

**Praxistipp:**

Arbeitgeber können in der Praxis oft nur schwer beweisen, dass ein Arbeitnehmer tatsächlich eine strafbare Handlung begangen hat. Allerdings kann auch der konkrete, dringende Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung ein wichtiger Grund für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sein.<sup>8</sup> In Fällen wie dem hier vorliegenden ist daher dringend zu raten, dass ein Arbeitgeber insgesamt vier Kündigungen gegenüber dem Arbeitnehmer ausspricht; und zwar eine außerordentliche fristlose Tat Kündigung, eine ordentliche fristgerechte Tat Kündigung, eine außerordentliche fristlose Verdachtskündigung und eine ordentliche fristgerechte Verdachtskündigung. Vor Ausspruch der Verdachtskündigungen muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben.<sup>9</sup> Ferner ist der Betriebsrat zu allen Kündigungen anzuhören. Im Kündigungsschreiben selbst muss jedoch nicht zwischen Tat- und Verdachtskündigung unterschieden werden.

<sup>8</sup> BAG, Urt. v. 25.11.2010 – 2 AZR 801/09.

<sup>9</sup> BAG, Urt. v. 24.05.2012 – 2 AZR 206/11.

## Internationales

### Länderbericht Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, RAA Mag. Anna Katharina Radschek, RAA Mag. Alexander Latzenhofer, alle Wien

## Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

### I. Das neue österreichische Lobbying-Gesetz

Das am 01.01.2013 (teilweise mit Übergangsregeln bis zum 31.03.2013) in Österreich in Kraft getretene Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz zur Sicherung der Transparenz bei der Wahrnehmung politischer und wirtschaftlicher Interessen erlassen wird, Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz-LobbyG, BGBl. I Nr. 64/2012, regelt die Einflussnahme auf die staatliche Willensbildung in Gesetzgebung und Vollziehung. Vor dem Hintergrund rezenter Korruptionsskandale in Österreich will das Gesetz - noch im Vorfeld zu und unabhängig von anderen rechtlichen Schranken wie dem gerichtlichen Strafrecht – durch verwaltungsrechtliche Registrierungs- und Verhaltenspflichten Einflussnahme verhindern, die in einer rechtsstaatlichen Demokratie als illegitim angesehen wird, weil sie einzelnen Interessen zu Lasten der demokratischen Willensbildung unangemessenen Einfluss einräumt oder sich in einer rechtsstaatlichen Demokratie nicht akzeptabler Mittel bedient.

Anknüpfungspunkt des Gesetzes ist – unabhängig von Staatszugehörigkeit oder Standort des Akteurs - die Tätigkeit des Lobbying bzw. der Interessenvertretung durch

1. professionelle Lobbying-Unternehmen,
2. „normale“ Unternehmen, die für ihre eigenen Interessen Lobbying betreiben und
3. die institutionelle Interessenvertretung von öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften und privatrechtlich konstituierten Interessenverbänden (zB Vereinen).

„Lobbying“ bzw. „Interessenvertretung“ wird definiert als organisierter und strukturierter Kontakt mit Funktionsträgern des Bundes, der Länder und der Gemeinden und Gemeindeverbände, durch den unmittelbar auf bestimmte Entscheidungsprozesse Einfluss genommen werden soll. Jedweder Kontakt dieser Art ist grundsätzlich erfasst. Auf Dauer oder Häu-

figkeit kommt es nicht an. Dieser sehr extensive Anwendungsbereich wird jedoch durch zahlreiche Ausnahmen eingeschränkt. Durch diese wird etwa jede von öffentlichen Funktionsträgern selbst veranlasste Tätigkeit, die Vertretung von Interessen in Zusammenhang mit gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren und die rechtsfreundliche Vertretung durch dazu befugte Berufe aus dem Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschieden. Ebenso fällt das Lobbying bzw. die Interessenvertretung gegenüber staatlichen Unternehmen, öffentlich-rechtlichen Körperschaften mit Ausnahme der Gebietskörperschaften und gegenüber sonstigen, aus der staatlichen Verwaltung ausgegliederten, jedoch für diese tätigen Rechtsträger aus dem Geltungsbereich des Gesetzes.

