

## Länderbericht Österreich

---

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M, Rechtsanwaltsanwältin Mag. Katharina Satish, alle Wien

# Die Absprache (Plea Bargaining) aus österreichischer Sicht und WisteV Länderbericht Österreich: aus der aktuellen Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht

## I. Plea Bargaining

(gekürzt, Original in englischer Sprache: Vortrag Mag. Katrin Ehrbar, ECBA Spring Conference Oslo 2018)

### 1. Einführung

Das Phänomen der Absprache hat einige Bezeichnungen, wie zB „Verständigung“, „Deal“ oder „plea bargaining“.<sup>1</sup> Es geht dabei um Vereinbarungen zwischen den Verfahrensbeteiligten, also dem Gericht bzw der Staatsanwaltschaft einerseits und der Verteidigung andererseits. Ähnlich einem Vertrag werden dabei typischerweise Leistungen und Gegenleistungen ausgetauscht.

In Österreich gibt es keine gesetzliche Regelung, die verfahrensbeendende Absprachen explizit für unzulässig erklärt. Tatsächlich finden Urteilsabsprachen in der österreichischen Rechtsordnung überhaupt keine Erwähnung.

Der OGH lehnt Urteilsabsprachen als unzulässig ab, da sie dem Gebot der materiellen Wahrheitsfindung widerstreiten.

Darüber hinaus verletzen Absprachen, die die Schuld und die Strafe betreffen noch weitere wesentliche Grundsätze der österreichischen Strafprozessordnung, wie das Amtswegigkeitsprinzip, das Legalitätsprinzip, das Prinzip der Öffentlichkeit und Mündlichkeit, sowie jenes der Unschuldsvermutung.

Die österreichische StPO kennt allerdings Instrumente, die im Folgenden als Absprachen bezeichnet werden, die die Einstellung des Verfahrens betreffen. Dazu zählen vor allem die Diversion (§§ 198 ff StPO), die große Kronzeugenregelung (§ 209a StPO), die Einstellung bei mehreren Straftaten (§ 192 StPO), das Mandatsverfahren (§ 491 StPO) sowie das Verfolgungsermessen der Staatsanwaltschaft im Bereich der Verbandsverantwortlichkeit (§ 18 VbVG). Alle diese Instrumente bewirken eine starke Verkürzung des Strafverfahrens durch Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten und sind, wenn ihre tatbestandsmäßigen Voraussetzungen gegeben sind, zulässig.

Eine explizite Regelung für verfahrensbeendende Absprachen zu schaffen, die die Schuld und Strafe betreffen steht in Österreich schon lange zur Diskussion. Sollte sich der österreichische Gesetzgeber für eine gesetzliche Regelung entscheiden, so gilt es ein Gleichgewicht zu schaffen zwischen allen Verfahrensbeteiligten, das sowohl dem Prinzip der Transparenz und Öffentlichkeit gerecht wird, als auch einer allfälligen Missbrauchsgefahr entgegenwirkt. Um den Verdacht der unzulässigen „Heimlichtuerei“ oder der Kabinettsjustiz zu beseitigen, müssen die Verständigung und besonders das Ergebnis einer Absprache transparent sein, indem die Absprache spätestens in der Hauptverhandlung öffentlich gemacht wird. Weiters hat der Angeklagte vom Richter über die Konsequenzen und die Reichweite der Verständigung belehrt zu werden. Der Angeklagte darf niemals zum Abschluss einer Vereinbarung verpflichtet werden und darf nicht benachteiligt werden, falls er eine solche Vereinbarung ablehnt.

---

<sup>1</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 402.

Böckemühl/Kier sprechen sich in ihrem „Plädoyer gegen die Kodifizierung einer ‚StPO light‘ in Österreich“ gegen eine gesetzliche Regelung hinsichtlich Prozessabsprachen aus. Der Druck auf den Beschuldigten/Angeklagten könne nämlich nicht nur durch Staatsanwaltschaft und Gericht, sondern auch durch seinen eigenen Verteidiger entstehen. Denn das Erzielen eines guten Deals werde - und daran könne auch das beste Gesetz wenig ändern - von den persönlichen Beziehungen des Verteidigers mit der Staatsanwaltschaft bzw dem Gericht abhängen<sup>2</sup>.

