

Allerdings liegt keine Beweisvereitelung vor, wenn die Unmöglichkeit oder die Erschwerung der Beweisführung überhaupt nicht von konkreten Handlungen des Gegners ausgeht. Darüber hinaus - und das wird oft übersehen - bedarf es auch der Erfüllung eines subjektiven Tatbestands. Der subjektive Tatbestand der Beweisvereitelung verlangt aber grundsätzlich einen doppelten Schuldvorwurf (vgl. BGH NJW 2004, 222). Die Partei muss erstens ein Beweismittel vorsätzlich oder fahrlässig vernichten bzw. vorenthalten. Hinzu tritt als zweiter Schuldvorwurf, dass die Partei vorsätzlich oder fahrlässig die Beweisfunktion des Beweismittels beseitigt. Über die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandsmerkmals schweigt sich die Entscheidung aus.

Zu Unrecht wird in der Literatur im Übrigen darauf hingewiesen, dass bereits ein Grundsatzurteil mit ganz ähnlichem Duktus aus dem Jahr 2007 (BGH, NZI 2007, S. 614, Rn. 14 zur Überschuldung) existiere (so Keller in: GWR 2012, S. 179 ff.). In dem dortigen Fall konnte der Nachweis der insolvenzrechtlichen Überschuldung nicht geführt werden, weil die Erstellung eines Überschuldungsstatus der beweisbelasteten Partei daran gescheitert ist, dass die Beklagte die hierzu seitens des Gutachters für erforderlich gehaltenen Unterlagen mit der Behauptung nicht vorgelegt hat, diese seien bei der Auflösung der Schuldnerin „verschwunden“. Mit anderen Worten: Es lagen überhaupt keine Unterlagen mehr vor! Im hier zu entscheidenden Fall ging es um genau drei Verbindlichkeiten respektive drei Belege.

Für die Praxis bedeutet das jedenfalls, dass die Geschäftsleiter vor Insolvenzantragstellung nicht nur unter strafrechtlichen, sondern auch unter zivilrechtlichen Aspekten dafür Sorge zu tragen haben, dass die Buchhaltung ajour ist. Ferner muss im Falle einer Inanspruchnahme herausgearbeitet werden, dass den Geschäftsleiter kein doppelter Schuldvorwurf trifft. Weiteres Verteidigungsvorbringen kann ferner sein, dass die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und der Beweisvereitelung dargelegt wird. Denn der BGH führt aus, dass die Grundsätze der Beweisvereitelung nur greifen, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegende Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen verletzt hat und dem Gläubiger deshalb die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist.

*Fazit: Eine ordentliche Dokumentationslage erschwert die Inanspruchnahme*

## Internationales

### Länderbericht Österreich

Rechtsanwalt Mag. Josef Phillip Bischof, Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwaltsanwarter Mag. Philipp Wolm

## Länderbericht Österreich: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

### I. Straftatbestand der Verbotenen Intervention (§ 308 StGB)

Anfang 2013 trat das Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012 in Kraft. Dieses basiert zu großen Teilen auf den Ergebnissen der 3. Evaluierungsrunde der Staatengruppe gegen Korruption des Europarats (GRECO), die sich dem Bereich der Strafbestimmungen widmete. Die aktuelle Novelle des Korruptionsstrafrechts, die am 1.1.2013 in Kraft trat, sieht in Bezug auf die Verbotene Intervention bei einer ungebührlichen Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers eine strafrechtliche Sanktion für den Auftraggeber und den Intervenienten vor.

#### Verbotene Intervention

*§ 308. (1) Wer für sich oder einen Dritten dafür einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.*

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer einem anderen dafür einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, dass dieser einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme.

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3 000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Wer die Tat in Bezug auf einen 50 000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Eine Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder Schiedsrichters ist dann ungebührlich, wenn sie auf die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts abzielt oder mit dem Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines ungebührlichen Vorteils (§ 305 Abs. 4) für den Amtsträger oder für ihn an einen Dritten verbunden ist.

(5) Der Täter ist nicht nach den vorstehenden Absätzen zu bestrafen, wenn die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

## 1. Dreipersonales Verhältnis

Bei der Verbotenen Intervention liegt zwischen folgenden Personen ein dreipersonales Verhältnis vor:

- a) Auftraggeber einer Verbotenen Intervention,
- b) Intervenient, der Einfluss ausüben soll,
- c) Amtsträger, auf den der Einfluss ausgeübt werden soll.

### a) Auftraggeber

#### aa) Der Täter tritt selbst in Erscheinung

Neben einer Bestimmung zum Amtsmissbrauch (§ 12 Fall 2, § 14 Abs. 1, § 302 StGB) könnte er dem Amtsträger einen Vorteil anbieten, versprechen oder gewähren, um eine pflichtwidrige Vornahme (oder Unterlassung) eines Amtsgeschäfts zu bewirken (Bestechung, § 307 StGB). Wenn der Täter ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft herbeiführen will, so ist dies strafbar, wenn er dafür einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs. 4 StGB) anbietet, verspricht oder gewährt (Vorteilszuwendung, § 307a StGB). Nach diesen Bestimmungen ist er aufgrund der Behandlung aller Beteiligten als Täter i.S.d. § 12 StGB ebenfalls strafbar, wenn er die Vorteile und sein Anliegen dem Amtsträger nicht selbst überbringt, sondern dafür einen Mittelsmann verwendet.

