

## Österreich

RA Mag. Katrin Ehrbar, RAA Mag. Sandra Alton, beide Wien

# Länderbericht Österreich

## I. Aus der aktuellen Rechtsprechung

### 1. Aktenkundige Privatgutachten

2019/55

§ 222 Abs 3 öStPO (§§ 126f, 258 Abs 1, §281 Abs 1 Z 5 Fall 2 und 4 StPO)

OGH 27.6.2018, 13 Os 64/18p; EvBl 2018/142

Ein in der Hauptverhandlung nicht verlesenes (aktenkundiges) Privatgutachten bedarf keiner Erörterung. Privatgutachter sind im Übrigen keine Sachverständigen im Sinne der StPO, weshalb ihre Schlussfolgerungen und Meinungen prozessual unbeachtlich sind.

(AnwBl 03/2019)

### 2. Jedes in der Hauptverhandlung vorgekommene Sachverständigengutachten ist zu erörtern

2019/61

§ 127 Abs 3 StPO)

OGH 3.7.2018, 14 Os 55/18x; EvBl-LS 2018/169

Die Beiziehung eines weiteren Sachverständigen befreit das erkennende Gericht nicht von der Verpflichtung, sich im Urteil mit früheren Sachverständigengutachten auseinanderzusetzen.

(AnwBl 03/2019)

### 3. Recht auf Wechsel des Sachverständigen nur bei aufgezeigten Mängeln von Befund oder Gutachten

2019/31

§ 127 Abs 3 StPO ( § 281 Abs 1 Z 4 und 5 StPO)

OGH 9.5.2018, 13 Os 38/18i; EvBl-LS 2018/146

Was erstattete Befunde und Gutachten von Sachverständigen anlangt, stellt §127 Abs 3 Satz 1 StPO an den Kriterien für mängelfreie Tatsachenfeststellungen in Urteilen (§ 281 Abs 1 Z 5 StPO) angelehnte Regeln auf. Ein durch § 281 Abs 1 Z 4 StPO garantiertes Überprüfungsrecht hat der Beschwerdeführer nur dann, wenn er in der Lage ist, einen dort angeführten Mangel von Befund oder Gutachten aufzuzeigen, und das dort beschriebene Verbesserungsverfahren erfolglos geblieben ist. Davon abgesehen, ist es dem pflichtgemäßen (also nur auf Willkür überprüfbar) Ermessen der Tatrichter anheimgestellt, neue Befunde oder Gutachten zur Überprüfung der früheren anzufordern. Die Überzeugungskraft eines im Sinne des § 127 Abs 3 Satz 1 StPO mängelfreien Befunds oder Gutachten unterliegt nämlich der freien Beweiswürdigung des erkennenden Gerichts. § 118 Abs 2 StPO alte Fassung, der, „wenn es wegen der Schwierigkeit der Beobachtung oder Begutachtung erforderlich ist“, die Beiziehung von zwei Sachverständigen vorsah, findet im geltenden Gesetz

keine Entsprechung (vgl auch § 126 Abs 2 c StPO mit seinem Hinweis auf die Grundsätze von Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit).

(AnwBl 02/2019)

#### 4. Gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises

2019/33

§ 104 Abs 1 StPO (§§55,103 Abs 2, § 126 Abs 5 StPO Art 6 Abs 3 lit d EMRK)

OGH 25.6.2018, 17 Os 7/18k, 13/18 t, 14/18i, EvBl 2018/136

Die Staatsanwaltschaft darf zwar, anders als die Verteidigung, Beweisführung durch einen Sachverständigen auch bloß zur Erkundung veranlassen, weil für die insoweit bloß § 103 Abs 2 StPO, für die Verteidigung hingegen § 55 StPO gilt. Tut die Staatsanwaltschaft das aber, so ist die Verteidigung ihr in Betreff der veranlassten Beweisführung durch Sachverständige vollkommen gleichgestellt, womit dieselben Bedingungen im Sinne des Art 6 Abs 3 lit d EMRK garantiert werden. Anstelle von Bestellung oder auch bloß Führung (§ 103 Abs 2 StPO) des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft (mit der Konsequenz, zum Verlangen nach Austausch ausschließlich aufgrund dieses Umstands nicht mehr berechtigt zu sein) steht es der Verteidigung zu die gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises zu verlangen, in welchem Fall alle Bestellungs- und Führungskompetenzen dem Gericht zukommen und die Staatsanwaltschaft- in Betreff dieser Beweisaufnahme (§104 StPO)- sofort zur Partei wird, demnach nur noch dieselben Rechte wie die Verteidigung hat (§ 104 Abs 1 iVm § 55 StPO). Die sonst gegenüber der Staatsanwaltschaft (als Leiterin des Ermittlungsverfahrens) bestehenden Rechte stehen nun gegenüber den Ermittlungsrichter zu.- Seine Entscheidungen (auch bloß die Zulassung einzelner Aufträge den Sachverständigen betreffend) sind als Beschluss anfechtbar.