Darauf erwidert Stuefer, dass gerade der rechtsfreie Raum Platz für solche Schulterschlüsse gibt, daher wäre es sinnvoll eine gesetzliche Regelung einzuführen, die gleiche Bedingungen für alle Angeklagten schaffen würde und Beziehungen nicht mehr der ausschlaggebende Punkt wäre.<sup>3</sup>

Für Böckemühl/Kier bestünde darüber hinaus die Gefahr, dass es zu einem weiteren Auseinanderklaffen zwischen Geständigen und Nichtgeständigen kommt. Schließlich sei erkennbar, dass das Aufweichen des Primats des ordentlichen Beweisverfahrens die Gefahr in sich birgt, dass derjenige Angeklagte, der auf der Durchführung desselben besteht, weit stärker bestraft werden könne als derjenige, der sich sofort dem staatsanwaltschaftlichen/richterlichen Druck unterwirft. Damit würde die Strafe des Angeklagten, der seine Unschuld (letztlich erfolglos) unter Beweis stellen möchte, eine ungerechte im Verhältnis zum Dealenden<sup>4</sup>.

Allerdings sei erwähnt, dass auch nach geführtem Beweisverfahren aufgrund des Milderungsgrundes gemäß § 34 Abs 2 StGB, der bei anwachsender Verfahrensdauer oder aufgrund anderer Tatsachen zur Anwendung kommt, die Strafe niedriger ausfallen kann und somit der Druck zur Verständigung zum Nachteil des Angeklagten gereicht.<sup>5</sup>

Einen weiteren Kritikpunkt sehen Böckemühl/Kier in der „Klassenjustiz“. Bei besonders komplizierten Wirtschaftsstrafverfahren können sich die Angeklagten meist mehrere Verteidiger leisten und so das Verfahren in die Länge ziehen sowie den Milderungsgrund letztlich „erwirtschaften“. Ihr Geständnis und ihr Beweisverfahrensverzicht ist daher viel wertvoller als bei Angeklagten mit weniger komplizierten Sachverhalten und führt daher zu einer, einer „Klassenjustiz“ nahekommenden, Strafreduktion. Gäbe es folglich für Arme und Reiche keine Möglichkeit des Beweisverfahrensverzichts, sei das Ergebnis weitaus gerechter.<sup>6</sup>

Weiters ist für Böckemühl/Kier der Gedanke unerfindlich, dass gerade Staatsanwälte und Richter, eben jene Berufsgruppe, die aus ihrem Selbstbildnis heraus das Kontrahieren des Staates mit mutmaßlichen Rechtsbrechern ablehnt, dazu verpflichtet werden sollten.<sup>7</sup>

Dies entspricht auch der Rechtsmeinung des OGH, der sich in einem obiter dictum in der Entscheidung zu 11 Os 77/04 ganz klar gegen Absprachen ausgesprochen hat: „Derartige ‚Absprache‘ - die sich bereits vom Ansatz her mit den auf eine mögliche Diversion gerichteten, gesetzlich determinierten Verfahrensschritten nicht vergleichen lässt - ist schon wegen des ersichtlichen Verstoßes gegen § 202 erster und zweiter Fall StPO, vor allem aber wegen des eklatanten Widerspruches zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechtes, namentlich jenem zur - ein Kontrahieren des Gerichtes mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden - Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen und kann die Beteiligten disziplinarer (§ 57 RDG) und strafrechtlicher Verantwortlichkeit (§ 302 StGB) aussetzen“.

In einer weiteren Entscheidung des OGH aus dem Jahre 2010 wiederholt dieser die Unzulässigkeit von Prozessabsprachen und führt ferner aus: „Eine vom Richter eingehaltene Prozessabsprache dieser Art - die mit dem System des liberalen Strafprozesses auch deshalb nicht vereinbar ist, weil sie sich auch im Fall von Rechtsprechung oder Gesetzgeber verlangter Dokumentation einer Kontrolle entzieht - stellt demnach einen Wiederaufnahmegrund dar (§ 353 Z 1 StPO).“<sup>8</sup> Der OGH macht in diesem Urteil ua auf die Problematik der Nichteinhaltung von Absprachen durch den Angeklagten aufmerksam: Entscheidet sich der Angeklagte trotz Absprache zwischen Verteidiger und Gericht dagegen ein Geständnis abzulegen, hätte der Angeklagte

<sup>2</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 402.

<sup>3</sup> STUEFER, Alexia, Zerstört der Deal das Recht?, in: JSt 2013, S. 245, 246.

<sup>4</sup> dies sieht übrigens auch SOYER, Richard, in Wahrheit über den Strafprozess 87 (88) so, der daraus allerdings den gegenteiligen Schluss einer notwendigen Implementierung zieht.

<sup>5</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 412.

<sup>6</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 412, 413.

<sup>7</sup> BÖCKEMÜHL, Jan/ KIER, Roland, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, in: Österreichisches AnWB 2010, S. 413.

<sup>8</sup> 13 Os 1/10m

nämlich kaum Sicherheit und Rechtsschutz. Der OGH stellt daher klar, dass die Absprache daher einen Wiederaufnahmegrund darstellt, wenn dargetan werden kann, dass eine Verurteilung durch Bestechung oder eine sonstige Straftat einer dritten Person (hier der Vorsitzende) veranlasst worden ist.