#### bb) Der Täter tritt nicht selbst in Erscheinung

Möchte der Täter aber selbst nicht in Erscheinung treten (also auch ohne einen direkten Mittelsmann), wird er sich der Dienste eines Intervenienten bedienen (durch das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils an diesen). In diesem Fall kann der Täter sich nach § 308 Abs. 2 strafbar machen, wenn er es "ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet" (§ 5 Abs. 1 2. Hs. StGB), dass der Intervenient ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Amtsträgers nimmt. Straffrei bliebe er aber, wenn das beabsichtigte Ziel der Intervention ein pflichtgemäßes Amtsgeschäft (§ 308 Abs. 4 Fall 1 StGB) sein und damit kein ungebührlicher Vorteil für den Amtsträger (§ 308 Abs. 4 Fall 2 StGB) verbunden werden soll.

Geklärt wurde damit die langandauernde Diskussion, ob auch der Auftraggeber einer Verbotenen Intervention strafbar ist. Der OGH bejahte dies zwar, doch wurde diese Ansicht von Teilen der Lehre kritisiert. Nun folgt der Gesetzgeber schließlich dem "formellen Bedürfnis legislativer Übersichtlichkeit".

### b) Intervenient

Der Intervenient fungiert als "Zwischenperson" in der dreipersonalen Konstellation der Verbotenen Intervention (§ 308 StGB), er ist das Bindeglied. Zunächst fordert er vom Auftraggeber einen Vorteil, nimmt einen solchen an oder lässt ihn sich versprechen, um dann ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers zu nehmen (§ 308 Abs. 1 StGB). Neben den rechtlich tolerierten Mitteln der Interessenvertretung kann der In-

tervenient zur Erfüllung seines Auftrags auch auf rechtlich verpönte Möglichkeiten zurückgreifen (diese unterscheiden sich nicht von den oben besprochenen Varianten).

Erfasst werden sollen in erster Linie bestimmte Formen des gesetzwidrigen Lobbyismus. Der Intervenient verkauft seinen Einfluss auf Amtsträger und greift in dessen Entscheidungsfindung nicht zwangsläufig durch (ungebührliche) Vorteile ein, sondern etwa durch Einladungen zu speziellen Veranstaltungen. Die Grenze zur Strafbarkeit verläuft dort, wo der Intervenient eine pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts erreichen möchte.

### c) Amtsträger

Der Amtsträger macht sich wegen Bestechlichkeit (§ 304 StGB) strafbar, wenn er einen Vorteil vom Intervenienten in Zusammenhang mit einem pflichtwidrigen Amtsgeschäft angenommen oder sich versprechen lassen hat. Wegen Vorteilsannahme (§ 305 StGB) macht er sich strafbar, wenn er einen ungebührlichen Vorteil in Zusammenhang mit einem pflichtgemäßen Amtsgeschäft angenommen oder sich versprechen lassen hat. Sollte der Amtsträger schon vor dem konkreten Amtsgeschäft einen ungebührlichen Vorteil vom Intervenienten angenommen haben oder sich versprechen lassen, macht er sich wegen Vorteilsannahme zur Beeinflussung (§ 306 StGB) strafbar, wenn der Amtsträger den Vorsatz hatte, sich dadurch in seiner Tätigkeit beeinflussen zu lassen.

## 2. Die Handlung: Ungebührliche Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung

Gemäß § 308 Abs. 4 Fall 1 StGB ist die Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträger dann ungebührlich, wenn sie auf die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts abzielt. Entscheidende Bedeutung für das Verständnis dieser Fallvariante kommt damit dem Begriff "Amtsgeschäft" und seiner Definition zu.

### a) Amtsgeschäft

Nach dem aktuellen Verständnis umfasst ein Amtsgeschäft jede Handlung oder Unterlassung, "durch die der Täter spezifische Amts- oder Dienstpflichten erfüllt oder verletzt, d.h. Pflichten, die für seinen Aufgabenbereich spezifisch sind".

Unbeachtlich dabei ist es, ob die Handlung öffentliche oder berechnete private Interessen verletzt; relevant ist nur, ob spezifische Amts- oder Dienstpflichten erfüllt oder verletzt werden. Dabei können die erfassten Handlungen verschiedenster Natur sein: Sie können sowohl in einem Hoheitsakt als auch in einem Rechtsgeschäft des Privatrechts liegen.

Andererseits sind Amtsgeschäfte nicht auf Rechtshandlungen oder Hoheitsakte beschränkt. Auch auf die Ausübung einer Entscheidungsbefugnis oder einer Befehls- oder Zwangsgewalt kommt es nicht an. Sogar Verrichtungen rein tatsächlicher Art können Amtsgeschäfte konstituieren, sofern sie zwei weitere Kriterien erfüllen: Die Verrichtung tatsächlicher Art muss erstens zur Erreichung der amtspezifischen Vollzugsziele sachbezogen und relevant sein und zweitens einer Rechtshandlung zumindest einigermaßen gleichwertig sein (sog. Gleichwertigkeitsthese).

Nicht erfasst sind Tätigkeiten "von untergeordneten Hilfskräften, die erst die Voraussetzungen für den eigentlichen Dienstbetrieb schaffen" sollen, wie z.B. die Putzfrau in einem Amtsgebäude oder der Lenker eines Dienstwagens. Im Gegensatz dazu ist etwa die Tätigkeit eines Justizwachebeamten keine bloße Hilfstätigkeit, denn diese stellt "bereits unmittelbar die Erfüllung der den Vollzugsbehörden gesetzsmäßig aufgetragenen Verpflichtungen" dar.

