

ZWF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Rainer Brandl / Severin Glaser / Robert Kert / Roman Leitner / Mario Schmieder /
Norbert Schrottmeyer / Norbert Wess

Wirtschaftsstrafrecht

Neuer Untreuetatbestand – Auswirkungen auf die Praxis (I)
Schwarze Kassen und Untreue
Erneuerung des Strafverfahrens ohne voriges EGMR-Urteil?

Die vertiefende Analyse

Verfahrensabsprachen in Wirtschaftsstrafsachen

Finanzstrafrecht

Bilanzielle Folgen von Abgabenhinterziehung-/betrug

Aus Sicht der Finanzstrafbehörde

Gestaltungsmisbrauch versus Finanzstrafrecht?

Europastrafrecht

Amtshilfe bei der Betrugsbekämpfung im Zollbereich

Praxisinformationen

Aktuelle Rechtsprechung, Literaturreisenschau



§ 363a StPO per analogiam?

OGH erneut zur Frage der Zulässigkeit der Erneuerung des Strafverfahrens ohne vorangegangenes Urteil des EGMR

Martin Nemeč

Der OGH hat sich in der Entscheidung vom 27. 8. 2015, 12 Os 51/15i,¹ mit der (analogen) Anwendung des § 363a StPO ohne vorangegangenes Urteil des EGMR beschäftigt. Die Besonderheit des Falls lag darin begründet, dass sich der OGH mit den im Erneuerungsantrag vorgebrachten Grundrechtsverletzungen bereits im ordentlichen Rechtsmittelverfahren auseinandergesetzt und diese dort verneint hatte, wohingegen der VfGH² – just über Antragstellung ebenjenes Senats³ –, der im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren noch keine verfassungsrechtliche Problematik erkennen konnte, zeitlich später feststellte, dass die vom OGH ursprünglich als unbedenklich eingestufte gesetzliche Grundlage verfassungswidrig war. Der OGH lehnte (auch) die Zulässigkeit derartiger Erneuerungsanträge unter Hinweis auf seine bisherige Rsp ab.



Mag. Martin Nemeč ist Rechtsanwalt in Wien. Er war als Verteidiger am Verfahren beteiligt.

1. Der Anwendungsbereich und die Voraussetzungen des § 363a StPO

1.1. Allgemeines

Seit der Grundsatzentscheidung des OGH vom 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m,⁴ die den Anwendungsbereich des § 363a StPO wesentlich ausgedehnt hat, geht die Rsp von zwei Arten der Erneuerung des Strafverfahrens aus. Man unterscheidet dahingehend, ob der Erneuerungswerber schon ein vorangegangenes, eine Verletzung der EMRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle feststellendes Urteil des EGMR auf seiner Seite hat und der Erneuerungsantrag dementsprechend in direkter Anwendung des § 363a StPO gestellt wird oder ob der Antrag auf Erneuerung unter Behauptung einer Grundrechtsverletzung bzw Konventionsverletzung ohne ein vorausgehendes EGMR-Urteil gestellt wird. Im letzteren Fall wendet der OGH die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde an den EGMR (Art 34 und Art 35 Abs 1 und Abs 2 EMRK) analog für die Zulässigkeit eines derartigen Erneuerungsantrages an.⁵

1.2. Antrag auf Erneuerung gem § 363a StPO nach vorangegangenem Urteil des EGMR

Stellt der EGMR in einem Urteil eine Konventionsverletzung der EMRK durch eine Entscheidung oder eine Verfügung eines Strafgerichts fest, so soll es dem Verurteilten oder der Generalprokuratur möglich sein, einen Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens gem § 363a StPO beim OGH zu stellen. Der OGH hat bei seiner Entscheidung über die Erneuerung des Strafverfahrens die Rechtsansicht des EGMR zugrunde zu legen.⁶

Voraussetzungen der Inanspruchnahme dieses Rechtsbehelfs sind somit eine endgültige Entscheidung des EGMR sowie die (wenn auch nur abstrakte) Möglichkeit, dass ohne die Konventionsverletzung eine für den Betroffenen günstigere Entscheidung gefällt worden wäre. Weiters ist hervorzuheben, dass von einer Aufhebung auch eine (meritorische) Entscheidung des OGH betroffen sein kann.⁷