„Die erste und zentralste Voraussetzung zur Abschaffung des Absprachewesens ist somit eine konkret nachvollziehbare Strafbemessung einer – gegenüber der ersten Instanz – inhaltlich kritischen Rechtsmittelinstanz. Bekommen die Verteidiger den Eindruck, dass die Rechtsmittelinstanzen ohnehin sämtliche Strafaussprüche der ersten Instanz „halten“ bzw. maximal im Zuge einer Strafberufung der Staatsanwaltschaft die Strafe hinaufsetzen, so entsteht daraus der Drang, alles in erster Instanz klarzumachen.“<sup>9</sup>

Denn wenn es zu einer ergiebigen Praxis kommt und dadurch festgehalten werden kann, welcher zahlenmäßige Wert einem Geständnis nachvollziehbar zukommt, dann kann der Verteidiger seinem Mandanten konkret sagen, was sein Geständnis in diesem Fall wert sein wird und muss nicht zu einer Verständigung greifen.<sup>10</sup>

Medigovic hingegen vertritt die Auffassung, mit der rechtlichen Bewältigung des Absprachenproblems sei sich deshalb auseinanderzusetzen, weil „eine völlige Unterbindung angesichts der Realität des Faktischen und mangelnder Kontrollmöglichkeiten kaum erzielbar sei“ und man deshalb Dinge, die sich nicht vermeiden ließen in rechtliche Bahnen kanalisieren müsse.<sup>11</sup>

Stuefer meint, dass für die ablehnende Haltung (gegen eine gesetzliche Regelung von Absprachen) „noch nicht (zur Gänze) aufgearbeitete historische Prägungen durch absolutistische und diktatorische Staatsformen mit den jeweiligen inquisitorisch, repressiv ausgestalteten Verfahrensordnungen eine Rolle“ spielen könnten.<sup>12</sup> Weiters betont sie, dass durch dieses rechtliche Instrumentarium Verständigungen fair und transparent geführt werden könnten, und sich der Angeklagte als gleichwertiges Prozesssubjekt sehen könne.<sup>13</sup>

Unabhängig von Meinungen der Kollegen und der Rechtsprechung ist zur gesetzlichen Implemantierung festzuhalten, dass durch Absprachen gegenwärtig grundsätzliche Prinzipien des österreichischen Strafprozessrechts verletzt werden:

#### a) Prinzip der materiellen Wahrheit

Im Strafverfahren herrscht das Prinzip der materiellen Wahrheit: Es soll das wirklich Geschehene festgestellt werden. Das Gericht hat unabhängig von den Parteien den Sachverhalt zu ermitteln. Einem Urteil, das auf einer Absprache beruht wird regelmäßig ein unzulänglich aufgeklärter Sachverhalt zugrunde liegen.

#### b) Legalitätsprinzip und Amtswegigkeit

Bei Officialdelikten muss der Staatsanwalt gemäß § 2 StPO, die zu seiner Kenntnis gelangten Delikte von Amts wegen verfolgen und das Strafverfahren einleiten, wenn eine Verurteilung zu erwarten ist. Dieses strafprozessuale Legalitätsprinzip ist einfachgesetzlich geregelt und darf nicht mit dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip gemäß Art 18 der österreichischen Bundesverfassung (B-VG) verwechselt werden. Das strafprozessuale Legalitätsprinzip stellt für den Staatsanwalt und die vorgesetzte Behörde keinen Ermessensspielraum zur Verfügung. Sie sind jeweils verpflichtet Sachverhalte amtswegig aufzuklären. Aus prozessökonomischen Erwägungen auf eine vollständige Sachverhaltsermittlung zu verzichten, da eine Absprache getroffen wurde, untergräbt daher das Legalitätsprinzip schon in seinen Grundzügen.

Die einzige Ausnahme dieses Grundsatzes bilden die Privatanklagedelikte. Hier ist der berechtigte Ankläger in seiner Entscheidung frei. Er genießt daher die volle Sachdisposition in Bezug auf die Anklageerhebung. Einzige Einschränkung erfährt der Privatankläger durch Verjährung iSd § 55 StGB. Absprachen sind daher bei Privatanklagedelikten grundsätzlich zulässig.

<sup>9</sup> BÖCKEMÜHL/ KIER 2010, S. 414.

<sup>10</sup> BÖCKEMÜHL/ KIER 2010, S. 414.

<sup>11</sup> MEDIGOVIC, Ursula, Bemerkungen zu verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess, in: Richard, SOYER, Strafverteidigung – Ringen um Fairness, 3. Österreichischer StrafverteidigerInnenstag Wien, 11./12. März 2005, 126.