### b) Gleichwertigkeitsthese und Verrichtungen tatsächlicher Art

Manuelle Tätigkeiten sind nur dann Amtsgeschäfte, wenn sie Rechtshandlungen gleichwertig sind. Der OGH gibt als Begründung dafür an, dass bei der Interpretation des Begriffs "Amtsgeschäft" darauf zurückgegriffen werden kann, dass der Täter notwendigerweise Beamter sein muss und daher die Beamtendefinition des § 74 StGB herangezogen werden kann. Die Möglichkeit, ein Amtsgeschäft vornehmen zu können, setzt Beamteneigenschaft voraus. Die Beamtendefinition des § 74 StGB umfasst "Rechtshandlungen" oder sonstige "Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung". Der Begriff Amtsgeschäft ist als Oberbegriff für die beiden Begriffe "Rechtshandlungen" und sonstige "Aufgaben der

Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung" zu verstehen. Weiteres ergibt sich aus dem Wortlaut der Beamtendefinition des § 74 StGB, dass die beiden Begriffe gleich geordnet sind. Diese Gleichordnung produziert nur dann keine Wertungswidersprüche, wenn nur solche sonstigen "Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung" erfasst werden, die "Rechtshandlungen" einigermaßen gleichwertig sind.

### c) Abgrenzung Sonderdelikt "Amtshandlung" von unechten Sonderdelikten

Wie bei jedem Sonderdelikt ist auch bei den Amtsdelikten zwischen echten Amtsgeschäften und unechten Amtsgeschäften, also solchen Handlungen, die unter Ausnutzung der Amtsstellung gesetzt werden, zu unterscheiden. So macht sich etwa ein Amtsträger, der Geld aus der dienstlichen Kassa entnimmt, eines allgemeinen Vermögensdeliktes schuldig (Veruntreuung oder Diebstahl, je nach Sachverhaltskonstellation). Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob der Amtsträger durch seine Handlung (nur) für ihn spezifische Dienstpflichten verletzt oder ob er ein Delikt des Strafgesetzbuchs verwirklicht, das er auch als Privatperson (also ohne Rücksicht auf seine Stellung als Amtsträger) hätte verwirklichen können. Hätte auch eine Privatperson dasselbe Delikt begehen können, so ist kein Amtsgeschäft vorgenommen worden. In Frage kommt allerdings die Erhöhung des Strafrahmens nach § 313 StGB, wenn die Handlung unter Ausnutzung der Amtsstellung gesetzt worden ist.

### d) Vollendung der Amtshandlung

Im Rahmen der Strafbarkeitsprüfung stellt sich insbesondere die Frage, wann die Amtshandlung bzw. das damit verbundene Delikt vollendet ist. Wird beispielsweise nur ein Gespräch darüber geführt, ob und unter welchen Umständen der Amtsträger ein bestimmtes pflichtwidriges Amtsgeschäft vornehmen und welches Honorar er sich dafür vorstellen würde, so ist das Delikt noch nicht vollendet. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob der Vorteil bereits angeboten bzw. versprochen wurde. Sobald dies passiert ist, ist das Delikt vollendet. Würde die Strafbarkeit schon früher angesetzt werden, bliebe kein Raum für die Vorbereitung. Diese Frage ist unabhängig davon zu beurteilen, ob bereits ein bestimmtes Amtsgeschäft im Raum steht. Denn auch wenn noch kein bestimmtes Amtsgeschäft im Raum steht, könnte eine Strafbarkeit durch ein Vorbereitungsdelikt vorliegen (z.B. nach §§ 306, 307b StGB).

## 3. Praxisbeispiele

Für Repräsentationsaufgaben gegenüber Amtsträgern, insbesondere für die Bereiche Kulturereignisse sowie Essenseinladungen, wird Folgendes gelten:

Amtsträger, vor allem Politiker oder hohe Beamte von Gebietskörperschaften, werden regelmäßig zu Eröffnungen, Theater- und Konzertbesuchen eingeladen. Nach § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB ist dann kein ungebührlicher Vorteil gegeben, wenn diese Einladungen im Rahmen von Veranstaltungen gewährt werden, an deren Teilnahme ein amtlich oder sachlich gerechtfertigtes Interesse besteht. Erhofft der Einladende sich dadurch einen Werbeeffekt, um die Bedeutung der Veranstaltung zu erhöhen, um eine dementsprechende Resonanz in der Presse zu erhalten, ist das seitens des Gebenden als Einlader unbedenklich, da sich die Gegenleistung auf die Anwesenheit beschränkt. Umgekehrt kann sich auch der Amtsträger auf Repräsentationspflichten berufen, dann ist die Einladung als amtlich oder sachlich, weil dienstlich, gerechtfertigt. Schwieriger wird es dann, wenn diese amtlichen oder sachlichen Rechtfertigungen nicht mehr gegeben sind, wenn beispielsweise untergeordnete Politiker oder Beamte zu Veranstaltungen wie z.B. zu einer Konzertveranstaltung eingeladen werden. Der Werbeeffekt ist minimal und die Repräsentation tritt in den Hintergrund.

Unter einem Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert. Besser gestellt wird der Amtsträger vor allem durch materielle Zuwendungen jeder Art. Dazu zählen auch Eintrittskarten für regulär entgeltspflichtige Veranstaltungen, da diese Karten einen Vermögenswert haben. Dass die Wahrnehmung von Repräsentationsaufgaben zu den Dienstpflichten gehört, ist richtig, nimmt aber den Eintrittskarten nicht den Vorteilscharakter, wohl aber die Strafbarkeit nach § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB. Diese Frage stellt sich dann, wenn eben nicht nur die Spitzen einer Gebietskörperschaft, sondern auch Abteilungsleiter oder untergeordnete Repräsentanten eingeladen werden: Eine Teilnahme dieser Personen rechtfertigt sich nicht nach § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB. Ebenso wenig die Teilnahme

der Ehefrau, auch wenn es allgemeinen Gepflogenheiten entsprechen mag, auf eine Abendveranstaltung eine Begleitung mitnehmen zu dürfen.

