nicht zu beraten oder deren Interessen auf sonstige Weise zu fördern.“ Dieses Wettbewerbsverbot bezog sich sachlich auf die von der Gesellschaft oder einem Unternehmen der Z Holding ausgeübte Geschäftstätigkeit, örtlich auf Europa und war zeitlich auf die Dauer eines Jahres beschränkt.



FRANZ PHILIPP
SUTTER

Der Autor ist Richter des
Verwaltungsgerichtshofes.

2019/109

Mit 29. 8. 2012 wurde zwischen dem Geschäftsführer X und der revisionswerbenden Gesellschaft die einvernehmliche Auflösung des Dienstvertrages mit Ende des 31. 12. 2012 vereinbart. [Dabei wurde die Konkurrenzklausel folgendermaßen ergänzt:] „Die im Dienstvertrag angeführte Konkurrenzklausel wird wie folgt abgeändert: Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren eine Erweiterung des örtlichen Geltungsbereiches auf eine weltweite Geltung. Darüber hinaus wird festgehalten und vom Arbeitnehmer bestätigt, dass folgende Unternehmen samt aller direkt oder indirekt damit verbundener Unternehmen jedenfalls mit dem Arbeitgeber in Konkurrenz stehen: [...]. Der Arbeitgeber erklärt sich bereit, für diese Ausweitung der Konkurrenzklausel dem Arbeitgeber [richtig wohl: Arbeitnehmer] einen Monatsbruttobezug von € 30.000,- für den Zeitraum vom 1. 1. 2013 bis 31. 12. 2013, fällig am 5. eines jeden Monats, zu bezahlen.“

In der Folge erhielt X im Jahr 2013 die vereinbarten Monatsbezüge. Davon behielt die revisionswerbende Gesellschaft Lohnsteuer, jedoch keine Sozialversicherung ein und führte vom Bruttobetrag Lohnnebenkosten (Dienstgeberbeitrag, Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag und Kommunalsteuer) ab. Im Jahr 2014 stellte die revisionswerbende Gesellschaft einen Rückzahlungsantrag betreffend den entrichteten Dienstgeberbeitrag (€ 16.200,-) und Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (€ 1.296,-), weil diese beiden Abgaben ihrer Ansicht nach zu Unrecht geleistet worden seien, weil eine Karenzentschädigung entsprechend den Bestimmungen des § 41 Abs 4 lit a FLAG (Ruhe- und Versorgungsbezüge) von der Beitragspflicht ausgenommen wäre.

Das Finanzamt wertete den Antrag auf Rückzahlung als Antrag auf Festsetzung des Dienstgeberbeitrags bzw Zuschlags zum Dienstgeberbeitrag für die Zeiträume 01/2013 bis 12/2013 und wies diesen ab. Mit dem angef. Erk. wies das BFG die dagegen gerichtete Beschwerde ab und ließ die Revision zu.

Spruch:

Abweisung der (ordentlichen) Revision als unbegründet.

Aus den Gründen:

20 Gem § 41 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben den Dienstgeberbeitrag alle Dienstgeber zu leisten, die im Bundesgebiet Dienstnehmer beschäftigen.

21 Dienstnehmer sind nach § 41 Abs 2 FLAG (ua) Personen, die in einem Dienstverhältnis iSd § 47 Abs 2 EStG 1988 stehen, sowie an Kapitalgesellschaften beteiligte Personen iSd § 22 Z 2 EStG 1988.

22 Der Beitrag des Dienstgebers ist nach § 41 Abs 3 FLAG von der Summe der Arbeitslöhne zu berechnen, die jeweils in einem Kalendermonat an Dienstnehmer gewährt worden sind, gleichgültig, ob die Arbeitslöhne beim Empfänger der Einkommensteuer unterliegen oder nicht. Beitragspflichtige Arbeitslöhne sind dabei „Bezüge gemäß § 25 Abs 1 Z 1 lit a und b des Einkommensteuergesetzes 1988 sowie Gehälter und sonstige Vergütungen jeder Art im Sinne des § 22 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 und an freie Dienstnehmer im Sinne des § 4 Abs 4 ASVG“.