<sup>12</sup> STUEFER, Alexia, Zerstückt der Deal das Recht?, in: JSt 2013, S. 246, 247.

<sup>13</sup> STUEFER, Alexia, Zerstückt der Deal das Recht?, in: JSt 2013, S. 247.

## c) Unschuldsvermutung

Wenn im Zuge der Tatsachenfeststellung Zweifel begründet sind, ist gemäß dem Grundsatz „in dubio pro reo“ (§ 8 StPO) stets zugunsten des Angeklagten zu entscheiden. In diesem Fall ist der Angeklagte freizusprechen oder der für ihn günstigere Sachverhalt als erwiesen anzunehmen. Eine Absprache über einen nicht hinlänglich festgestellten oder feststellbaren Sachverhalt höhlt den Grundsatz der Unschuldsvermutung daher aus.

## d) Grundsatz der Öffentlichkeit und Mündlichkeit

Grundsätzlich sind Verhandlungen in Zivil- und Strafrechtssachen vor dem erkennenden Gericht öffentlich (Volksöffentlichkeit) und mündlich zu führen (Art 90 Abs 1 B-VG).

Gemäß dem Grundsatz der Mündlichkeit (§ 12 Abs 1 StPO) und dem Prinzip der Unmittelbarkeit (§§ 13, 258 StPO) darf der Richter sein Urteil nur auf das stützen, was in der Hauptverhandlung festgehalten wurde.

Prozessabsprachen kommen allerdings üblicherweise außerhalb der Hauptverhandlung zustande und werden aufgrund ihrer Unzulässigkeit in der Hauptverhandlung nicht erwähnt. Dadurch ist der Grundsatz der Mündlichkeit und jener der Öffentlichkeit verletzt<sup>14</sup>.

Es sei erwähnt, dass im Finanzstrafrecht die Möglichkeit besteht gemäß § 125 Abs 3 FinStrG auf die mündliche Verhandlung zu verzichten. Dies wird von den Nebenbeteiligten und dem Beschuldigten vereinbart.

## e) Weitere Verstöße gegen materiell-rechtliche Bestimmungen durch Absprachen

Grundlage der Strafbemessung ist nicht die Absprache, sondern die Schuld des Täters (§ 32 StGB). In § 34 StGB sind die zu berücksichtigenden Milderungsgründe normiert. In Ziffer 17 findet sich als gravierendster Milderungsgrund die Ablegung eines reumütigen Geständnisses und der wesentliche Beitrag zur Wahrheitsfindung durch die Aussage des Täters. Ein Geständnis, das im Rahmen einer Absprache aus prozesstaktischen Gründen abgegeben wird, ist nicht aus innerer Bewegung entstanden und kann folglich nicht reumütig sein. Zu beachten ist jedoch, dass ein so geschaffener Milderungsgrund mit den Erschwerungsgründen (§ 33 StGB) abzuwägen ist und zu keiner „sachwidrigen Überbewertung des Geständnisses“ führen darf. Die Strafe darf nicht unverhältnismäßig milde im Vergleich zur Tatschuld ausfallen.

Gemäß § 164 Abs 4 StPO sind Versprechungen, Vorspiegelungen, Drohungen und der Einsatz von Zwangsmitteln verboten, um den Angeklagten zu einem Geständnis oder anderen bestimmten Angaben zu bewegen. Sie sind somit unzulässig, wenn sie sich auf einen verbotenen und gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil beziehen. Es liegt daher ein Verstoß vor, wenn eine bestimmte Strafe vor Abwägung mit den übrigen Strafzumessungsgründen versprochen worden ist.<sup>15</sup>

## 2. Zulässige Absprachen

Zulässig sind **Absprachen, die die Einstellung des Verfahrens betreffen**. Dies sind solche, die sich im Bereich der Einstellung nach § 192 Abs 1 Z 1 StPO bei mehreren Straftaten, der diversionellen Erledigung gemäß §§ 198, 200-209 StPO, der Kronzeugenregelung gemäß § 209a StPO sowie des kürzlich wieder eingeführten Mandatsverfahren gemäß § 491 StPO abspielen.

**Diversion** ist als alternative Beendigungsmöglichkeit eines Strafverfahrens im Bereich der leichten und mittelschweren Kriminalität zu verstehen, die, bei hinreichend geklärtem Sachverhalt, durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht einzuleiten ist.