(AnwBl 02/2019)

#### 5. „Einleitung“ eines Ermittlungsverfahrens

2019/59

§ 1 StPO (§ 35 c StAG; §§ 190, 195, 260 Abs 1 Z 2 StPO; Art 83 Abs 2 B-VG)

OGH 25.6.2018, 17 Os 3/18 x, EvBl 2018/149

Kann Sachverhaltsklärung wegen eines (in tatsächlicher Hinsicht feststehenden) Strafausschließungsgrundes im weiteren Sinn weder zu einem Schuldspruch noch zu einer Unterbringung nach § 21 Abs 1 StGB führen, hat ein Ermittlungsverfahren zu unterbleiben. „Einstellung“ eines nicht begonnenen Ermittlungsverfahrens in analoger Anwendung von § 190 Z 1 StPO und damit Fortführung scheidet aus.

(AnwBl 03/2019)

#### 6. Sachverständiger Gutachter Verlesungsverbot

ZWF 2019/16

§§ 252 Abs 1, § 125 Z 1, 281 Abs 1 Z 3, 281 Abs 1 Z StPO

OGH 13.11.2018, 11 Os 85/18m (RIS-Justiz RS0132319)

Vom Verlesungsverbot des § 252 Abs 1 StPO ist nur das Gutachten eines Sachverständigen erfasst. Gutachtenerstattung ist das Ziehen und die Begründung rechtsrelevanter Schlüsse aus den im Rahmen der Befundaufnahme festgestellten beweisheblichen Tatsachen.

(ZWF 02/2019)

#### 7. Ermittlungsmaßnahme, Rechtshilfe

ZWF 2019/17

§ 56 Abs 2 ARHG

OGH 6.12.2018, 12 Os 88/18 k (RIS-Justiz RS0132364)

Verlangt das Verfahrensrecht des ersuchenden Staats für die Vornahme einer Ermittlungsmaßnahme eine gerichtlich überprüfbare Entscheidung der Staatsanwaltschaft, so bedarf es einer solchen Entscheidung auch dann, wenn diesbezüglich ein Rechtshilfeersuchen an eine österreichische Staatsanwaltschaft gestellt wird. Nur unter dieser Voraussetzung wird nämlich Gewähr dafür geboten, dass eine entsprechende Überprüfung des diese Maßnahme begründenden Tatverdachts unter den gleichen Bedingungen, wie sie im ersuchenden Staat für eine inländische Anordnung gelten, stattfindet.

(ZWF 02/2019)

## 8. Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung

ZWF 2019/15

§§ 7 Abs 2, 49 Z 4, 164 Abs 4, 245 Abs 2, 281 Abs 1 Z 11 StPO; Art 6 EMRK; §§ 32, 33 StGB

OGH 11.12.2018, 11 Os 108/18 v (RIS-Justiz RS0132356)

Dem Angeklagten darf aus seinem Verteidigungsverhalten im Strafverfahren prinzipiell (auch bei der Sanktionsfindung) kein Nachteil erwachsen. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlich aus Art 6 EMRK abzuleitenden, einfachgesetzlich in § 7 Abs 2 StPO ausdrücklich normierten Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (nemo tenetur se ipsum accusare) und aus dem Recht des Beschuldigten, seine Verantwortung (überhaupt) frei zu wählen.

Die Unschuldsvermutung (§ 8 StPO; Art 6 Abs 2 EMRK) ist verletzt, wenn das Gericht bei der Strafbemessung auf die Begehung einer Straftat als tatsächlichen Anknüpfungspunkt abstellt, die nicht Gegenstand des im angefochtenen Urteil gefällten oder eines sonstigen, rechtskräftigen Schuldspruchs ist.