1.3. Antrag auf Erneuerung gem § 363a StPO ohne vorangegangenes Urteil des EGMR

1.3.1. Die Grundsatzentscheidung des OGH 13 Os 135/06m

Seit der Grundsatzentscheidung bejaht der OGH in zwischenzeitlich stRsp⁸ die Zulässigkeit der Erneuerung des Strafverfahrens ohne ein vorangegangenes Urteil des EGMR, letztlich in analoger Anwendung des § 363a StPO. Der OGH argumentiert dabei wie folgt:

„Trifft nämlich nach Art 13 MRK den Konventionsstaat die Verpflichtung, jedem, der mit einer gewissen Plausibilität darlegt, in einem Konventionsrecht verletzt zu sein, die Berufung auf das Recht auf eine wirksame Beschwerde zuzugestehen, mit anderen Worten, sicherzustellen, dass es eine nationale Instanz gibt, die sich mit der Frage der Verletzung eines Konventionsrechts auseinandersetzt (Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention², § 24 Rz 170), so kann die Vorschrift des § 363a Abs 1 StPO nicht dahin verstanden werden, die Erneuerung des Strafverfahrens aufgrund einer Verletzung von Konventionsrechten nur in jenen Fällen zu ermöglichen, in denen die Konventionsverletzung bereits in einem Urteil des EGMR festgestellt wurde.“

„Da die Feststellung einer Verletzung der MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle durch den

¹ Vgl auch 27. 8. 2015, 12 Os 55/15b.

² VfGH 10. 3. 2015, G 180/2014, G 216/2014, G 232/2014, G 42/2015, G 77/2015.

³ OGH 11. 3. 2014, 11 Os 51/13d.

⁴ EvBl 2007/154, 832 = JBl 2008, 62 = AnwBl 2008/8126.

⁵ So auch *Reindl-Krauskopf* in WK StPO, Vor §§ 363a–c Rz 14.

⁶ ErlRV 33 BlgNR 20 GP 65.

⁷ ErlRV 33 BlgNR 20 GP 66.

⁸ ZB OGH 6. 9. 2007, 15 Os 135/06a; 21. 1. 2008, 15 Os 117/07f; 19. 6. 2008, 12 Os 71/08w; 16. 4. 2009, 13 Os 16/09s.

EGMR nicht bloß als notwendige, sondern auch als (zusammen mit den übrigen gesetzlichen Voraussetzungen) hinreichende Bedingung für die Erneuerung des Strafverfahrens verstanden werden kann und sich seit Einführung der §§ 363a bis 363c StPO durch das StRÄG 1996 die Rechtsprechung des EGMR zu den das gerichtliche Verfahren betreffenden Garantien signifikant verändert hat (vgl. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*², § 24 Rz 166 ff; D. Richter in Grote/Marauhn [Hrsg], *EMRK/GG* [2006] Kap 20 Rn 18, 95, 112 ff; Meyer-Ladewig, *EMRK*², Art 13 Rz 19 f), ist (jedenfalls nachträglich entstandene) Planwidrigkeit des § 363a Abs 1 StPO nicht von der Hand zu weisen und Lückenschließung dahin gerechtfertigt, dass es eines Erkenntnisses des EGMR als Voraussetzung für eine Erneuerung des Strafverfahrens nicht zwingend bedarf. Vielmehr kann auch eine vom Obersten Gerichtshof selbst – aufgrund eines Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens – festgestellte Verletzung der MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle durch eine Entscheidung oder Verfügung eines untergeordneten Strafgerichts dazu führen.⁹

Der OGH spricht demnach selbst von einer nachträglich entstandenen Planwidrigkeit des § 363a StPO und der Rechtfertigung einer erforderlichen Lückenschließung, bejaht also im Ergebnis die grundsätzliche Möglichkeit und Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 363a StPO. Der OGH sehe sich dazu „aufgerufen, [...] dem Geist der MRK auch in jenen Fällen Rechnung zu tragen, in denen noch kein Urteil gegen Österreich ergangen ist (vgl. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*², § 3 Rz 13)“.¹⁰