Strafrechtlich entscheidend ist vielmehr, dass zwischen Vorteil und der Dienstausbübung ein Gegenseitigkeitsverhältnis in dem Sinne bestehen muss, dass der Vorteil nach dem angestrebten ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausbübung, wobei darunter jede Tätigkeit des Amtsträgers zu verstehen ist, hat. Diese muss auch nicht, nicht einmal in groben Umrissen, konkretisiert sein. Das Ziel der Vorteilszuwendung ist, die künftige Dienstausbübung zu beeinflussen oder die vergangene zu belohnen. Daher muss der Vorteil somit einen Gegenleistungscharakter haben. Es ist daher entscheidend, welches Ziel der Einladende verfolgt.

Grob kann daher gesagt werden: Verfolgt der Gebende jedes andere Ziel, ist die Einladung erlaubt und vom Strafrecht nicht umfasst. Somit sind sämtliche Einladungen, egal in welcher geldwerten Höhe, die nicht dieses pönalisierte Ziel verfolgen, erlaubt, jedoch wird es nicht einfach sein, den ersten Anschein zu widerlegen.

Zu den Indizien, die für das Erreichen des pönalisierten Zieles sprechen, sei auf obige Ausführungen verwiesen. Um zu einer Strafbarkeit zu gelangen, muss also nachgewiesen werden, dass die Zuwendung von Eintrittskarten ihren Grund gerade in der Dienstausbübung hat bzw die Dienstleistung als Gegenleistung mitbestimmender Beweggrund für die Zuwendung gewesen ist. Es reicht jedenfalls nicht aus, Einfluss auf die dienstliche Aufgabe der Repräsentation nehmen zu wollen, da der Vorteil dafür keinen Gegenleistungscharakter hat, sondern nur Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe ist. Im Gegensatz zu Meinungen in der Literatur ist daher die Einladung an einen breit gestreuten Adressatenkreis sogar gefährlicher, da der Ausnahmetatbestand von § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB dann eher nicht greifen kann, da Repräsentationsaufgaben auf bestimmte Personen beschränkt sind.

Die Rechtsansicht des BMJ, dass bei Masseneinladungen für beispielsweise 150 Personen zur Festigung von Kundenbeziehungen keine Verpflichtung des Unternehmens bestünde, die Kundenliste durchzugehen, ob Amtsträger darunter sind, daher bei Masseneinladungen zu Kundenveranstaltungen kein Vorteil zur Beeinflussung nach § 307b StGB möglich wäre, ist unrichtig. Auch Masseneinladungen haben individualisierte Adressaten und werden nicht mittels Flugzettel auf der Straße ausgegeben. Es kann nicht an der Zahl der Teilnehmer liegen, ob eine "Anfütterung" besteht oder nicht, dies ist selbstverständlich individuell bei jedem einzelnen Teilnehmer zu prüfen. Es wird der Frage nachzugehen sein, warum ein Amtsträger überhaupt im "Verteiler" für eine Kundenveranstaltung steht. Wenn man das Beispiel in der Fibel des BMJ heranzieht, so mutet es eigenartig an, wenn ein Amtsträger zu den "150 besten Kunden" zählt und eingeladen wird. Es kann daher gesagt werden, dass eine Massenveranstaltung keinesfalls von der Strafbarkeit nach § 307b StGB freizeichnet.

Die Einladung und Bewirtung von Eigentümervertretern ist problemlos erlaubt, zum einen, weil vom Ausnahmetatbestand des § 305 Abs. 4 Z 1 Fall 2 StGB betroffen, da sachlich bzw. dienstlich gerechtfertigt, zum anderen fehlt der Vorteilszuwendung jeder Gegenseitigkeitscharakter und Beeinflussungswille.

Die Einladung eines Amtsträgers aus rein privaten und freundschaftlichen Motiven kann erlaubt sein, muss es aber nicht; sie ist dann erlaubt, wenn eben kein Beeinflussungswille und Gegenleistungscharakter gegeben ist. Die Beweisfrage bleibt aber wiederum eine schwierige Einzelfallentscheidung. Im Zweifel sind freundschaftliche Jagdeinladungen oder Einladungen zu Segeltörns, entgegen den Ausführungen in den parlamentarischen Materialien, zu vermeiden, da ein Beeinflussungswille nie ausgeschlossen werden kann, zumal wenn Beziehungen des Vorteilsgebers zum Tätigkeitsbereich des eingeladenen Amtsträgers bestehen.

Rechtlich irrelevant ist das auch in der Literatur empfohlene Anführen eines Textes bei Einladungen, womit Eingeladenen die Möglichkeit gegeben werden soll, den im Text erwähnten Wert der Einladung auf ein Konto zu überweisen, damit die Einladung einem guten Zweck zugute kommt. Zum einen ändert das nichts an einem bestehenden Beeinflussungswillen sowie einem möglichen Gegenleistungscharakter, zum anderen nimmt das der Einladung nicht den Vorteilscharakter, da die Karten bei Premieren (meist) ohnehin nicht am freien Markt erhältlich sind. Schließlich würde die Spende nur den Nehmer vor einer Strafbarkeit schützen, keinesfalls aber den Geber, wenn er das pönalisierte Ziel der Beeinflussung damit bezweckt. Dieser Zusatz ist eher kontraproduktiv, weil mit dem Zusatztext in Einla-

dungen genau auf das Bewusstsein der Problematik hingewiesen wird und man versucht, eine Freizeichnung durch eine freiwillige Spende zu erreichen; eine Freizeichnung, die vom Gesetz her allerdings nicht möglich ist.