In § 198 Abs 1 StPO ist die Diversion wie folgt definiert: „Die Staatsanwaltschaft hat von der Verfolgung einer Straftat zurückzutreten, wenn aufgrund hinreichend geklärten Sachverhalts feststeht, dass eine Einstellung des Verfahrens nach den §§ 190 bis 192 StPO nicht in Betracht kommt, eine Bestrafung jedoch nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken“. Das Gesetz bietet vier Alternativen an: Die Zahlung eines Geldbetrags

<sup>14</sup> Im Privatanklageverfahren wird der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht verletzt, wenn die Parteien den Ausschluss übereinstimmend beantragen.

<sup>15</sup> Tipold, Alexander, Absprachen im Strafprozess, in: Archivum Juridicum Cracoviense, Vol XXXI. XXXII, 1998-1999 (2000), S. 180.

ges (Z 1), die Erbringung gemeinnütziger Leistungen (Z 2), die Bestimmung einer Probezeit, in Verbindung mit Bewährungshilfe (Z 3) und den Tausgleich (Z 4)<sup>16</sup>.

Für die große **Kronzeugenregelung** gemäß § 209a StPO ist ein mit dem Kronzeugen geschlossener Deal entscheidendes Kriterium: Als Gegenleistung für die Kooperationsbereitschaft eines Beschuldigten, die zur Verfolgung anderer Straftäter oder deren Ausforschung führt, unterbleibt die weitere Strafverfolgung und Sanktionierung des aussagewilligen Beschuldigten<sup>17</sup>. Das gegen ihn geführte Strafverfahren wird nach Erbringung von Leistungen eingestellt.

Das **Mandantsverfahren** gemäß § 491 StPO sieht vor, dass im Verfahren vor dem Bezirksgericht und vor dem Landesgericht als Einzelrichter das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Strafe durch schriftliche Strafverfügung ohne vorausgehende Hauptverhandlung festsetzen kann. Sofern alle in § 491 StPO taxativ aufgezählten Voraussetzungen vorliegen darf mit Strafverfügung nur eine Geldstrafe oder – soweit der Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten ist – eine ein Jahr nicht übersteigende, gemäß § 43 Abs 1 StGB bedingt nachzusehende Freiheitsstrafe verhängt werden.

Im Zusammenhang mit Absprachen, die die Einstellung des Verfahrens betreffen ist auch § 35 des österreichischen Suchtmittelgesetzes (SMG) erwähnenswert. Der Staatsanwalt kann von der Verfolgung vorläufig zurücktreten, wenn der Angezeigte einer gesundheitsbezogenen Maßnahme (zum Beispiel Psychotherapie) bedarf (**Therapie statt Strafe**). Dies hängt allerdings davon ab, dass sich der Beschuldigte bereit erklärt, sich einer solchen Maßnahme zu unterziehen. Um diese Bereitschaft herauszufinden ist eine Verständigung zwischen Staatsanwalt und Angezeigtem notwendig.

All diese gesetzlich fixierten Rechtsinstitute bieten Raum für Absprachen und münden bei Bereitschaft des Beschuldigten in einem Verzicht auf eine Strafe.<sup>18</sup> Solange sich diese Absprachen innerhalb der genannten Tatbestände bewegen sind sie als zulässig anzusehen.

Neben diesen verfahrensbeendenden Absprachen kommen **prozessleitende Absprachen** in Betracht. Dies sind solche Absprachen, die die Verfahrensdurchführung betreffen. Diese sind auf Beschleunigung des Verfahrens durch Verfahrensgestaltung gerichtet und sind im Gesetz ausdrücklich geregelt.<sup>19</sup> Beispielsweise kann in diesem Zusammenhang der Verzicht auf die Vorbereitungszeit für die Hauptverhandlung gemäß § 221 Abs 2 StPO durch den Beschuldigten, erwähnt werden.<sup>20</sup> Weiters sind demonstrativ die Zustimmung des Beschuldigten zur Ausdehnung der Anklage auf eine neue Tat gemäß § 263 Abs 1 StPO, der Verzicht auf die Einvernahme eines Zeugen zu Gunsten einer Protokollverlesung gemäß § 252 Abs 1 Z 4 StPO, der Rechtsmittelverzicht oder die Zurücknahme eines Rechtsmittels zu nennen. Diese Form der Absprache ist zulässig und wirft weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung problematische Fragestellungen auf.

Stets zu beachten ist jedoch, dass diese Verständigungen nur solange zulässig sind, wie der Grundsatz der materiellen Wahrheit und das Legalitätsprinzip nicht durch den Grundsatz der Prozessökonomie unterlaufen werden.<sup>21</sup>

### 3. Richterliche Verantwortlichkeit

Ein Richter, der zu Urteilsabsprachen bereit ist verhält sich pflichtwidrig und somit disziplinar im Sinne des § 57 RDG.