Diese Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 363a StPO und der vom OGH gezogene Analogieschluss wurden in der Lehre auf der einen Seite aus rechtspolitischen Gründen begrüßt,¹¹ auf der anderen Seite aber in methodischer Hinsicht kritisiert,¹² da die Ausweitung über bloße Lückenschließung hinausgehe und einen „Akt richterlicher Rechtsfindung außerhalb des gesetzlichen Wortsinns“ darstelle. Dennoch hat der OGH seine in der ursprünglichen Grundsatzentscheidung dargelegte Rechtsansicht in einer Vielzahl seither ergangener Entscheidungen bekräftigt.

1.3.2. Die Voraussetzungen der analogen Anwendung

Der OGH hat in zahlreichen Entscheidungen¹³ die Voraussetzungen der analogen Anwendung

⁹ OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m.

¹⁰ OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m.

¹¹ Vgl. Kodek, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit. Bilanz – Probleme – Perspektiven, *ÖJZ* 2008/25, 216 (216 ff).

¹² Vgl. Reindl-Krauskopf, Die Erneuerung des Strafverfahrens – zulässige Analogie oder Rechtsschöpfung? *JBl* 2008, 130 (130 ff); Jerabek, Bemerkungen zur SSt 2007, *ÖJZ* 2009/97, 897 (897 ff).

¹³ ZB OGH 6. 9. 2007, 15 Os 135/06a; 21. 1. 2008, 15 Os 117/07f; 19. 6. 2008, 12 Os 71/08w; 16. 4. 2009, 13 Os 16/09s.

des § 363a StPO herausgearbeitet und präzisiert, zumal das Kriterium eines vorliegenden EGMR-Urteils als Zulässigkeitsvoraussetzung im erweiterten Anwendungsbereich entfällt. Deshalb wendet er die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art 34 f EMRK analog an.¹⁴

Folgende Voraussetzungen müssen laut Rsp *kumulativ* vorliegen:

- Der Antragsteller muss Opfer sein und eine Grundrechtsverletzung begründet behaupten.
- Der nationale Instanzenzug muss ausgeschöpft sein. Liegt nach Ansicht des Antragstellers eine Verfassungswidrigkeit vor, so muss diese bei der Urteilsanfechtung auch aufgezeigt werden, um so dem Rechtsmittelgericht die Gesetzesanfechtung wegen Verfassungswidrigkeit beim VfGH zu ermöglichen. Ansonsten ist laut Rsp¹⁵ der Instanzenzug nicht ausgeschöpft.
- Der OGH leitet aus Art 35 Abs 2 EMRK ab, dass Beschwerden, die im Wesentlichen mit einer bereits geprüften Beschwerde übereinstimmen, unzulässig sind.¹⁶ Faktisch bedeutet dies, dass der OGH Erneuerungsanträge in analoger Anwendung des § 363a StPO in Fallkonstellationen, in denen er bereits im Zuge eines ordentlichen Rechtsmittels oder im Zuge der Grundrechtsbeschwerde entschieden hat, als unzulässig erachtet.¹⁷
- Die Antragsfrist von sechs Monaten ab Datum der rechtskräftigen Entscheidung darf nicht abgelaufen sein.

2. Die aktuelle Entscheidung des OGH

Der Entscheidung des OGH in 12 Os 51/15i¹⁸ liegt eine Fallkonstellation zur „alten“ Rechtslage (§ 126 Abs 4 letzter Satz StPO in der bis 31. 12. 2014 geltenden Fassung) zugrunde, in der sich die Angeklagten von Beginn des gerichtlichen Verfahrens an massiv und wiederholt gegen die Bestellung jenes Sachverständigen im Hauptverfahren ausgesprochen und diesen als befangen abgelehnt hatten, der bereits im Ermittlungsverfahren im Auftrag der StA beigezogenen worden war. Das Erstgericht hat alle darauf gerichteten Anträge (ebenso wie jene auf Bestellung der Privatsachverständigen der Angeklagten zu gerichtlichen Sachverständigen) abgewiesen, dies unter ausdrücklicher Bezugnahme auf §§ 125 ff StPO (idF BGBl I 2004/19). Einer dagegen von den Angeklagten erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde gab der 11. Senat des OGH im März 2014 keine Folge.¹⁹ Er sah auch

¹⁴ Reindl-Krauskopf in WK StPO, § 363a Rz 30.