Dasselbe gilt auch für Einladungen zu Sportveranstaltungen. Das Erscheinen von Amtsträgern kann zweifelsfrei zu Werbezwecken benutzt werden, um die Veranstaltung aufzuwerten und die Rolle des Einladenden als Sponsor der Veranstaltung hervorzuheben. Dies kann bei Großereignissen der Fall sein, bei wöchentlichen Fußballspielen in verschiedenen Ligen ist dieser Werbeeffect wohl nicht gegeben, sodass sich die Strafbarkeit wiederum an den allgemeinen Kriterien orientiert. Amtsträger sind daher zu solchen Veranstaltungen nicht einzuladen, da der Beeinflussungswille schwerlich widerlegt werden kann. Nochmals muss erwähnt werden, dass die Höhe der Zuwendung auf die Strafbarkeit des Gebers keinen Einfluss hat, da nur der Amtsträger als Nehmer privilegiert ist.

Hinsichtlich des Sponsorings gilt Folgendes: Aus rein strafrechtlicher Sicht ist Sponsoring jede Art der Förderung, die nicht der allgemeinen Lebensführung einer anderen Person dient. Erhält der Sponsor echte Gegenleistungen, wie zB Werberechte, so ist das ein klassisches Sponsoring. Dem liegt ein Sponsoringvertrag zugrunde, welcher die Leistungen der Parteien festlegt. Ziel eines jedes sponsernden Unternehmens ist die Gewinnmaximierung, diese basiert zweifelsfrei auf einem guten Marketing, welches wiederum auch der Imagepflege dient.

Für das Sponsoring kann allgemein gesagt werden, dass dieses gerade nicht für die Tätigkeit von Amtsträgern bzw. für deren Dienstausbübung gewährt wird, weil Sponsoring, vor allem im Kulturbereich, gesellschaftlich erwünscht ist, privat-öffentlich-rechtliche Finanzierungs Kooperationen sozialadäquat sind sowie das Sponsoring unabhängig vom öffentlichen Handeln ist, ja geradezu sein muss, um die Marketing-Funktion zu erfüllen. Gerade in diesem Bereich ist Transparenz oberstes Gebot, sodass insgesamt das Sponsoring weder für den Sponsor noch für den Gesponserten strafrechtsrelevant ist.

Hinsichtlich der Leistung von Spenden gilt Ähnliches, ein Beeinflussungswillen von Amtsträgern oder ein Gegenleistungscharakter muss selbstredend ausgeschlossen werden.

## II. Gesetzesbeschwerde

Mit BGBl. I 114/2013 vom 11.07.2013 wurden die verfassungsrechtlichen Bestimmungen, mit denen die so genannte Gesetzesbeschwerde eingeführt wird, kundgemacht.

Demnach erkennt der Verfassungsgerichtshof künftig über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen bzw. über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung bzw. eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels (Art. 139 Abs. 1 Z 4 bzw. Art. 140 Abs. 1 Z 1 Buchst.d B-VG n.F.). Das bedeutet, ein entsprechender Antrag wird gleichzeitig mit einem Rechtsmittel gegen die Entscheidung erster Instanz gestellt. Der Verfassungsgerichtshof kann die Behandlung eines solchen Antrages durch Beschluss ablehnen, wenn er keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (Art. 139 Abs. 1b bzw. Art. 140 Abs. 1b B-VG n.F.).

Die erforderlichen Begleitmaßnahmen sind noch einfachgesetzlich auszugestalten. Durch Bundesgesetz soll zudem geklärt werden, in welchen Verfahren die Stellung eines entsprechenden Antrages unzulässig sowie welche Wirkung mit einem solchen verbunden ist (Art. 139 Abs. 1a bzw. Art. 140 Abs. 1a B-VG n.F.).

Die mit dieser Bundesverfassungsgesetz-Novelle vorgenommenen Änderungen zur Gesetzesbeschwerde treten mit 01.01.2015 in Kraft.

## III. Diversion bei Amtsmissbrauch

Mit dem am 05.07.2013 vom Nationalrat neu beschlossenen Bundesgesetz wird die Strafprozessordnung 1975, das Strafregistergesetz 1968 und das Sicherheitspolizeigesetz geändert. Das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2013 soll am 01.01.2014 in Kraft treten.

Kernpunkt dieses Gesetzes ist aus Sicht der Strafverteidigung die Einführung der Diversion bei Amtsmissbrauch. So sieht § 198 Abs. 3 StPO nunmehr auch im Falle des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB ein Vorgehen nach dem elften Hauptstück der StPO vor,

soweit der Beschuldigte durch die Tat keine oder eine bloß geringfügige oder sonst unbedeutende Schädigung an Rechten herbeigeführt hat und die Tat nicht auch nach § 304 StGB mit Strafe bedroht ist.

Dem Bericht des Justizausschusses vom 19.06.2013 ist in diesem Punkt zu entnehmen, dass im Fall der Schädigung an Vermögensrechten unter „geringfügig“ ein EUR 100 nicht übersteigender Schaden zu verstehen ist. Geringe Bedeutung ist dann anzunehmen, wenn die Verletzung eines Rechts leicht wieder rückgängig gemacht werden kann oder für den Betroffenen keine schweren Folgen entstanden sind bzw. auch nicht das Ansehen der öffentlichen Verwaltung oder Rechtsprechung in größerem Umfang beeinträchtigt wurde.

Anlass für den gegenständlichen Beschluss des Nationalrats war wohl auch die erstinstanzliche Verurteilung wegen Amtsmissbrauchs dreier Angestellter der Wiener Magistratsabteilung 48. Alle drei Angeklagten wurden zu bedingten Haftstrafen verurteilt, weil sie zu viel Abfall von einem Kunden entsorgt hatten, um diesem Gebühren zu ersparen.