23 Nach § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG 1988 zählen zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (Arbeitslohn) die Bezüge und Vorteile aus einem bestehenden oder früheren Dienstverhältnis.

24 Arbeitslohn iSd § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG 1988 sind alle Bezüge und Vorteile, die ihre Wurzel im Dienstverhältnis haben und sich im weitesten Sinn als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft erweisen (vgl. VwGH 26. 1. 2006, 2002/15/0188).

25 Im Revisionsfall ist strittig, ob die von der revisionswerbenden Gesellschaft nach Beendigung des Dienstverhältnisses an ihren ehemaligen Geschäftsführer gezahlten monatlichen Karenzentschädigungen wegen des vereinbarten Wettbewerbsverbots beitragspflichtig und damit gem § 122 Abs 7 Wirtschaftskammergesetz 1998 auch zuschlagspflichtig sind.

26 Eine Karenzentschädigung (Karenzabgeltung) wird dem Dienstnehmer für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots (Konkurrenzklausel) gezahlt, durch das der Dienstnehmer für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird. Die vereinbarte Beschränkung kann – je nach ihrer Gestaltung – sowohl künftige unselbständige Tätigkeiten in einem weiteren Dienstverhältnis als auch die Tätigkeit als Unternehmer umfassen und auf bestimmte örtliche Bereiche festgelegt sein (vgl. etwa *Trattner*, ASoK 2001, 310 ff, 312 sowie *Leitner/Kreiner/Wasinger*, Konkurrenzklausel, ASoK-Spezial 2018, 8 f).

27 Eine im Rahmen eines Dienstverhältnisses bzw im Zuge der Beendigung eines Dienstverhältnisses vereinbarte Karenzentschädigung führt aufgrund des engen Veranlassungszusammenhangs zum (früheren) Dienstverhältnis zu Einkünften gem § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG 1988 (vgl. *Taucher*, KommSt § 5 Rz 21). Sie ist daher entgegen dem Revisionsvorbringen grundsätzlich beitragspflichtig gem § 41 Abs 3 FLAG.

28 Anders als die Revision vermeint, fällt eine Karenzentschädigung für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots – im Gegensatz zu einer vom Dienstgeber geleisteten Überbrückungshilfe (vgl. dazu VwGH 23. 4. 2001, 98/14/0176) – auch nicht unter den Befreiungstatbestand des § 41 Abs 4 lit a FLAG für Ruhe- und Versorgungsbezüge.

29 Wie das BFG zutreffend hervorgehoben hat, unterscheidet sich eine Karenzentschädigung für die Einhaltung eines Wettbewerbsverbots nämlich grundlegend von einer Überbrückungshilfe dadurch, dass sie in Abgeltung einer weiterhin laufenden vertraglichen Verpflichtung erfolgt, während die Überbrückungshilfe gerade als Versorgungsbezug zur Erleichterung der Neuorientierung nach Beendigung eines Dienstverhältnisses und nicht zur Abgeltung einer Verpflichtung bezahlt wird.

30 Dieser Abgeltungscharakter kommt auch in der Höhe der Karenzentschädigung zum Ausdruck, die die Beeinträchtigungen des Dienstnehmers durch das Konkurrenz-

verbot widerspiegelt und im Revisionsfall sogar das bisherige monatliche Gehalt des ausscheidenden Geschäftsführers der revisionswerbenden Gesellschaft deutlich überstiegen hat.

Anmerkung:

1. Gegenstand des vorliegenden **ordentlichen Revisionsverfahrens am Schnittpunkt von Arbeits- und Steuerrecht** war die in der Rsp des VwGH bislang noch nicht näher ausgeleuchtete Frage einer **Lohnnebenabgabepflicht**, nämlich konkret der Beitragspflicht des Dienstgebers zum FLAF (Dienstgeberbeitrag gem § 41 Abs 1 FLAG) und der daran anschließenden Zuschlagspflicht nach § 122 Abs 7 Wirtschaftskammergesetz („DB- und DZ-Pflicht“), **für vom Dienstgeber gezahlte Karenzentschädigungen**.
2. Eine **Karenzentschädigung** (Karenzabgeltung) wird dem/r Dienstnehmer/in **für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots (Konkurrenzklausele)** gezahlt, durch das der/die Dienstnehmer/in für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Erwerbstätigkeit beschränkt wird. Die vereinbarte Beschränkung kann – je nach ihrer Gestaltung – sowohl künftige unselbständige Tätigkeiten in einem weiteren Dienstverhältnis als auch die Tätigkeit als Unternehmer umfassen und auf bestimmte örtliche Bereiche festgelegt sein (vgl etwa *Trattner*, ASoK 2001, 310ff, 312 sowie *Leitner/Kreiner/Wasinger*, Konkurrenzklausele, ASoK-Spezial 2018).
3. **Gesetzliche Grenzen für Konkurrenzverbotsabreden** legt bspw § 36 AngG fest, wie etwa eine Maximaldauer von einem Jahr. Zudem darf die Beschränkung nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse des Dienstgebers keine unbillige Erschwernis des beruflichen Fortkommens des/r Dienstnehmers/in darstellen (vgl dazu im Detail *Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36). Auch außerhalb des Geltungsbereichs ausdrücklicher Schutzregelungen ist ein Wettbewerbsverbot jedoch nur insoweit zulässig, als es die Berufs- und Erwerbsinteressen der Verpflichteten über den Rahmen der schutzwürdigen Interessen des Berechtigten hinaus nicht beschränkt (vgl OGH 2. 4. 2009, 8 Ob 141/08f mwN).
4. Bei Auflösung des Dienstverhältnisses durch den Dienstgeber verlangt § 37 Abs 2 AngG grundsätzlich eine **Karenzentschädigung** in Höhe des bisherigen Entgelts, um an der Auflösung schuldlose Dienstnehmer/innen iS des vereinbarten Wettbewerbsverbots zu verpflichten. Darüber hinaus werden häufig – wie im Revisionsfall – freiwillige Abgeltungszahlungen vereinbart. Durch die Vereinbarung einer freiwilligen Karenzentschädigung für die Einhaltung eines vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots nach Beendigung eines Dienstverhältnisses kann in der Billigkeitsprüfung die Interessenabwägung

auch zu Gunsten des Dienstgebers verschoben werden (*Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 37 Rz 24).

5. Karenzentschädigungen für die Einhaltung eines Wettbewerbsverbots stellen – so der VwGH im vorliegenden Erk – damit aber auch im Gegensatz etwa zu einer vom Dienstgeber geleisteten Überbrückungshilfe **keine Ruhe- und Versorgungsbezüge** iS des Ausnahmetatbestands in § 41 Abs 4 lit a FLAG dar. Sie erfolgen nämlich in Abgeltung einer weiterhin laufenden vertraglichen Verpflichtung, während die Überbrückungshilfe tatsächlich ausschließlich als Versorgungsbezug zur Erleichterung der Neuorientierung nach Beendigung eines Dienstverhältnisses und nicht zur Abgeltung einer Verpflichtung bezahlt wird. Karenzentschädigungen sind somit – wie von Finanzamt und Bundesfinanzgericht im Revisionsfall zutreffend beurteilt – DB- und DZ-pflichtig.
6. Der vorliegende Revisionsfall illustriert damit wieder einmal die **Folgen der unterschiedlichen steuer- und beitragsrechtlichen Regelungen** in Österreich (vgl dazu bereits AnwBl 12/2018, 852f sowie *Müller/Sutter*, Das Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz, ASoK Spezial 2018, mwN). Da infolge deren Zersplitterung auch die **Bemesungsgrundlage von SV und Lohnnebenabgaben nicht einheitlich geregelt** ist, müssen auf Dienstgeberseite auch nach geklärtem Vorliegen eines Dienstverhältnisses die Abgabenfolgen betreffend Sonder-Entlohnungsformen weiterhin für jedes einzelne Lohnnebenabgabengesetz eigens und – wie der Revisionsfall veranschaulicht – mit möglichem unterschiedlichen Ausgang geprüft werden: Während in der Sozialversicherung vor dem Hintergrund des anders formulierten Ausnahmetatbestands in § 49 Abs 3 Z 7 ASVG („Vergütungen, die aus Anlaß der Beendigung des Dienst[Lehr]verhältnisses gewährt werden, wie zum Beispiel Abfertigungen, Abgangsentschädigungen, Übergangsgelder“) offenbar von einer Beitragsfreiheit hinsichtlich Karenzentschädigungen ausgegangen wird (vgl dazu *Shubshizky*, ASoK 2015, 356 zu einer diesbezgl Empfehlung des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger), besteht für sie angesichts des deutlich enger formulierten Befreiungstatbestands im FLAG sehr wohl **„DB- und DZ-Pflicht“**. Solange der Gesetzgeber keine stärkere Vereinheitlichung von Beitrags- und Abgabenrecht oder Bündelung von Abgaben- und Beitragstatbeständen vornimmt, werden derartige Einzelfragen die Lohnverrechnung im Laufe der Beschäftigung von Dienstnehmer/innen freilich auch weiterhin mehrfach (nämlich gesondert für SV und jede einzelne Lohnnebenabgabe) beschäftigen.