¹⁵ OGH 23. 10. 2007, 11 Os 132/06f, EvBl 2008/8, 32 = JBl 2008, 127.

¹⁶ Reindl-Krauskopf in WK StPO, § 363a Rz 36.

¹⁷ OGH 14. 5. 2008, 13 Os 33/08i; 17. 2. 2009, 14 Os 178/08w.

¹⁸ Vgl. auch OGH 27. 8. 2015, 12 Os 55/15b; dieser Entscheidung liegt jedoch ein zum Teil abweichender Sachverhalt zugrunde.

¹⁹ OGH 11. 3. 2014, 11 Os 51/13d.

keinen Anlass, die an ihn im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde herangetragene Anregung für eine Antragstellung an den VfGH nach Art 89 Abs 2 Satz 2 B-VG in Bezug auf § 126 Abs 4 letzter Satz StPO idF BGBl I 2004/19 aufzugreifen.

Bemerkenswerterweise stellte derselbe Senat des OGH – wenngleich in anderer personeller Besetzung – noch im gleichen Jahr in anderen bei ihm anhängigen, inhaltlich gleichgelagerten Verfahren²⁰ gem Art 89 Abs 2 iVm Art 140 B-VG einen Antrag an den VfGH, die Wortfolge „*Sachverständigen oder*“ in § 126 Abs 4 Satz 3 StPO als verfassungswidrig aufzuheben. Der VfGH hat sich in seinem Erkenntnis vom 10. 3. 2015²¹ den verfassungsrechtlichen Bedenken des antragstellenden OGH angeschlossen und festgestellt, dass die Wortfolge „*Sachverständigen oder*“ in § 126 Abs 4 StPO idF BGBl I 2004/19 infolge Verstoßes gegen die in Art 6 Abs 3 lit d EMRK verankerte Garantie der Waffengleichheit verfassungswidrig war.

Nicht zuletzt aufgrund des Umstands, dass eine Grundrechtsverletzung auch durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes verursacht worden sein kann,²² beantragten die Betroffenen – noch bevor der EGMR über die von ihnen ebenfalls eingebrachten Beschwerden entschieden hat – beim OGH die Erneuerung ihres rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens. Die vom OGH in seiner bisherigen Judikatur zur analogen Anwendung des § 363a StPO verlangte „*gewisse Plausibilität [...] in einem Konventionsrecht verletzt zu sein*“,²³ habe sich in einem Fall wie dem vorliegenden durch das ergangene Erkenntnis des VfGH derart verdichtet, dass die Konventionsverletzung als geradezu offensichtlich anzusehen sei.

Es stelle sich die Frage, weshalb der OGH rechtskräftige strafgerichtliche Urteile aus Anlass eines Erneuerungsantrags ohne vorherige Feststellung einer Konventionswidrigkeit durch den EGMR eigener verfassungs- bzw konventionsrechtlicher Erwägungen aufgreifen können soll, nicht jedoch bei Vorliegen eines VfGH-Erkenntnisses, mit dem die Konventionswidrigkeit der Rechtsgrundlage eines Strafurteils verbindlich festgestellt wurde.