Zu den weiteren Neuerungen siehe:

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/BNR/BNR\\_00828/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/BNR/BNR_00828/index.shtml)

## IV. Rechtsprechung:

### 1. Untreue des GmbH-Einzel Gesellschafters

Immer wieder kommt es zu Verurteilungen wegen des Vergehens der Untreue nach § 153 StGB, obwohl der Täter zwar Geschäftsführer, gleichzeitig aber auch nur der einzige Gesellschafter der GmbH war.

Dazu hält der Oberste Gerichtshof erneut in seiner Entscheidung vom 22.11.2012, 13 Os 116/12a fest:

Bei einer zu Lasten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung begangenen Untreue ist nicht der mittelbare Schaden der Gesellschafter, sondern der unmittelbare Nachteil der Gesellschaft maßgebend; ist der Täter allerdings (Geschäftsführer und zugleich) einziger Gesellschafter, dann ist bei wirtschaftlicher Betrachtung durch die Schädigung der Gesellschaft ein Schaden bei einem "anderen" nicht eingetreten.<sup>106</sup>

Eine auf den Tatzeitraum bezogene Aussage zu den Eigentumsverhältnissen an der K. GmbH lässt sich der angefochtenen Entscheidung nicht entnehmen. Demnach ist eine abschließende Beurteilung, ob durch das Verhalten des Angeklagten ein § 153 StGB zu unterstellender Vermögensnachteil eingetreten ist, nicht möglich, weshalb auch für die inkriminierten Beitragshandlungen des Zweitangeklagten keine taugliche Subsumtionsbasis vorliegt.

Das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 17. Februar 2012, GZ 39 Hv 158/11y-26, verletzt § 153 Abs. 1 und Abs. 2 erster Fall StGB.

#### **Sachverhalt:**

Mit Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 17.02.2012, GZ 39 Hv 158/11y-26, wurde – soweit vorliegend von Relevanz – Jürgen Le\*\*\*\*\* des Vergehens der Untreue nach §§ 12 dritter Fall, 153 Abs. 1 und Abs. 2 erster Fall StGB schuldig erkannt (III/2/b).

Danach habe er von 10.05.2010 bis 24.06.2010 zur Ausführung der strafbaren Handlung des Franz L\*\*\*\*\*, der als Geschäftsführer der K\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH die ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, wissentlich missbraucht und dadurch dem genannten Unternehmen einen Vermögensnachteil in einem EUR 3.000 übersteigenden Betrag von insgesamt EUR 36.200 zugefügt hat, indem er vom 10.05.2010 bis zum 24.06.2010 in den im Urteil einzeln bezeichneten Fällen (II/1) vom Konto des Unternehmens Überweisungen auf das Konto der Ehegattin des Jürgen Le\*\*\*\*\* ohne Gegenleistung durchführen ließ, dadurch sonst beigetragen, dass er die Geldbeträge vereinbarungsgemäß abhob und Franz L\*\*\*\*\* übergab.

<sup>106</sup> RIS-JusUz RS0094723; Kirchbacher/Presslauer in: WK2 StGB, § 153 Rz. 37.

Nach den zu diesem Urteilssachverhalt getroffenen weiteren Konstatierungen wurde Franz L\*\*\*\*\* im Jahr 2002 alleiniger Gesellschafter der M\*\*\*\*\* GmbH, die am 30.06.2003 die K\*\*\*\*\* GmbH erwarb (US 8).

**Rechtssatz:**

Wie die Generalprokuratur in ihrer zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zutreffend ausführt, steht dieses Urteil mit dem Gesetz nicht im Einklang.

Nach § 270 Abs. 2 Z 5 StPO hat das Gericht in den Entscheidungsgründen in gedrängter Darstellung – unter anderem – anzugeben, welche Tatsachen es als erwiesen angenommen hat, zum objektiven Tathergang somit den für den Schuldspruch und den anzuwendenden Strafsatz entscheidungswesentlichen Sachverhalt.<sup>107</sup>

## 2. Zwang zu Geständnis ist kein Missbrauch der Amtsgewalt

Gemäß § 302 Abs. 1 ist ein Beamter zu bestrafen, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht.

In seiner Entscheidung vom 20.12.2012, 13 Os 122/12h hält der OGH fest:

Wie die Generalprokuratur weiters zutreffend ausführt, besteht in Ansehung des D. betreffenden Schuldspruchs wegen eines Verbrechens der Verleumdung nach § 297 Abs. 1 zweiter Fall StGB (VII) kein Anlass für ein Vorgehen nach § 290 Abs. 1 zweiter Satz erster Fall StPO. Werden Polizeibeamte (wissentlich) der Erzwingung eines unrichtigen Geständnisses falsch verdächtig, begründet dies nicht den Vorwurf des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB, sondern jenen des – trotz des § 313 StGB nur mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedrohten<sup>108</sup> – Vergehens der Nötigung nach § 105 Abs. 1 StGB<sup>109</sup>.

Dies liegt ganz einfach darin begründet, dass die Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, ein Verhalten betreffen muss, das ganz allgemein innerhalb des dem Beamten vom Rechtsträger zugewiesenen Kompetenzbereichs liegen muss. Da aber Beamte generell keine unrichtigen Geständnisse erzwingen dürfen, liegt eine derartige Handlung auch nicht innerhalb dieser Kompetenzen.

## 3. Der Spezialitätsgrundsatz im Auslieferungsrecht

Ein immer wiederkehrendes Problem der Praxis behandelt der Oberste Gerichtshof einmal mehr in seiner Entscheidung vom 09.10.2012, 11 Os 106/12s.