FRANZ PHILIPP SUTTER

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 Rechtsanwältinnen 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

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

KÄRNTEN

Substitutionen aller Art (auch Strafsachen und Verfahrenshilfen), insbesondere für die Bezirksgerichte Villach, Spittal/Drau, Klagenfurt, Feldkirchen, Hermagor, auch kurzfristig – übernimmt Rechtsanwalt Mag. Markus Steinacher, Italienerstraße 10b, 9500 Villach, Telefon (04242) 23203 bzw. E-Mail: office@ra-steinacher.at

STEIERMARK

Graz: RA Mag. *Eva Holzer-Waisoher*, 8010 Graz, Kreuzgasse 2c, übernimmt für Sie gerne – auch **kurzfristig** – **Substitutionen** in Zivil- und Strafsachen in Graz und Umgebung. Telefon (0316) 82 65 54, Telefax DW 30, E-Mail: office@anwalt-austria.at, Mobil erreichbar: (0676) 310 48 52.

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, mit Kanzleisitz unmittelbar neben Bezirks- und Landesgericht Salzburg, übernimmt auch kurzfristig Substitutionen in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen. Telefon-Nr.: 0662/843164, Telefax: 0662/844443, E-Mail: gassner.estl@salzburg.co.at

Ich übernehme für Sie **Substitutionen** aller Art in der **Stadt Salzburg** und **Umgebung** (z.B. Hallein, Oberndorf, Neumarkt, Thalgau). Auch **kurzfristige** Beauftragung möglich!
RA Mag. Andreas Engler, Eschenbachgasse 3, 5020 Salzburg, Telefon: (0662) 662 636, Fax: DW -9, E-Mail: office@engler-recht.at, www.engler-recht.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

Griechenland: RA Dr. Eleni Diamanti, in Österreich und Griechenland zugelassen, vertritt vor griechischen Gerichten und Behörden und steht österreichischen Kollegen für Fragen zum griechischen Recht zur Verfügung. Weyrgasse 6, 1030 Wien, und Ypsilantou 6, 10675 Athen, Telefon (01) 713 14 25, Telefax DW 17, E-Mail: office@diamanti.at

Italien: RA Avv. *Ulrike Christine Walter* (Partner von del Torre & partners), in Österreich und Italien zugelassene Rechtsanwältin, Kärntner Straße 35, 1010 Wien, und corso Verdi 90, 34170 Goerz, und 33100 Udine, Via Cussignacco 5, Italien, steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen und staatenübergreifende Substitutionen aller Art zur Verfügung. Tel. 0039 (0432) 60 38 62, Telefax 0039 (0432) 52 62 37, Mobil 0039 334 162 68 13, E-Mail: segreteria@euroius.it, Internet: www.euroius.it