Um sein Ziel zu erreichen, will das Gesetz zum einen die Einflussnahme auf staatliche Entscheidungsträger transparent machen, um im Sinne der Missbrauchsprävention die Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten und bereits den Verdacht illegitimer Einflussnahme auszuschließen (Transparenzziel). Zu diesem Zweck wird die Tätigkeit der verschiedenen Gruppen von Akteuren (Lobbyisten, Unternehmen und Interessenvertretungsverbänden) mit umfangreichen Informationspflichten verknüpft. Diesen ist vor allem durch – teilweise gebührenpflichtige – Registrierung verschiedenster – je nach Art des Akteurs unterschiedlicher – Daten in einem vom Bundesminister für Justiz (BMJ) elektronisch geführten Lobbying- und Interessenvertretungs-Register nachzukommen, in das (zumindest teilweise von jedermann) Einsicht genommen werden kann. Diese Registrierungsspflichten beziehen sich auf die Akteure (Unternehmen bzw. Verbände und deren Mitarbeiter) aber auch die wirtschaftliche Relevanz (Lobbying-Umsatz bzw. Kosten des Lobbying oder der Interessenvertretung). Professionelle Lobbying-Unternehmen haben darüber hinaus dem Register den Auftraggeber und den vereinbarten Aufgabenbereich jedes einzelnen Lobbying-Auftrags bekannt zu geben (wobei die Einsichtnahme in diesen sensiblen Teil des Registers nur möglich ist, wenn die rechtlich geschützten Interessen des Einsichtswerbers die Interessen am Schutz von Geschäftsgeheimnissen erheblich überwiegen).

Zum anderen will das Gesetz die Akteure des Lobbying bzw. der Interessenvertretung zur Einhaltung bestimmter (vielfach durch erheblich auslegungsbedürftige Begriffe definierter) Mindestverhaltensstandards verpflichten (Lauterkeitsziel). Dadurch soll die staatliche Willensbildung nicht nur vor bereits strafrechtlich sanktionierten, sondern darüber hinaus auch vor solchen Einflußnahmeversuchen geschützt werden, die den Grundwerten einer rechtsstaatlichen Demokratie nicht entsprechen, jedoch die Schwelle des strafrechtlich Relevanten noch nicht überschreiten. So sind beim erstmaligen Kontakt mit Funktionsträgern Identität und Anliegen offen zu legen und sind die für Funktionsträger anwendbaren Tätigkeitsbeschränkungen zu beachten. Weder dürfen Informationen unlauter beschafft werden noch dürfen diese verfälschend weitergegeben werden (kein Spinning!). Auf Funktionsträger ausgeübter Druck darf weder unlauter noch unangemessen sein. Schließlich haben Unternehmen ihrem Lobbying einen öffentlich zugänglichen Verhaltenskodex zu Grunde zu legen. Unangemessen hohe Erfolgshonorare sowie solche, die für Lobbying vereinbart werden, das auf den Abschluss von Verträgen mit den Gebietskörperschaften zielt, sind verboten. Lobbying-Unternehmen haben die voraussichtlichen Kosten ihrer Tätigkeit vor der Beauftragung und später drohende Kostenüberschreitungen unverzüglich bekannt zu geben.

Zur Durchsetzung seiner Anordnungen sieht das Gesetz – allerdings nur für den unternehmerischen Bereich samt dessen Mitarbeiter geltende – verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen erheblichen Ausmaßes vor. Dadurch wird ein spezielles Berufszugangsregime konstituiert (keine Tätigkeit ohne Registrierung!). Dieses wird durch die verwaltungsbehördliche Streichung aus dem Register als Folge bestimmter strafgerichtlicher Verurteilungen sowie schwerwiegender Verletzungen des LobbyG ergänzt. Weiter ist die Nichtigkeit von entgegen dem Registrierungsregime geschlossenen Verträgen, gesetzwidrigen Erfolgshonorarvereinbarungen sowie der Verfall von dafür gezahlten Honoraren zu Gunsten des Bundes vorgesehen. Konkurrenten und bestimmte öffentliche Institutionen können gegen Gesetzesverstöße mittels UWG-Klagen vorgehen.

Eine spezielle Unvereinbarkeitsnorm für öffentliche Funktionsträger im Zusammenhang mit Lobbying-Tätigkeiten rundet das Bild eines Gesetzes ab, das es versteht, die Verfolgung an sich begrüßenswerter Ziele durch die Kombination einer Fülle von potentiell weitreichenden und gelegentlich wenig determinierten Verpflichtungen mit bisweilen sinnwidrigen Ausnahmen in ein juristisch zumindest kontroverses Licht zu setzen (RAA Mag. *Alexander Latzenhofer* ist Mitautor eines Kommentars zum LobbyG, der im März 2013 erscheinen wird).