Zusätzlich macht sich der Vorsitzende des Missbrauchs der Amtsgewalt gemäß § 302 StGB strafbar, wenn er die Absprache über Schuld und Strafe nur mehr vollzieht und somit seine Befugnisse mit dem Vorsatz, den Staat an seinem konkreten Recht auf Durchführung eines der Ermittlung der objektiven Wahrheit dienenden Strafverfahrens zu schädigen, missbraucht.<sup>22</sup> Rich-

<sup>16</sup> EHRBAR, Katrin, Diversion, in: LEXINEXIS360 Onlinekommentar.

<sup>17</sup> SCHRÖLL in Fuchs/Ratz, WK StPO § 209a StPO Rz 1.

<sup>18</sup> TIPOLD, Alexander, Absprachen im Strafprozess, in: Archivum Juridicum Cracoviense, Vol XXXI. XXXII, 1998-1999 (2000) S. 172, 173.

<sup>19</sup> BIRKLBAUER, Alois, Der Prozessgegenstand im österreichischen Strafverfahren: Umfang, Grenzen und die Folgen seiner Erledigung, Graz 2009.

<sup>20</sup> TIPOLD, Alexander, Absprachen im Strafprozess, in: Archivum Juridicum Cracoviense, Vol XXXI. XXXII, 1998-1999 (2000) S. 169.

<sup>21</sup> BIRKLBAUER, Alois, Der Prozessgegenstand im österreichischen Strafverfahren: Umfang, Grenzen und die Folgen seiner Erledigung, Graz 2009, S. 115.

<sup>22</sup> RATZ, Eckart, Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-) Strafverfahren aus Sicht des Richters, in: Roman, LEITNER (Hrsg), Finanzstrafrecht 1996-2002 (2006) S. 793.

ter sind Beamte im Sinne des § 302 Abs 1 StGB. Schöffen können sich auch des Amtsmissbrauchs strafbar machen, wenn sie an der Absprache mitgewirkt haben<sup>23</sup>.

Tathandlungen sind die falsche „Belehrung“ (unter Verstoß gegen § 164 Abs 4 StPO) und/oder die anschließende Urteilsfällung. Das Tatbestandsmerkmal des Befugnismissbrauchs ist durch Außerachtlassung der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verurteilung gegeben. Beruht das Urteil nämlich auf einer Urteilsabsprache werden die vollständige Aufklärung des Sachverhaltes und die Vernehmung des Angeklagten regelmäßig fehlen.

Festzuhalten ist weiters, dass der Vorsitzende durch Urteilsabsprachen Amtsgeschäfte vornimmt, obwohl Umstände vorliegen, die ihre volle Unbefangenheit in Zweifel ziehen. Dies stellt einen weiteren Befugnismissbrauch dar<sup>24</sup>.

Der Amtsmissbrauch erfordert jedoch Wissentlichkeit im Hinblick auf den Befugnismissbrauch. Der Richter muss wissen, dass sein Verhalten in unvertretbarerweise rechtswidrig ist. Dafür ist seine eigene Rechtsauffassung maßgeblich<sup>25</sup>. Es ist daher stets zu prüfen, ob dem Vorsitzenden bewusst ist, dass es im jeweiligen Verfahren nicht mehr um die Ermittlung der Wahrheit, sondern um den Vollzug der Absprache geht. Ist dies der Fall, wird die Verurteilung grundsätzlich durch die Straftat eines Dritten veranlasst. Damit wird das Verfahren wiederaufnahmefähig im Sinne des § 353 Z 1 StPO.<sup>26</sup>

## II. Aus der aktuellen Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht

### 1. Abwesenheit eines Angeklagten

2018/198

§ 427 Abs 1 öStPO (§ 6 Abs 1 StPO)

OGH 6.12.2017, 13 Os 122/17s; EvBl 2018/63

Mitwirkung eines- nicht auch körperlich anwesenden- Angeklagten an der Hauptverhandlung im Weg seiner „Zuschaltung“ mittels technischer Einrichtungen zur Wort-Bildübertragung („Videokonferenz“) sieht die öStPO nicht vor.

(Manfred Ainedter, AnwBl 09/2018)

### 2. Untreue

2018/195

§ 153 StGB (§ 15 StGB; 3281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO)

OGH 11.10.2017, 13 Os 55/17p; EvBl 2018/56

Die Judikatur zum „Vermögensnachteil“ iSd § 153 Abs 1 StGB idF vor BGBl 2015/112 ist auf das nunmehr normierte Tatbestandselement des „Vermögensschadens“ uneingeschränkt anwendbar. Bei missbräuchlichen Kreditvergaben stellt die Rechtsprechung für die Tatvollendung auf den Zeitpunkt des Entstehens der Kreditschuld ab. Dass sie ursprünglich (nicht nur den Vertragsabschluss, sondern) auch die Zuzählung der Kreditvaluta verlangte, resultiert daraus, dass vor dem Inkrafttreten des DaKRÄG BGBl I 2010/28 geschlossene Kreditverträge Realverträge waren, wogegen der Kreditvertrag (als Unterfall des Darlehensvertrages [§§ 983 ff ABGB]) nunmehr als Konsensualvertrag konzipiert ist. Der Ansatz, bei sogenannten Swap-Geschäften zur Beurteilung eines allfälligen Vermögensschadens den Ablauf der Vertragsdauer abzuwarten, geht daran vorbei, dass nachträgliche finanzielle Entwicklungen bei der Beurteilung des Schadenseintritts iSd § 153 StGB außer Betracht zu bleiben haben.