Niederlande: Rechtsanwaltskanzlei Schmdt Advocatuur aus Leiden mit Zweigstelle in Österreich steht österreichischen Kollegen für Mandatsübernahmen und bei grenzüberschreitenden Angelegenheiten gerne zur Verfügung. Bei Fragen zum Niederländischen Wirtschaftsrecht, Urheberrecht und Allgemeinen Zivilrecht kontaktieren Sie RA Mag. *J. Menno Schmidt* (M: +43 [0]680 118 1515). **Leiden**, Kanaalpark 140, NL-2321 JV, Telefon +31 (0)20 3200 360, E-Mail: mail@schmdt.nl; www.schmdt.nl

Slowenien – Kroatien – Bosnien und Herzegowina – Serbien – Montenegro – Mazedonien – Kosovo: Rechtsanwaltskanzlei Mag. Dr. Mirko Silvo Tischler d.o.o. (GmbH), Trdinova ulica 5, SI-1000 Ljubljana, **Vertrauensanwalt und Senator der Wirtschaft**, steht sämtlichen Kolleginnen und Kollegen für cross-border-Mandatsübernahmen in diversen Rechtssachen zur Verfügung. Telefon +386 (0)1 434 76 12, Telefax +386 (0)1 432 02 87, E-Mail: office@mst-rechtsanwalt.com, Web: www.mst-rechtsanwalt.com

PARTNER

WIEN

Selbständiger Rechtsanwalt in Wien, 58, langjährig erfahren im allgemeinen Zivilrechts, u.a. Liegenschaftsverträge, Testamente, Arzthaftpflicht uva. sucht Anstellung/Substitutions-Pauschale. Geschäftlicher Kontakt mit österreichischer Versicherung kann allenfalls mitgebracht werden. Bitte unter 0699/10 26 44 30 oder **Chiffre-Nr. A-100899** an den Verlag.

NIEDERÖSTERREICH

Suche RechtsanwaltspartnerIn oder RechtsanwaltsanwärterIn knapp vor Eintragungsfähigkeit für Übernahme meiner Kanzlei in ca. 2 Jahren. Die spezielle Profilierung der Kanzlei im Bereich „Alternativer, gemeinschaftlicher Wohnungsbau“ und „Alternative Finanzierungssysteme“ bedeuten hohes Potential zur Weiterentwicklung. Rechtsanwalt Dr. Markus Distelberger, Herzogenburg. info@7generationen.at – Tel. +43 650/777 123 7

ÖBERÖSTERREICH

Linzer Rechtsanwalt, Dr. Manfred Leimer, bietet **zwei KollegInnen** in Regiegemeinschaft die Mitbenützung seiner voll ausgestatteten Kanzlei im Ausmaß von 200m² in Toplage an. Bei guter Zusammenarbeit ist eine baldige Vergesellschaftung erwünscht. Für Detailfragen wenden Sie sich an **office@rechtsanwalt-leimer.at**

REGIEPARTNER

ÖBERÖSTERREICH

RA-Kanzlei Mag. Stefan Lang, LL.M., in bester Zentrums Lage in Linz (Herrenstraße, wenige Gehminuten zu Gericht) sucht ab sofort Regiepartner/In zu sehr guten Konditionen. Großzügige helle Räume in repräsentativem Altbau mit Terrasse, EDV-Ausstattung, Advokat, Bibliothek, etc. vorhanden. Anfragen bitte an lang@anwalt-lang.at

KANZLEIABGABE

STEIERMARK

Wegen Pensionsantritt ab 01. 01. 2020 Anwaltskanzlei in 8750 Judenburg, Herrngasse 2/II, Steiermark (106m² mit kompletter Büroeinrichtung und EDV-Ausstattung, 3 EDV-Arbeitsplätze/Anschluss für 4. Platz vorhanden und Klientenstock und 2 Autoabstellplätzen), günstig abzugeben. Kontaktaufnahme unter Tel.Nr. 03572/87310 oder E-Mail: office@anwalt-hassler.at

IMMOBILIEN

WIEN

Kanzleiräumlichkeiten zwischen € 304,- und € 404,- netto monatlich. **Geeignet für Regiegemeinschaft** von Rechtsanwälten, zentrale Lage. 1120, Philadelphiabrücke, 1180, J.N. Vogelplatz, 1230, Maurer Hauptplatz. Tel. +43 (0) 676 520 39 75, Klientenstock vorhanden.