## II. Das neue Korruptionsstrafrecht

Zum 01.01.2013 trat in Österreich das neue Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012 in Kraft. Es ist zu hoffen, dass sich die neuen Regelungen bewähren und endlich Rechtssicherheit schaffen.

Die Korruptionsstrafnormen knüpfen nun an den neuen „Amtsträger“-Begriff an. Damit wurde die im Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009 noch nicht erfolgte völlige Gleichstellung von inländischen Abgeordneten mit den (übrigen) Amtsträgern mit Wirkung zum 01.01.2013 endgültig vollzogen. Der Begriff "Amtsträger" in § 74 Abs. 4a Buchst. b öStGB-neu umfasst in Zukunft jede Person, die "für den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband, eine Gemeinde, für eine andere Person des öffentlichen Rechts, ausgenommen einer Kirche oder Religionsgesellschaft, für einen anderen Staat oder für eine internationale Organisation Aufgaben der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnimmt." Bisher galt das Korruptionsstrafrecht für die Mitglieder des Nationalrates, des Landesrates und des Gemeinderates nur im Zusammenhang mit Stimmenkauf und -verkauf sowie wegen Verstößen gegen die Geschäftsordnung. Durch die neue Definition des § 74 Abs. 4a Buchst. b öStGB-neu erfolgt eine vollständige Einbeziehung der Abgeordneten in den Begriff der Amtsträger und eine volle Erfassung bei den Bestechlichkeitsdelikten.

Ebenso kommt es zu einer Erfassung des gesamten so genannten „staatsnahen Sektors“ durch die Novelle. Als Amtsträger gemäß § 74 Abs. 4a Buchst. d öStGB-neu gilt in Zukunft auch jede Person, die als Organ oder Bediensteter eines Unternehmens des staatsnahen Sektors tätig ist. Umfasst sind nicht nur Angestellte und deren Bedienstete in leitender Funktion, sondern sämtliche Mitarbeiter, unabhängig von ihrer Stellung und Funktion im Unternehmen (mit Ausnahme ganz untergeordneter Hilfstätigkeiten). Betriebe des staatsnahen Sektors sind Unternehmen, an denen eine in- oder ausländische Gebietskörperschaft mit zumindest 50 % beteiligt ist, die von einer Gebietskörperschaft betrieben oder sonst tatsächlich beherrscht werden, sowie alle Unternehmen, die der Kontrolle durch den Rechnungshof unterliegen.

Als weitere wesentliche Neuerung ist die Ausweitung der Strafbarkeit auf Handlungen im Ausland unabhängig vom Recht des Tatortstaates zu nennen. Die §§ 305 bis 309 öStGB-neu finden im Inland Anwendung, auch wenn diese Taten zur Gänze im Ausland begangen worden sind, vorausgesetzt, es sind österreichische Interessen im Sinne der Europarats-Konvention berührt. Die inländische Gerichtsbarkeit ist künftig selbst dann gegeben, wenn die Bestechung ausländischer Amtsträger im Tatortstaat nicht strafbar ist. Die praktisch bedeutsamsten Fälle betreffen die zur Gänze im Ausland abgewickelte Bestechung ausländischer Amtsträger durch Österreicher im Ausland, die bislang nur dann in Österreich strafbar war, wenn auch im Tatortstaat nicht (bloß) die Bestechung der Amtsträger des Tatortstaates, sondern die Bestechung ausländischer Amtsträger strafbar war.

Auch bei den Tatbeständen gibt es Neuerungen; so werden die privaten Korruptionstatbestände § 168c öStGB bis § 168e öStGB (Geschenkannahme durch Bedienstete oder Beauftragte, Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten, Berechtigung zur Anklage) aufgehoben und als § 309 öStGB-neu in den 22. Abschnitt verlagert. Das Privatklageerfordernis entfällt somit, sie sind jetzt als Officialdelikte ausgestaltet. Ebenso gibt es seit der Novelle keine Geringfügigkeitsgrenze mehr. Eine Tatbegehung für Vorteile von mehr als EUR 50.000,00 ist nun mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bedroht. Damit tritt eine massive Verschärfung ein, mit der der Korruption im privaten Bereich verstärkt der Kampf angesagt wurde.

Der Tatbestand der Bestechlichkeit von Amtsträgern und Schiedsrichtern für die pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäftes (§ 304 öStGB) blieb unberührt.