Darin führt das Höchstgericht aus Anlass einer erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde – somit nicht vom Rechtsmittelwerber geltend gemacht – aus:

Grundlage für die mit Beschluss des Justizministeriums von Bosnien und Herzegowina vom 22. Dezember 2011 genehmigte Auslieferung des am 20. Dezember 2011 in Ljubovija festgenommenen Angeklagten war der von der Staatsanwaltschaft Wien ausgestellte Europäische Haftbefehl vom 12. Dezember 2011, welcher auf einer gerichtlichen Bewilligung der Anordnung der Festnahme durch das Landesgericht für Strafsachen Wien beruht. Danach stand der Angeklagte im Verdacht, gemeinsam mit P. und V. sowie weiteren unbekanntem Tätern am 7. September 2011 in Wien das Juweliergeschäft S. unter Verwendung einer Waffe überfallen und Markenuhren geraubt zu haben.

Die nunmehr zum Schuldspruch 1/ des gegenständlichen Urteils angelastete Tathandlung ist im Europäischen Haftbefehl nicht erwähnt. Gemäß Art. 14 Abs. 1 des (fallbezogen anzuwendenden) Europäischen Auslieferungsübereinkommens vom 13. Dezember 1957 (BGBl Nr. 1969/320), welcher durch das Zweite Zusatzprotokoll zum genannten Übereinkommen vom 17. März 1978 (BGBl Nr 1983/297) keine Änderung erfahren hat und ge-

<sup>107</sup> Danek, WK-StPO, § 270 Rz. 30.

<sup>108</sup> RIS-Justiz RS0096828; vgl. auch RIS-Justiz RS0125293.

<sup>109</sup> RIS-Justiz RS0093367, RS009340; Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch, Rz. 14; Pilnacek in: WK2, § 297 Rz. 35.



mäß dem im Wesentlichen gleichlautenden Art. 17 Abs. 1 des nunmehr für Bosnien und Herzegowina geltenden Vertrags zwischen der Republik Österreich und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über die Auslieferung (BGBl. Nr. 1983/546) darf die ausgelieferte Person wegen einer anderen, vor der Übergabe begangenen Handlung als jener, die der Auslieferung zugrunde liegt (abgesehen von den aktuell nicht vorliegenden Ausnahmefällen der Buchst. a) und b) leg cit) nicht verfolgt, abgeurteilt, zur Vollstreckung einer Strafe oder Maßnahme der Sicherung und Besserung in Haft gehalten oder einer sonstigen Beschränkung ihrer persönlichen Freiheit unterworfen werden.

Der Beschluss des Justizministeriums der Republik Bosnien Herzegowina vom 22. Dezember 2011 genehmigt die Auslieferung des Angeklagten ausdrücklich nur unter der Bedingung, dass gegen diesen keine Strafverfolgung wegen einer anderen vor der Auslieferung begangenen strafbaren Handlung erfolgen und gegen diesen auch keine Strafe vollzogen werden kann, die wegen einer anderen vor der genehmigten Auslieferung begangenen strafbaren Handlung verhängt wurde. Die unter anderem aus Mitteilungen der Interpol ersichtliche Zustimmung des Angeklagten zur Auslieferung im vereinfachten Verfahren entfaltet daher hier in Ansehung des Spezialitätsgrundsatzes keine Bedeutung.<sup>110</sup>

Aus den Akten ist festzuhalten<sup>111</sup>, dass die in Rede stehende Tat in dem vorerwähnten Haftbefehl nicht angeführt ist und somit auch die Auslieferungsbewilligung durch Bosnien und Herzegowina dieses Raubfaktum nicht umfasst. Damit steht einem diesbezüglichen Schuldanspruch des Angeklagten der Grundsatz der Spezialität der Auslieferung entgegen. Mangels aktenkundigen Hinweises auf ein zum Urteilszeitpunkt noch anhängiges Nachtragsauslieferungsverfahren (RIS-Justiz RS0098426 [T3, T5, T9]) war insofern mit Teilfreispruch vorzugehen.

Somit ist für den Verteidiger immer entscheidend, in jenen Rechtssachen, denen eine Auslieferung zugrunde liegt, sich genau mit den Auslieferungsunterlagen auseinanderzusetzen, weil bei vorliegender Spezialität nur diese dort der Auslieferung zugrunde gelegten Tathandlungen auch in Österreich zu einer Verurteilung führen dürfen. Kommt es dessen ungeachtet dennoch zu einer Verurteilung, so ist dies mit dem Nichtigkeitsgrund nach dem § 281 Abs. 1 Z 9 Buchst. b StPO geltend zu machen.

#### 4. Freispruch Finanzstrafgesetz

Der OGH betont, dass das FinStrG keine andere Art des Freispruchs als jene des § 214 FinStrG kennt. Im Übrigen kennt das FinStrG – entgegen der Beschwerde – keine andere Art des Freispruchs durch die Gerichte als jenen nach § 214 FinStrG, sodass nach Maßgabe des Gesetzeswortlauts (§ 214 Abs. 2 FinStrG) jeder Freispruch vom Vorwurf eines Finanzvergehens als ein solcher nach § 214 FinStrG anzusehen ist. Die Wahrnehmung eines allenfalls bestehenden Verfolgungshindernisses nach Art. 4 des 7. ZP ist Sache der nachfolgend tätig werdenden Finanzstrafbehörde.<sup>112</sup>

Spricht das Gericht den Angeklagten "nach § 259 Z 3 StPO" vom Anklagevorwurf frei und bringt es in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck, dass es einen einem verwaltungsbehördlich zu ahndenden Finanzvergehen subsumierbaren Sachverhalt für strafbar hält, ist die Finanzstrafbehörde an der Fortsetzung des Finanzstrafverfahrens nicht gehindert, weil der rechtserhebliche Inhalt einer Entscheidung aufgrund des Wortlauts von Spruch und Gründen in Verbindung mit dem dadurch angewendeten Gesetz zu lösen ist.<sup>113</sup>