Indexzahlen

| Indexzahlen 2018/2019 | Dezember | Jänner |
|---|----------|---------|
| Berechnet von Statistik Austria | | |
| Index der Verbraucherpreise 2015 (Ø 2015 = 100) | 106,3 | 105,4* |
| Großhandelsindex 2015 (Ø 2015 = 100) | 106,4 | 105,8* |
| Verkettete Vergleichsziffern | | |
| Index der Verbraucherpreise 2010 (Ø 2010 = 100) | 117,7 | 116,7* |
| Index der Verbraucherpreise 2005 (Ø 2005 = 100) | 128,8 | 127,7* |
| Index der Verbraucherpreise 2000 (Ø 2000 = 100) | 142,4 | 141,2* |
| Index der Verbraucherpreise 96 (Ø 1996 = 100) | 149,9 | 148,6* |
| Index der Verbraucherpreise 86 (Ø 1986 = 100) | 196,0 | 194,4* |
| Index der Verbraucherpreise 76 (Ø 1976 = 100) | 304,7 | 302,1* |
| Index der Verbraucherpreise 66 (Ø 1966 = 100) | 534,7 | 530,2* |
| Verbraucherpreisindex I (Ø 1958 = 100) | 681,3 | 675,5* |
| Verbraucherpreisindex II (Ø 1958 = 100) | 683,5 | 677,7* |
| Lebenshaltungskostenindex (April 1945 = 100) | 5986,1 | 5935,4* |
| Kleinhandelsindex (März 1938 = 100) | 5159,1 | 5115,4* |
| Großhandelsindex (Ø 2010 = 100) | 110,2 | 109,6* |
| Großhandelsindex (Ø 2005 = 100) | 122,1 | 121,5* |
| Großhandelsindex (Ø 2000 = 100) | 134,5 | 133,7* |
| Großhandelsindex (Ø 1996 = 100) | 138,5 | 137,8* |
| Großhandelsindex (Ø 1986 = 100) | 144,5 | 143,7* |
| Großhandelsindex (Ø 1976 = 100) | 192,4 | 191,3* |
| Großhandelsindex (Ø 1964 = 100) | 320,3 | 318,5* |
| Großhandelsindex (März 1938 = 100) ohne MWSt | 3123,9 | 3106,3* |

*) 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 · RECHTSANWAELTE@OERAK.AT · WWW.RECHTSANWAELTE.AT

 DIE ÖSTERREICHISCHEN
 RECHTSANWÄLTE
 Wir sprechen für Ihr Recht

DATENSCHUTZ Informationspflicht gemäß Art 13 DSGVO:

Das Österreichische Anwaltsblatt ist das Kundmachungorgan des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK). Im Rahmen des Österreichischen Anwaltsblatts informiert der Österreichische Rechtsanwaltskammertag Rechtsanwälte, emeritierte Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter über die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art 13 DSGVO wie folgt:

Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen: Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, Wollzeile 1-3, 1010 Wien, +43 1 535 12 75-0, rechtsanwaelte@oerak.at, <https://www.rechtsanwaelte.at/>. Den Datenschutzbeauftragten erreichen Sie unter an der Anschrift des Verantwortlichen sowie unter der E-Mail-Adresse dsba@oerak.at. Der ÖRAK verarbeitet personenbezogene Daten der Rechtsanwälte, emeritierten Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter lediglich zur formalen Abwicklung der vom ÖRAK zu besorgenden, gesetzlich vorgeschriebenen Geschäftsfälle, sowie personenbezogene Daten von Veranstaltungsteilnehmern zum Zwecke der Abwicklung der Veranstaltung auf Grundlage deren Einwilligung sowie zur Erfüllung eines Vertragsverhältnisses. Der von der Verarbeitung Betroffene hat das Recht auf Auskunft über die gespeicherten Daten gemäß Art 15 DSGVO, auf Berichtigung unzutreffender Daten gemäß Art 16 DSGVO, auf Löschung von Daten gemäß Art 17 DSGVO, auf Einschränkung der Verarbeitung von Daten gemäß Art 18 DSGVO, auf Widerspruch gegen die unzumutbare Datenverarbeitung gemäß Art 21 DSGVO sowie auf Datenübertragbarkeit gemäß Art 20 DSGVO. Sofern die Verarbeitung aufgrund einer Einwilligungserklärung erfolgt, hat die betroffene Person die Möglichkeit, diese jederzeit zu widerrufen, ohne dass die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung berührt wird. Der Betroffene hat das Recht, sich bei der Aufsichtsbehörde zu beschweren – zuständig ist in Österreich die Datenschutzbehörde. Informationen zum Datenschutz finden Sie unter <https://www.rechtsanwaelte.at/impresumdatenschutz/>