Nach der in § 305 öStGB-neu geregelten Vorteilsannahme sind Amtsträger oder Schiedsrichter dann strafbar, wenn sie für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes einen - wenn auch nur gebührlchen- Vorteil für sich oder eine dritte Person fordern. Die Dienstrechtsakzessorietät entfällt, das heißt, bei der Vorteilsannahme für Amtsträger wird nicht mehr rein auf das Dienstrecht abgestellt, weil es für einige Berufsgruppen (Minister, Landeshauptleute, Bürgermeister) kein Dienstrecht gibt; nunmehr wird - in Anlehnung an die Schweizer Regelung - klargestellt, dass das Fordern stets strafrechtlich verpönt ist und darüber hinaus für ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft kein "ungebührlcher Vor-

teil" (§ 305 Abs. 4 öStGB) angenommen werden darf. Keine ungebührlichen Vorteile sind solche, deren Annahme ausdrücklich gesetzlich erlaubt sind, im Rahmen der Verpflichtung zur Repräsentation angenommen werden, gemeinnützigen Zwecken, auf deren Verwendung der Amtsträger keinen bestimmenden Einfluss ausüben darf, gewidmet sind oder orts- und landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts darstellen. Das Annehmen oder Sich-Versprechen-Lassen ist hingegen nur dann strafbar, wenn ein "ungebührlicher Vorteil" vorliegt. Die Grenze zur Strafbarkeit wird somit nicht mehr - wie bisher - durch Verweis auf dienst- oder organisationsrechtliche Ge- und Verbote gezogen, sondern mithilfe des "nicht ungebührlichen Vorteils".

Wie auch bisher sind die Annahme oder das Sich-Versprechen-Lassen von Vorteilen im Rahmen von Repräsentationsveranstaltungen, an deren Teilnahme ein amtliches oder sachliches Interesse besteht, von der Strafbarkeit ausgenommen. Laut Materialien sind damit Eintritts- und Teilnahmegebühren sowie - bei mehrtägigen Veranstaltungen - Nächtigungs- und Verpflegungskosten gemeint. Betont wird, dass der Vorteil sich auf die amtliche oder unternehmerische Tätigkeit und nicht auf ein rein privates bzw. persönliches Konsumvergnügen beziehen muss. Damit ist nun endlich eine klare Abgrenzung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten möglich.

§ 306 öStGB-neu und § 307b öStGB-neu pönalisieren das so genannte "Anfüttern", das nach dem Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009 wieder weitgehend gesetzlich erlaubt war. Strafbarkeit droht dann, wenn der Amtsträger mit dem Vorsatz, sich dadurch in seiner Tätigkeit als Amtsträger beeinflussen zu lassen, für sich oder eine dritte Person einen Vorteil fordert oder einen ungebührlichen Vorteil annimmt oder sich versprechen lässt. Die Grundstrafdrohung ist pönalisiert mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren, Qualifikationen für einen EUR 3.000,00 bzw. EUR 50.000,00 übersteigenden Vorteil sind pönalisiert mit Freiheitsstrafen bis zu 3 Jahren bzw. 6 Monate bis 5 Jahren. Andererseits liegt eine strafbare Vorteilszuwendung zur Beeinflussung vor, wenn einem Amtsträger ein ungebührlicher Vorteil für ihn oder eine dritte Person angeboten, versprochen oder gewährt wird, um ihn in der Tätigkeit als Amtsträger zu beeinflussen.

Nicht mehr von Relevanz ist die Unterscheidung zwischen pflichtgemäßer und pflichtwidriger Amtsführung, es soll vielmehr "auf eine wohlwollende Behandlung, sei es inhaltlicher Natur, sei es proceduraler Natur, im Sinne einer rascheren Erledigung" abgestellt werden.

Die Annahme oder das Sich-Versprechen-Lassen ist dann nicht strafbar, wenn es sich um einen "geringfügigen" Vorteil handelt. Strafbar ist jedenfalls das Fordern zum Zwecke der Beeinflussung, unabhängig von der Werthaltigkeit des Vorteils. Die Geringfügigkeitsgrenze bleibt wie bisher bei EUR 100,00.

### III. Nichtausfolgung von Ton- und Bildaufnahmen als verfassungswidrig aufgehoben

Nach § 363a StPO (Art. 89 Abs. 2 B-VG) besteht ein subjektives Recht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch ein Rechtsmittelgericht anzurufen.