(ZWF 02/2019)

## 9. Verfall

ZWF 2019/13

§ 20 Abs 1 StGB

OGH 13.11.2018, 14 Os 117/18i (RIS-Justiz RS0132346)

Durch die Begehung einer strafbaren Handlung hat der Täter einen Vermögenswert erlangt, wenn die Erlangung ursächlich mit dieser Straftat zusammenhängt, wobei die Vermögensverschiebung nicht definitionsgemäß mit der Tatbestandsverwirklichung verbunden sein muss (hier: Erhalt des Kaufpreises für überlassenes Suchtgift von dessen Empfänger). Erlangung der für die Begehung wiederum meint den Lohn, den der Täter von dritter Seite für seine Tat erhält.

(ZWF 02/2019)

## 10. Tätige Reue Schadensgutmachung

ZWF 2019/14

§ 167 StGB

OGH 24.1.2019, 12 Os 107/18d (RIS-Justiz RS0132410)

§ 167 Abs 2 Z 1 StGB verlangt zwar die Gutmachung des gesamten aus der Tat entstandenen Schadens. Dieser deckt sich jedoch nicht mit dem zivilrechtlichen Schadensbegriff („volle Genugtuung“ bei vorsätzlichem Handeln gem § 1324 ABGB), sondern erfordert nur den Ersatz des- auch aus Begleitumständen der Tat – im Sinne deliktstypischer Verknüpfungen entstandenen, für den Täter in seinem Ausmaß objektiv überschaubaren Vermögensschadens (also nicht eines ideellen Schadens), somit in der Regel des positiven Schadens aufgrund objektiv-abstrakter Schadensberechnung.

(ZWF 02/2019)

## 11. Amtsgelder als Gegenstand von Missbrauch der Amtsgewalt

2019/86

§ 302 Abs 1 StGB /§ 7 StGB)

OGH 3.8.2018, 17 Os 9/18d EvBI 2018/160

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

Wer bei der Einhebung von „Parteigeldern und Strafgeldern“ im Rahmen einer Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften in Vollziehung der Geschäfte handelt und wen eine (durch Gesetz, Verordnung oder Weisung normierte) Pflicht zum Abführen dieser Beträge trifft, begeht nach mittlerweile einheitlicher Rechtsprechung durch unterlassenes Abführen solcher (gesetzeskonform) eingehobener Gebühren und Verwaltungsstrafen Befugnismissbrauch im Sinn des § 302 Abs 1 StGB, weil das Verhalten des Beamten bis zum Erreichen des Vollziehungsziels (der Vereinnahmung dieser Beträge durch den Staat) einheitlich als (ein) Amtsgeschäft zu begreifen ist. Davon ist solange auszugehen, als der Beamte die eingehobenen Beträge noch in seiner Verfügungsmacht, also noch nicht abgeführt hat. Dergelegentlich in der älteren (allerdings keineswegs einheitlichen) Rechtsprechung verwendete Rechtssatz, ein mit dem Schlagwort „Griff in die Kasse“ umschriebenes Verhalten eines Beamten sei stets (nur) Veruntreuung, nicht Missbrauch der Amtsgewalt, bedarf also einer Präzisierung. Die Subsumtion hängt vom Bestehen eines Zusammenhangs mit einem Amtsgeschäft in diesem Sinn ab, ohne dass es auf die Art der den Beamten in diesem Zusammenhang treffenden Handlungspflicht („Verwahren“ oder „Verwalten“) ankommt. Das Argument, eine (im Rahmen der Hoheitsverwaltung bestehende) Befugnis des Beamten zur zueignung derartiger Beträge sei auszuschließen, übersieht, dass der Befugnismissbrauch nicht in der Zueignung, sondern in der Verletzung spezifischer Handlungspflichten (etwa in der Abführung der Beträge) besteht, und zerlegt das einheitliche Amtsgeschäft unsachgemäß in Einzelphasen.

(AnwBI 04/2019)

## 12. Keine Erneuerung gegen abgelehnte Wiederaufnahme ohne EGMR

§ 363 a StPO (§ 353 StPO; Art 6 EMRK)

OGH 3.8.2018, 14 Os 63/18y EvBI –LS 2018/179

Ein Verfahren über die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens fällt grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK, weil es keine „strafrechtliche Anklage“ im Sinne der Konvention zum Gegenstand hat. Daran ändert EGMR 11.7.2017 (GK), 19867/12, *Moreira Ferreira/Portugal*, nichts, weil diese Entscheidung eine (§ 363 a StPO vergleichbare) Erneuerung des Strafverfahrens nach Feststellung einer Menschenrechtsverletzung durch den EGMR betrifft.

(AnwBI 04/2019)