#### 5. Strafbestimmender Wertbetrag – mangelfreie Begründung

Der Verweis auf Berechnungen des Finanzamts oder des Sachverständigen reicht zur Fundierung der Feststellungen zum strafbestimmenden Wertbetrag unter dem Aspekt mangelfreier Begründung nur dann, wenn die bezughabenden Fundstellen im Akt ihrerseits eine schlüssige und nachvollziehbare Berechnung enthalten. Konkret beruft sich das Erstgericht auf die "Berechnungen der Finanzbehörde" und deren Abschlussbericht sowie das Gutachten des Sachverständigen, entnimmt die Verkürzungsbeträge aber einer E-Mail der Finanzstrafbehörde, in welcher unter Hinweis auf eine Berufungsvorentscheidung eine Neube-

<sup>110</sup> vgl sonst RIS-Justiz RS0087126 und RS0073377; *Murschetz*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, S. 149.

<sup>111</sup> *Ratz*, WK-StPO, § 288 Rz. 40, 43, 44; 13 Os 19/08f, EvBl 2010/13, 85.

<sup>112</sup> *Ratz*, WK-StPO, § 281 Rz. 628.

<sup>113</sup> OGH 5.4.2012, 13 Os 124/11a; EvBl-LS 2012/113, ÖJZ 2012, 689.

rechnung der Beträge vorgenommen wurde, ohne dass die Grundlagen dieser Neuberechnung auch nur ansatzweise dargestellt wurden.<sup>114</sup>

## 6. Auslieferung in Steuerstrafsachen

Die Bestimmungen über die Rechtshilfe sind nach ständiger Rechtsprechung Verfahrensvorschriften, sind also nach ihrem Inkrafttreten auch auf Delikte anwendbar, welche vor der Rechtsänderung begangen worden sind. Schließt der Gesetzgeber die Rückanknüpfung nicht aus, wird die Schweiz nach dem Wegfall des Fiskalvorbehalts auch Verdächtige ausliefern, denen ein vor dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision begangenes Betrugsdelikt (Abgabe- bzw. Steuerbetrug) vorgeworfen wird.<sup>115</sup>

## 7. Grenzen der Kontoauskunft

Das Oberlandesgericht Wien hat die Bewilligung einer Kontoauskunft hinsichtlich der nicht verdächtigen Ehefrau eines Beschuldigten als unzulässigen Eingriff in das Bankgeheimnis gem. § 38 BWG aufgehoben und den betreffenden Antrag der Staatsanwaltschaft abgewiesen.

Die Kontoauskunft gem. § 109 Z 3 Buchst. a, § 116 Abs. 1 StPO ist auf die Ausforschung von Geschäftsverbindungen von Beschuldigten beschränkt. Ermittlungen über nicht beschuldigte Dritte wie Geschäftspartner, Familienmitglieder oder Freunde des Verdächtigen sind unzulässig.<sup>116</sup>

## 8. Nur ein einziger Protokollberichtigungsantrag

Eine für die Praxis der Strafverteidigung äußerst relevante Regelung behandelt – in einem Nebensatz – die Entscheidung des OGH vom 27.02.2013, 15 Os 110/12 (15 Os 144/12h).

Dabei schildert das Judikat wörtlich folgende Situation: Mit unbekämpft in Rechtskraft erwachsenem Beschluss des Vorsitzenden vom 19.06.2012 (ON 278) wurde das Hauptverhandlungsprotokoll über Antrag des Angeklagten (ON 267) teilweise berichtigt. Einen weiteren – überdies einen für das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde nicht relevanten Umstand betreffenden – Antrag auf Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls vom 30.03.2012 (sowie des Berichtigungsbeschlusses ON 278) wies der Vorsitzende mit Beschluss vom 23.09.2012 (ON 293) ab. Der dagegen gerichteten Beschwerde des Rechtsmittelwerbers gab der Oberste Gerichtshof keine Folge, weil nach herrschender Rechtsauffassung jedem Beteiligten nur ein einziger Antrag auf Berichtigung zusteht, der zweite Antrag somit unzulässig war.

Der Oberste Gerichtshof schließt sich darin erneut seiner ständigen Rechtsauffassung<sup>117</sup> an, wonach man hinsichtlich eines einzigen Hauptverhandlungsprotokolls auch nur einen einzigen Berichtigungsantrag stellen darf. Als Verteidiger sollte man sich also genau überlegen, welche Passagen eines derartigen Protokolls man geändert haben möchte, da nachfolgende Änderungen nur mehr von Amts wegen erfolgen könnten und nachfolgende Anträge vom Gericht zurückzuweisen sind.

<sup>114</sup> Ratz, Mängelfreie Begründung des strafbestimmenden Wertbetrags, ÖJZ 2012, 679; OGH 5. 4. 2012, 13 Os 18/12i.

<sup>115</sup> Holenstein, Schweiz: Sukzessive Öffnung auch bei der Auslieferung in Steuerstrafsachen, PStR 2012, 151; Lochmann, Fiskal- und Spezialitätsvorbehalte in der Rechtshilfe mit der Schweiz vor dem Aus, SWI 2012, 463.

<sup>116</sup> OLG Wien 13. 7. 2011, 17 Bs 193/11y; Flora in: WK2, § 116 Rz 45; Flora, Bankgeheimnis S. 77.

<sup>117</sup> RIS-JustizRS0120818; vgl auch Danek, in: WK-StPO, § 271 Rz 47.