Begründend führt der Oberste Gerichtshof dazu aus: "Steht die Verfassungskonformität einer Norm als solche in Frage, hat der Antragssteller unter dem Aspekt der Rechtswegausschöpfung anlässlich der Beschwerde auf die Verfassungswidrigkeit des angewendeten Gesetzes hinzuweisen, um so das Rechtsmittelgericht zu einem Vorgehen nach Art. 89 Abs. 2 B-VG zu veranlassen" (11 Os 132/06f, EvBl 2008/8, 32). Auch die sonstigen gegenüber dem EGMR normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art. 34 und 35 Abs. 1 und 2 MRK, welche sinngemäß auch für Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens nach § 363a öStPO Anwendung finden, denen kein Erkenntnis des EGMR zu Grunde liegt, müssen gelten (13 Os 135/06m, EvBl 2007/154, 832) und müssen erfüllt sein. Insbesondere besteht ein subjektives Recht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch das Rechtsmittelgericht anzurufen (vgl. 13 Os 173/08b, EvBl-LS 2009/63, 380; 11 Os 21/10p, 58/10d, EvBl 2010/122, 824). (vgl. OGH vom 18. 10. 2011, 12 Os 57/11 s).

Der besprochenen Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Mai 2009 kam es auf dem Gelände des Wiener Westbahnhofes zu Ausschreitungen zwischen Anhängern rivalisierender Fußballvereine, die Körperverletzungen einschreitender Polizeibeamter und schwere Sachbeschädigungen zur Folge hatten. In dem daraufhin eingeleiteten Strafverfahren dienten die von mehreren Überwachungskameras

aufgenommenen Videofilme als Beweismittel. Noch vor Anberaumung der Hauptverhandlung stellten mehrere Angeklagte beim Landesgericht für Strafsachen Wien den Antrag, ihrem Verteidiger eine Kopie der entsprechenden Videoaufzeichnungen gegen Kostenersatz auszuhändigen. Dieser Antrag wurde mit der Begründung abgewiesen, dass die Bestimmung des § 52 Abs. 1 öStPO die Erlangung von Kopien in Bezug auf Bild- und Tonaufnahmen ausschließe. Das Oberlandesgericht Wien gab der dagegen erhobenen Beschwerde, in der auch die allfällige Verfassungswidrigkeit der in Rede stehenden Vorschrift releviert wurde, keine Folge und führt begründend aus, dass das in der StPO vorgesehene Recht auf Besichtigung derartiger Beweisgegenstände durch Augenschein ausreiche und daher keine Notwendigkeit bestehe, Kopien von sichergestellten Videos ausgehändigt zu erhalten. Diese gesetzliche Bestimmung stehe somit auch nicht in Widerspruch zu Art. 6 EMRK und es bestehe daher kein Anlass für eine Anfechtung der Bestimmung beim Verfassungsgerichtshof.

In dem beim Obersten Gerichtshof eingebrachten Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a Abs. 1 öStPO monierten die Angeklagten einen den befassten Gerichten unterlaufenen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 und 3 Buchst. b EMRK, da die Entscheidungen auf die verfassungswidrige Bestimmung des § 52 Abs. 1 2. Hs öStPO gestützt worden seien. Da sich das Oberlandesgericht Wien nicht zur gebotenen verfassungskonformen Interpretation dieser Vorschrift in die Richtung verstanden habe, dass ein Anspruch auf Erhalt von Kopien auch im Hinblick auf Videoaufzeichnungen gegeben sei, wäre es verhalten gewesen, gemäß Art. 89 Abs. 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Aufhebung dieser Regelung zu stellen; hilfsweise beehrten die Antragsteller die Anfechtung der in Rede stehenden Bestimmung durch den Obersten Gerichtshof. Der Oberste Gerichtshof stellte fest, dass gemäß § 363a öStPO (Art. 89 Abs. 2 B-VG) ein subjektives Recht besteht, den Obersten Gerichtshof wegen unterlassener Normanfechtung durch ein Rechtsmittelgericht anzurufen. Der Oberste Gerichtshof verwies die Sache an das Rechtsmittelgericht zur Antragstellung gemäß Art. 89 Abs. 2 S. 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof betreffend die Wortfolge "bezieht sich jedoch nicht auf Ton- und Bildaufnahmen (und)" in § 52 Abs. 1 StPO i.d.F. BGBl 2009/52.

Der Verfassungsgerichtshof stellte in seiner Entscheidung fest, dass § 52 Abs. 1 StPO, der das Recht, Kopien von Ton- oder Bildaufnahmen zu erhalten, ausnahmslos verneint, gegen den Grundsatz auf ein faires Verfahren und gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoße und hob diese Wortfolge als verfassungswidrig auf.