2.1. Die Argumentation des OGH

Der OGH erachtete den vorliegenden Erneuerungsantrag für nicht zulässig und wies diesen zurück. Begründet hat er dies im Wesentlichen wie folgt:

- Bei einem nicht auf ein Urteil des EGMR gestützten Erneuerungsantrag handle es sich

um einen subsidiären Rechtsbehelf. *Demgemäß* würden auch für derartige Anträge alle gegenüber dem EGMR normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art 34 und 35 Abs 1 und 2 EMRK sinngemäß gelten. Nach Art 35 Abs 2 EMRK seien solche Beschwerden unzulässig, die im Wesentlichen mit einer bereits geprüften Beschwerde übereinstimmen. Die behaupteten Grundrechtsverletzungen seien bereits in den Nichtigkeitsbeschwerden gegen das zugrunde liegende erstinstanzliche Urteil releviert worden, so dass dem OGH – ohne vorherige Entscheidung des EGMR – eine erneute inhaltliche Befassung verwehrt sei.

- Soweit die Anträge ausdrücklich Entscheidungen des OGH selbst bekämpfen, könnten sie von vornherein nicht Gegenstand eines Erneuerungsantrags ohne vorherige Anrufung des EGMR sein. Die von den Antragstellern erhobene Forderung nach Zulässigkeit eines Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens in analoger Anwendung des § 363a StPO trotz Vorliegens einer Entscheidung des OGH auch ohne Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR, wenn sich eine solche aus einer Entscheidung des VfGH ergebe, versage schon im Ansatz. Denn Voraussetzung für die Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a StPO sei eine mit Urteil des EGMR festgestellte Konventionsverletzung durch eine richterliche Entscheidung oder Verfügung im Strafverfahren. Nur für diesen Fall bestehe – bei Erfüllung der weiteren Erfordernisse des § 363a StPO – eine aus Art 46 EMRK resultierende Verpflichtung zur Befolgung des Urteils des EGMR, wobei von einer Aufhebung auch eine (meritorische) Entscheidung des OGH betroffen sein könne.
- Im Gegensatz dazu erkenne der VfGH im Verfahren nach Art 140 B-VG über die Verfassungsmäßigkeit von Bundes- und Landesgesetzen. Stelle der VfGH nach entsprechender Antragstellung durch den OGH iSd Art 89 Abs 2 B-VG fest, dass ein Gesetz verfassungswidrig war, so wirke dies nur für den Anlassfall. Auf alle anderen vor dem Inkrafttreten der Feststellung verwirklichten Sachverhalte sei das Gesetz weiterhin anzuwenden, sofern der VfGH nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspreche (Art 140 Abs 7 B-VG). Die Prüfung einer Entscheidung oder Verfügung des OGH als oberste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen komme dem VfGH – im Gegensatz zum EGMR bei Konventionsverletzungen – hingegen nicht zu. Da der VfGH die Anlassfallwirkung lediglich auf zum damaligen Zeitpunkt beim OGH anhängige Rechtssachen (und zwei in erster Instanz entschiedene Verfahren) ausgedehnt habe, ändere

²⁰ ZB OGH 25. 11. 2014, 11 Os 103/14b; 25. 11. 2014, 11 Os 104/14z.

²¹ VfGH 10. 3. 2015, G 180/2014, G 216/2014, G 232/2014, G 42/2015, G 77/2015.

²² *Reindl-Krauskopf* in WK StPO, § 363a Rz 32.

²³ OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m.

sich an der Geltung des § 126 Abs 4 letzter Satz StPO idF BGBl I 2004/19 in dem hier in Rede stehenden Verfahren nichts.

- Überdies seien Rechtsakte wie Bescheide, Urteile, aber auch Gesetze oder Gesetzesaufhebungen nicht als (neue) Tatsachen anzusehen.

2.2. Kritik an der Argumentation des OGH

Die Argumentation des OGH scheint auf den ersten Blick nachvollziehbar und im Hinblick auf die bisherige Rsp zur erweiterten Anwendung des § 363a StPO konsistent zu sein, vermag aber bei näherer Betrachtung im Ergebnis nicht zu überzeugen. Dazu im Einzelnen wie folgt:

2.2.1. Die Subsidiarität des Rechtsbehelfs

Zwar trifft es zu, dass die Rsp des OGH die analoge Erneuerung bis dato stets als einen subsidiären Rechtsbehelf gesehen hat, wobei sich diese Subsidiarität jedoch auf andere innerstaatliche Rechtsbehelfe bezogen hat, wie zB eine Grundrechtsbeschwerde oder einen Fristsetzungsantrag nach § 91 GOG. Stehen derartige Rechtsbehelfe zur Verfügung, scheidet eine analoge Erneuerung aus.²⁴ Keine Subsidiarität besteht freilich gegenüber einem Urteil des EGMR, wäre doch ansonsten der gesamte Rsp zum erweiterten Anwendungsbereich des § 363a StPO, insb der Grundsatzentscheidung des OGH 13 Os 135/06m, der Boden entzogen. Liegt zB eine Grundrechts- bzw. Konventionsverletzung durch ein im einzelrichterlichen Strafverfahren in zweiter (und letzter) Instanz entscheidendes OLG vor, so erachtet sich OGH grundsätzlich dazu aufgerufen, „[...] dem Geist der MRK auch in jenen Fällen Rechnung zu tragen, in den noch kein Urteil [des EGMR] gegen Österreich ergangen ist“.²⁵

Diese Selbstverständlichkeit scheint iZm der diskutierten Entscheidung des OGH nochmals betonenswert. Im Hinblick auf die apodiktische Formulierung des OGH, Voraussetzung für die Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a StPO sei eine mit Urteil des EGMR festgestellte Konventionsverletzung durch eine richterliche Entscheidung oder Verfügung im Strafverfahren, könnten Zweifel entstehen, ob der OGH weiterhin an seiner bisherigen Judikatur zur analogen Anwendung des § 363a StPO festhält.

Auch der Hinweis auf die Subsidiarität eines nicht auf ein Urteil des EGMR gestützten Erneuerungsantrags zur Begründung der sinngemäßen Heranziehung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art 34 und 35 Abs 1 und 2 EMRK (arg „Demgemäß“) ist zumindest verwirrend. Denn es ist nicht die spezifische Subsidiarität eines derartigen (analogen) Erneuerungsantrags, sondern vielmehr der subsidiäre Charakter der EGMR-Beschwerde selbst (vgl zB Art 35 Abs 1 EMRK betreffend die Ausschöpfung des

nationalen Instanzenzuges), der infolge der Ermangelung der klaren Antragsvoraussetzung eines vorliegenden EGMR-Urteils bei erweiterten Erneuerungsanträgen, in denen nunmehr der OGH quasi die Rechtsschutzfunktion des EGMR übernimmt, die stRsp dazu bewogen hat, Art 34 und 35 Abs 1 und 2 EMRK analog anzuwenden.²⁶

2.2.2. Keine erneute Befassung des OGH

Ganz entscheidend ist mE das Argument, wonach ein nicht auf ein Urteil des EGMR gestützter Erneuerungsantrag gegenständlich schon daran scheitert, dass sich der OGH bereits zuvor im Rahmen der von den Antragstellern erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden mit den behaupteten Grundrechtsverletzungen befasst, diese aber verneint habe. Denn nach der analog anzuwendenden Bestimmung des Art 35 Abs 2 EMRK seien solche Beschwerden unzulässig, die im Wesentlichen mit einer bereits geprüften Beschwerde übereinstimmen. Hierbei übersieht der OGH jedoch, dass angesichts der *nach* seiner Befassung im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerden ergangenen Entscheidung des VfGH²⁷ eine maßgebliche Änderung der für die Beurteilung einer Grundrechtswidrigkeit relevanten Umstände eingetreten ist. Dies deshalb, weil der VfGH festgestellt hat, dass eben jene Rechtsgrundlage (§ 126 Abs 4 letzter Satz StPO idF BGBl I 2004/19) verfassungswidrig war, auf der das zugrunde liegende verurteilende Erkenntnis beruht.