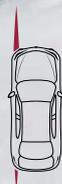
IMPRESSUM Medieninhaber: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Sitz der Gesellschaft: Kohlmarkt 16, 1010 Wien, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften. **Verlagsadresse:** Johannesgasse 23, 1015 Wien (verlag@manz.at). **Geschäftsleitung:** Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Mag. Heinz Kornrater (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: rechtsanwaelte@oerak.at, www.rechtsanwaelte.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, RAA Mag. Mariella Kapoun, 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 2019/Nummer; AnwBl 2019, 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 2019 (81. Jahrgang) beträgt € 311,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 33,90. 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 Zitierrregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 8. Aufl (Verlag MANZ, 2019). **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 Richard Soyer: Foto Wilke; Foto Jessica König; privat; Foto Bernhard Fink; Werner Himmelbauer; Foto Rüdiger Schender; Doris Kucera; Foto Severin Glaser: Institut für Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsstrafrecht, Wirtschaftsuniversität Wien; Foto Rupert Manhart; Einsle | Partner Rechtsanwälte; Foto Klaus Schwaighofer: ALES-Austrian Center for Law Enforcement Sciences; Foto Eckart Ratz; privat; Foto Richard Soyer; Foto Wilke; Foto Philip Marsch; Elke Mayr; Foto Michael Buresch; privat; Foto Wolfgang Lenneis: Fotostudio Richard Schuster; Foto Alexander Wittwer; Foto Maximilian Maier; Studio Hagen; Foto Ursula Koch; Werner Himmelbauer; Foto Franz Philipp Sutter; Mike Ranz. **Grafisches Konzept:** WERTHER - Marketing- und Kommunikationsberatung, Türkenschanzstraße 46, 1180 Wien. Wird an Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter unentgeltlich abgegeben. Nachdruck, auch auszugsweise, ist mit Zustimmung der Redaktion unter Angabe der Quelle gestattet. Namentlich gezeichnete Beiträge geben ausschließlich die Meinung der Autoren wieder. **Impressum abrufbar unter www.manz.at/impresum**

FÜR KURVEN ERSCHAFFEN MIT ALLRADSYSTEM

Verbrauch (kombiniert): 4,9 - 9,8 l/100 km und CO₂ - Emissionen (kombiniert): 128 - 227 g/km. Abbildung zeigt Sondermodelle.



KOLLISIONS-
WARN-
SYSTEM



SPUR-
HALTE-
ASSISTENZ



AUTONOMES
NOTBREMS-
SYSTEM



ALL-
RAD-
SYSTEM

ALFA ROMEO **GIULIA** UND **STELVIO** 



La meccanica delle emozioni



Kundencenter Wien Erdberg
Erdbergstraße 189-191, Tel.: 01/740 20-4554
Kundencenter Wien Floridsdorf
Brünner Straße 62, Tel.: 01/278 15 14-6108

www.denzel.at

Mit Begeisterung, Akribie und dem
Streben nach Lösungen zum Erfolg.



Dr. Christine Knecht-Kleber, LL.M.

ADVOKAT entwickelt seit mehr als 35 Jahren Software für Rechtsanwaltskanzleien, Unternehmen und Behörden. Mit über 60 Mitarbeitern betreuen wir die Mehrzahl österreichischer Anwälte und zahlreiche Unternehmen. Unsere Stärke gibt Ihnen Sicherheit.

ADVOKAT

www.advokat.at / www.meinekanzlei.at