Begründend führte der VfGH aus, dass der Angeklagte gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. b EMRK über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung verfügen müsse. Zum Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK gehörten Teilgewährleistungen wie der Grundsatz der Waffengleichheit und das Recht auf Akteneinsicht. Dies erfordere auch in bestimmtem Umfang den Zugang zu Beweismaterial. In der Rechtsprechung des EGMR betone dieser, aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ergebe sich auch das Recht des Angeklagten, erforderlichenfalls Kopien von Aktenteilen zu erhalten (EGMR 18.3.1997, Foucher gegen Frankreich, Nr. 10/1996/629/812; EGMR 24.4.2007, Matyjek gegen Polen, Nr. 38184/03; EGMR 15.1.2008, Luboch gegen Polen, Nr. 37469/05; EGMR 9.10.2008, Moiseyev gegen Russland, Nr. 62936/00; EGMR 26.11.2009, Dolenc gegen Kroatien, Nr. 25282/06; Meyer-Ladewig, EMRK 3 Art. 6 Rz 115). Es sei davon auszugehen, dass der vom EGMR gebrauchte Begriff "case materials" (EGMR 9.10.2008, Moiseyev gegen Russland, Nr. 62936/00) sich auf alle Aktenstücke, seien diese nun schriftlich oder audio-visueller Natur, beziehe (vgl. auch EGMR 26.7.2011, Huseyn und andere gegen Aserbaidschan, Nr. 35485/05, 45553/05, 35680/05 und 36085/05). Dass § 52 Abs. 1 StPO das Recht, Kopien von Ton- oder Bildaufnahmen zu erhalten, ausnahmslos verneine, solcherart eine Abwägung von Verteidigungsinteressen gegen - der Ausfolgung einer Kopie allenfalls entgegenstehende - schutzwürdige Interessen Dritter (Art. 8 EMRK; vgl. 14 Os 95/09s) ausschließe, erwecke Bedenken (Art. 89 Abs. 2 B-VG) im Hinblick auf die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 Buchst. b EMRK und (allenfalls) - soweit die Regelung eine differenzierende Betrachtung für jene Fälle, in denen (wie hier) Ton- und Bildaufnahmen im Verfahren eine zentrale Rolle als Beweismittel spielten, nicht zulasse - mit dem Gleichheitssatz nach Art. 2 StGG (Art. 7 Abs. 1 B-VG; vgl. Mayer, B-VG<sup>4</sup> Art. 2 StGG IV. 2.). Daher erfordere der in Rede stehende Grundsatz, dass dem Beschuldigten (Angeklagten - § 48 Abs. 2 öStPO) hinlänglicher Zugang zu allen Beweisen der Strafverfolgungsbehörde ermöglicht werde, was die Einräumung von ausreichend Zeit

und das Bereithalten von Räumlichkeiten zur Vorbereitung der Verteidigung einschlieÙe, um nicht in eine gegenüber der Anklagebehörde nachteilige Position zu geraten (vgl. erneut EGMR 9.10.2008, Fall *Moiseyev*, Appl. 62.936/00, Z 217 f.). Während der Strafverfolgungsbehörde im Verfahren sichergestellte Videobänder unbeschränkt zur Verfügung stünden, der Staatsanwalt also in die Lage versetzt werde, die Filmaufnahmen selbst, allenfalls davon hergestellte Kopien, zu seinen Unterlagen zu nehmen und nach Gutdünken wiederholt sowie ohne jede zeitliche Beschränkung und in jeder Geschwindigkeit (Zeitlupenform eingeschlossen) zu besichtigen, Details auszuwerten, Einzelbilder ebenso wie Bildausschnitte anzufertigen und seine Anklage auf diese spezifischen Bearbeitungen zu stützen, werde der Beschuldigte (Angeklagte) von einer derartigen Möglichkeit ausgeschlossen und gemäß der das Recht auf Besichtigung von Beweisgegenständen regelnden Vorschrift des § 51 Abs. 1 S. 2 öStPO auf den (bei Nachteil für die Ermittlungen beschränkbar sowie zeitlich auf die gerichtlichen Amtsstunden und die Maßgabe personeller Ressourcen eingeeengten) Augenschein verwiesen. Dass der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren eine zur zweckentsprechenden Verteidigung allenfalls erforderliche wiederholte oder verlangsamte Besichtigung der Filmaufnahmen im Wege eines (erfolgreichen) Einspruchs (§ 106 öStPO) bzw. der Angeklagte dies in der Hauptverhandlung mittels Beschwerde erwirken könne (die Erlangung von Standbildern oder Ausschnitten einzelner – auch wesentlicher – Details sei überhaupt nicht durchsetzbar), ändere an der grundsätzlichen und nachhaltigen Schlechterstellung im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft nichts.