(Manfred Ainedter, AnwBl 09/2018)

### 3. Untreue ; Einwilligung ZWF 2018/41

§ 153 StGB

OGH 19.4.2018, 17 Os 15/17 k, 17 Os 23/18m; RIS-Justiz RS0132027

<sup>23</sup> VELTEN in Fuchs/Ratz, WK StPO Nach § 1, Rz 76.

<sup>24</sup> 17 Os 15/14f, EvBl 2014/122 (835).

<sup>25</sup> VELTEN in Fuchs/Ratz, WK StPO Nach § 1, Rz 78.

<sup>26</sup> RATZ, Eckart, Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-) Strafverfahren aus Sicht des Richters, in: Roman, LEITNER (Hrsg), Finanzstrafrecht 1996-2002 (2006) S. 794.

Grundsätzlich schließt die (mangelfreie) Einwilligung des Machtgebers Befugnisfehlgebrauch (also einen Verstoß gegen „internes Dürfen“) des Machthabers aus. Ist der Machtgeber (wie hier) eine GmbH, kann (nicht anders als im Fall einer AG) das Einverständnis, um tatbestandsausschließend zu sein, von den Gesellschaftern (als Rechtsgutträgern) gegeben werden. Handelte es sich beim einzigen Gesellschafter um eine juristische Person, werden deren Gesellschafterrechte durch das nach außen vertretungsbefugte Organ wahrgenommen. Die Vermögensinteressen der wirtschaftlich Berechtigten hat (auch) der organschaftliche Vertreter der Alleingesellschafterin gegenüber den vertretungsbefugten Organen der Tochtergesellschaft wahrzunehmen. Wirken beide Vertretungsorgane (nämlich jene von Mutter- und Tochtergesellschaft) kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten zusammen, entfaltet das Einverständnis des Vertreters der Alleingesellschafterin keine tatbestandsausschließende Wirkung.

#### 4. Untreue; Weisung

ZWF 2018/25

§ 153 StGB

OGH 11.10.2017, 13 Os 55/17p; Ris-Justiz RS0131817

Lässt eine Handlungsanweisung des Machtgebers keinen Handlungsspielraum, ist in aller Regel jeder Verstoß gegen sie als unvertretbar iSd § 153 Abs 2 StGB zu werten.

#### 5. Geldwäscherei; Begehungsweise

ZWF 2018/26

§ 165 Abs 1 StGB

OGH 13.3.2018, 11 Os 130/17b

Verbergen (§ 165 Abs 1 Fall 1 StGB) ist eine Tätigkeit, die das Auffinden eines deliktstauglichen Vermögenswertes durch den Verletzten, von ihm Beauftragte oder Strafverfolgungsorgane vereiteln oder erschweren soll. Physische Verbringung von Geldbeträgen (etwa über eine Staatsgrenze) ohne eine (devisenrechtlich gebotene) Offenlegung ihrer Herkunft kann ein Verbergen sein. Bloßes Beheben von Bargeld und Übergabe desselben an einen Drittsind jedoch, wenn nicht besondere Begleitumstände hinzutreten, Vorgänge des gewöhnlichen Wirtschaftslebens und als solche-per se- noch kein Verbergen iSd § 165 Abs 1 StGB.

#### 6. Verleumdung

2018/135

§ 297 Abs 1 StGB (§ 1 Abs 3, § 2 Abs 1 StPO)

OGH 4.7.2017, 14 Os 15/17p; EvBl 2018/21

Wird gegen eine bestimmte Person der substantiierte Vorwurf der Begehung einer mit (gerichtlicher) Strafe bedrohten Handlung gegenüber einer zur Strafverfolgung zuständigen (und verpflichteten) Behörde (deren Organ) geäußert, erlangt diese also Kenntnis von einem solchen Anfangsverdacht, ist die behördliche Verfolgung des Angeschuldigten als regelmäßige Folge zu erwarten. Bei einer derartigen Sachverhaltskonstellation ist daher (rechtlich) –unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer Verfolgung kommt-grundsätzlich vom Bestehen einer solchen konkreten Gefahr auszugehen. Dies ist dann nicht anzunehmen, wenn die Verdächtigung bei gebotener Ex-ante-Betrachtung intersubjektiv derart unglaubwürdig (oder unsubstantiiert) erscheint, dass ausnahmsweise (mangels Anfangsverdachts) keine Verfolgung zu erwarten war.