Daher widerspreche die den Beschuldigten einseitig belastende Anordnung des ausnahmslosen Ausschlusses, Kopien von Bild und Tonaufnahmen zu erhalten, dem Grundsatz der Waffengleichheit des Art. 6 EMRK und sei verfassungswidrig (vgl. VfGH vom 13. 12. 2012, G 137/11).

## IV. Neuerungen in der Rechtsprechung

### 1. Erörterungspflicht bei widerstreitenden Beweisergebnissen bei sonstiger Nichtigkeit nach § 281 Abs. 1 Z 5 zweiter Fall öStPO

Leitsatz: Stimmen mit Bezug auf eine entscheidende Tatsache die Beweisergebnisse nicht überein, ist bei sonstiger Unvollständigkeit der Grund anzugeben, warum die der getroffenen Feststellung widerstreitenden Beweisergebnisse nicht überzeugen konnten.

Hinweis: Ob die Begründung von Feststellungen zu den entscheidenden Tatsachen i.S.d. § 281 Abs. 1 Z 5 zweiter Fall öStPO unvollständig ist, bestimmt sich unter dem Gesichtspunkt einer für den Prozessstandpunkt des Beschwerdeführers günstigeren Tatsachenfeststellung. Blieb ein in abstracto erhebliches Beweismittel, das jedoch nicht in Richtung - für die Lösung der Schuld- oder Subsumtionsfrage entscheidend - günstigerer als der festgestellten Tatsachen weist, unerörtert, fehlt dem Nichtigkeitswerber die erforderliche Beschwer, weil sich die Unvollständigkeit nicht zu seinem Nachteil auf die getroffenen Feststellungen ausgewirkt hat. (Glosse von Ratz)

Aus dem Urteil: „Damit aber hat das Erstgericht den zu beweisenden Tatumstand stillschweigend als bewiesen vorausgesetzt, an die Stelle einer Begründung also eine Behauptung gesetzt und der Sache nach bloÙ zirkuläre Überlegungen angestellt, anstatt Aussagen darüber zu treffen, aufgrund welcher Beweisergebnisse es zu dieser Überzeugung gelangte (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 446). Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass ein - hier gar nicht ausdrücklich gezogener - Schluss von einem gezeigten Verhalten auf ein zugrunde liegendes Wissen und Wollen aus dem Blickwinkel der Begründungstauglichkeit grundsätzlich nicht zu beanstanden wäre und bei leugnenden Angeklagten in aller Regel methodisch gar nicht zu ersetzen ist (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 452). Stimmen aber mit Bezug zu einer entscheidenden Tatsache die Beweisergebnisse nicht überein, ist bei sonstiger Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) der Grund anzugeben, warum die der getroffenen Feststellung widerstreitenden Beweisergebnisse nicht überzeugen konnten (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 425). Ob oder aus welchen Gründen die Tatrichter der insoweit leugnenden Verantwortung des Beschwerdeführers, der behauptet hatte, dass ihn die Sparbücher „nicht interessierten“, weshalb er sich um deren weiteren Verbleib nicht kümmerte (ON 89 S 8 ff), als unglaubwürdig ansahen, ist den Entscheidungsgründen jedoch - wie die Mängelrüge zutreffend aufzeigt - nicht zu entnehmen.“ (vgl. OGH 15. 5. 2012, 14 Os 38/12 p)



## 2. Wegfall einer bei einer anderen von § 29 öStGB erfassten Tat begründeten Qualifikation ändert nichts an der Subsumtion

Leitsatz: Nimmt das Schöffengericht mehrere je für sich nach § 147 Abs. 1 Z 1 erster Fall öStGB qualifizierte Taten an, wird aber nur die Begehung eines Teils dieser Taten unter Benützung einer falschen oder verfälschten Urkunde aus § 281 Abs. 1 Z 5 öStPO bestritten, so steht keine entscheidende Tatsache in Frage, weil die nach § 29 öStGB zu bildende Subsumtionseinheit davon unberührt bleibt.

Anmerkung zum Urteil: Der Angeklagte war mehrerer nach § 147 Abs. 1 Z 1 erster Fall öStGB qualifizierter Betrügereien schuldig erkannt worden und hatte in seiner aus Z 5 des § 281 Abs. 1 öStPO ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde eine der Fälschungen in Abrede gestellt. Der OGH hat die Nichtigkeitsbeschwerde als unzulässig zurückgewiesen.

Hinweis: Der Begriff der "strafbaren Handlung" in § 260 Abs. 1 Z 2 öStPO meint bei wert- oder schadensqualifizierten strafbaren Handlungen, anders als dort, wo der Strafraum (nur) nach § 28 öStGB zu bilden ist, zufolge der speziellen Bestimmung des § 29 öStGB eine nach Maßgabe des Zusammenrechnungsgrundsatzes entstandene Subsumtionseinheit sui generis, die aus der höchsten Wert- oder Schadensqualifikation und weiteren, in echter Konkurrenz dazu stehenden unselbständigen Abwandlungen des Grundtatbestands besteht, ebenso, wie wenn statt Tatmehrheit Tateinheit vorläge. Einem Täter, der mehrere strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen derselben Art begangen hat, von denen ein Teil vollendet, der andere bloß versucht wurde, ist also auch im Fall verschiedener Begehungsformen und ungeachtet dessen, dass strafsatzqualifizierende Umstände nur bei einzelnen Taten oder auch nur bei einer im Versuchsstadium gebliebenen Tat erfüllt sind, eine einzige "strafbare Handlung" anzulasten. Ob die Zusammenrechnung auch tatsächlich zur Überschreitung einer Wert- oder Schadensgrenze führt, ist bedeutungslos. Auch bei einem unter EUR 3.000,00 gelegenen Gesamtwert der Beute mehrerer sonst nicht qualifizierter Diebstähle wird demnach das Vergehen nach § 127 öStGB begründet. Damit trug der historische Gesetzgeber dem bereits in § 28 öStGB ausgedrückten Prinzip Rechnung, Tateinheit und Tatmehrheit bei der Strafraumbildung gleich zu behandeln. Auch Gegenstand des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs. 1 Z 10 öStPO ist allein diese Subsumtionseinheit (Glosse von Ratz, vgl. OGH 15. 5. 2012, 14 Os 45/12 t).

## 3. Auch gerichtsnotorische Tatsachen sind bei sonstiger Nichtigkeit gemäß § 258 Abs. 1 öStPO (§ 281 Abs. 1 Z 5 öStPO; Art. 6 MRK) erörterungsbedürftig

Der Angeklagte hat ein aus dem fair-trial-Gebot des Art. 6 MRK fließendes Recht darauf, nicht von einer ihm unbekanntem Gerichtsnotorietät im Tatsachenbereich überrascht zu werden. Auch das, was gerichtskundig ist, muss in der Hauptverhandlung vorkommen, um zur Grundlage von Feststellungen werden zu können. Hat das Erstgericht die Feststellung einer durchschnittlichen Wirkstoffkonzentration auch auf eine von ihm angenommene Gerichtsnotorietät gestützt, über die der Angeklagte nicht informiert wurde, so hat es gegen seine aus § 281 Abs. 1 Z 5 vierter Fall öStPO relevierbare Erörterungspflicht verstoßen.

Anmerkung: Der u.a. wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs. 1 fünfter Fall und Abs. 4 Z 3 öSMG schuldig erkannte Angeklagte hatte den Umstand geltend gemacht, dass die Feststellung der Suchtgiftkonzentration auf in der Hauptverhandlung nicht erörterten "Erfahrungswerte" gegründet worden war. Der OGH hat in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde das Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.

Hinweis: Für das vom OGH verlangte Vorkommen genügt es, wenn im Rahmen einer abweislichen Entscheidung nach § 238 Abs. 3 öStPO oder im Anklagevortrag darauf hingewiesen wird. Anders als hinsichtlich bloß gerichtsnotorischer Umstände wird ein Beteiligter von einer auf allgemeine Notorietät (Naturgesetze, grundlegende Erfahrungssätze etc.) gegründeten Feststellung i.d.R. (vgl. aber RIS-Justiz RS0098536: atypische intellektuelle Ausstattung des Angeklagten) nicht überrascht. Insoweit besteht keine mit Nichtigkeit bewehrte Obliegenheit zur Vorführung in der Hauptverhandlung (vgl. OGH 25. 1. 2012, 15 Os 147/11 y).