(Manfred Ainedter, AnwBl 06/2018)

#### 7. Beschwerdegegenstand einer Bewilligung ist Entscheidungszeitpunkt erster Instanz

2018/136

§ 105 StPO (§89 Abs 2 b StPO)

OGH 13.9.2017, 11 Os 78/17 f; EvBl –LS 2018/22

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Bewilligung einer Durchsuchung durch das Beschwerdegericht hat sich auf den Zeitpunkt der Entscheidung durch das Erstgericht zu beziehen („ex-ante“-Perspektive). Nachträglich eingetretene oder bekanntgewordene Umstände, die aus späterer Sicht zur Annahme führen, es fehle an einer Durchsuchungsvoraussetzung, machen die seinerzeitige Entscheidung nicht rechtswidrig.

(Manfred Ainedter, AnwBl 06/2018)

## 8. Die Abzugsfähigkeit von Verteidigerkosten

ZWF 2018/3

Auf den Punkt gebracht (Zusammenfassung)

Maßgebliches Motiv der gesetzlichen Normierung des Abzugsverbots für Strafen und Geldbußen mit dem AbgÄG 2011 war die Gewährleistung des Pönalcharakters der Strafe, um Wertungswidersprüche zu vermeiden und die Einheit der Rechtsordnung zu wahren. Nach VwGH-Rechtsprechung erfordert es die Einheit der Rechtsordnung aber nicht, aufgrund des Pönalcharakters der Strafe auch den Abzug der Strafverteidigungskosten zu untersagen. Dieser Grundsatz gilt dem Gerichtshof zufolge sowohl für den Bereich des EStG als auch des KStG. Das objektive Nettoprinzip und die im österreichischen Recht anerkannte Wertefreiheit des Steuerrechts unterstützen eine Abzugsfähigkeit der Strafverteidigungskosten unabhängig von einem Verschulden des Steuerpflichtigen.

Der Verwaltungsgerichtshof erlaubte den Abzug der Verteidigungskosten bisher nur im Fall eines Freispruchs. In den beiden jüngsten Erkenntnissen zur Abzugsfähigkeit von Strafverteidigungskosten lässt der Verwaltungsgerichtshof – wie auch der HFH – nunmehr einen verschuldensunabhängigen Abzug als Werbungskosten oder Betriebsausgabe zu. Auf den Ausgang des Strafverfahrens stellt der Gerichtshof nicht mehr ab. Alleinige Voraussetzung der Abzugsfähigkeit – sowohl im Bereich des EStG als auch des KStG – ist nunmehr, dass der strafrechtliche Vorwurf, gegen den sich der Steuerpflichtige zur Wehr gesetzt hat, „ausschließlich aus seiner beruflichen (betrieblichen) Sphäre erklärbar und damit betrieblich veranlasst ist.“

Der Verwaltungsgerichtshof orientiert sich schon bei der Formulierung des für die Abzugsfähigkeit notwendigen Kausalzusammenhangs an der vom BFH verwendeten Wortwahl. Die Rechtsprechung des BFH zum für die Abzugsfähigkeit in Deutschland notwendigen „ausschließlich betrieblichen Zusammenhang“ wird dementsprechend in Zweifelsfragen wertvolle Anhaltspunkte für das genaue inhaltliche Verständnis dieses Kriteriums durch den Verwaltungsgerichtshof bieten.

(Thomas Pillichshammer/Desiree Auer, Artikel in Langform)

## Veranstaltungen und politische Diskussionen

Yannic Hübner, Frankfurt am Main

# Tagungsbericht zur WisteV-wistra-Neujahrstagung 2018 am 19./20.1.2018 in Frankfurt am Main

Am 19. und 20. Januar 2018 fanden sich 180 Vertreterinnen und Vertreter<sup>1</sup> aus Wissenschaft und Praxis zur neunten Neujahrstagung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV) und der Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) in Frankfurt am Main zusammen. Unter dem Thema „Wissenschaft Wirtschaftsstrafrecht? oder: „Dazu habe ich keinen Fall““ referierten neun Redner zur Bedeutung der Theorie für die Praxis des Wirtschaftsstrafrechts sowie zum Zusammenhang zwischen Gesetz und Entscheidung im materiellen Strafrecht und im Verfahrens-

<sup>1</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden auf die Nennung beider Geschlechtsformen, die stets gemeint sind, verzichtet.