Es ist unstrittig, dass eine Grundrechtsverletzung auch durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes verursacht worden sein kann.²⁸ Der OGH hat überdies bisher in seiner Rsp zur erweiterten Anwendung des § 363a StPO lediglich gefordert, dass der Antragsteller „eine gewisse Plausibilität“ darlegt, in einem Konventionsrecht verletzt zu sein. Wenn sich diese Plausibilität durch ein (zeitlich danach) ergangenes VfGH-Erkenntnis, das die Verfassungswidrigkeit der einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Norm feststellt, derart verdichtet, dass nunmehr eine Konventionsverletzung als geradezu offensichtlich anzusehen ist, kann wohl nicht mehr davon gesprochen werden, es würde eine „im Wesentlichen bereits geprüfte Beschwerde“ vorliegen. Denn der OGH konnte bei seiner ersten Befassung im Rahmen der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden ja noch gar nicht wissen, dass der VfGH zu einem späteren Zeitpunkt ebenjene den Sitz der behaupteten Grundrechts- und Konventionsverletzung darstellende Bestimmung des § 126 Abs 4 letzter Satz idF BGBl I 2004/19 für verfassungswidrig erklären würde. Dem ergangenen Erkenntnis des VfGH iZm behaupteten Grund-

²⁴ Reindl-Krauskopf in WK StPO, § 363a Rz 38.

²⁵ OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m.

²⁶ Reindl-Krauskopf in WK StPO, § 363a Rz 31.

²⁷ VfGH 10. 3. 2015, G 180/2014, G 216/2014, G 232/2014, G 42/2015, G 77/2015.

²⁸ Reindl-Krauskopf in WK StPO, § 363a Rz 32.

rechts- und Konventionsverletzungen, die ihre Wurzel in § 126 Abs 4 letzter Satz StPO idF BGBl I 2004/19 haben, in derartigen Fällen jegliche Bedeutung abzusprechen, hieße, die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer generellen Norm durch den hierfür kompetenten VfGH und die darauf beruhenden Grundrechts- und Konventionswidrigkeiten (auch) im Hinblick auf die EMRK zu ignorieren. Die Begründung für eine solche Vorgangsweise wäre dann darin gelegen, ein für die Beurteilung der Verfassungskonformität der zugrunde liegenden Norm (§ 126 Abs 4 letzter Satz StPO) nicht abschließend kompetentes Gericht (der OGH) habe ohnedies schon alle Beschwerdeinwände geprüft, aber – anders als der VfGH – keine Bedenken gehegt.

2.2.3. Die Anlassfallwirkung von VfGH-Erkenntnissen

Dem kann auch nicht Art 140 Abs 7 B-VG entgegengehalten werden. Zwar trifft es zu, dass die Rechtswirkungen eines (aufhebenden) Erkenntnisses des VfGH grundsätzlich nur *pro futuro* wirken, sich ansonsten aber nur auf den Anlassfall beziehen, sofern der VfGH in seinem Erkenntnis nichts anderes ausspricht. Denn prinzipieller Grundgedanke des Art 140 Abs 7 B-VG ist es, dass Verfahren, die rechtskräftig abgeschlossen sind, ohne entsprechende Ausdehnung der Anlassfallwirkung durch den VfGH nicht erneut aufgerollt werden sollen. Dies grundsätzlich auch dann nicht, wenn der VfGH nach Rechtskraft des Urteils die Verfassungswidrigkeit einer zugrunde liegenden generellen Norm feststellt.²⁹

Dem stehen allerdings die – in Österreich ebenfalls im Verfassungsrang stehende – EMRK und der sich aus ihr ableitende umfassende Schutz des rechtsunterworfenen Individuums vor Konventions- und Grundrechtsverletzungen entgegen, deren Umsetzung im innerstaatlichen Bereich letztlich § 363a StPO dient.³⁰

Die Frage, welche Norm vorgeht, lässt sich hier mittels der Kollisionsregel *lex specialis derogat legi generali* beantworten. Hinsichtlich des B-VG ist die EMRK die *lex specialis*, da sie nicht nur ebenso im Verfassungsrang steht und folglich gleichrangig ist, sondern auch noch den persönlichen Schutz des Individuums vor konventions- und grundrechtswidrigen Eingriffen in seine Rechtssphäre vor Augen hat und darüber hinaus – anders als Art 140 Abs 7 B-VG – auch eine völkerrechtliche Verpflichtung darstellt. Art 140 Abs 7 B-VG ist demgegenüber eine allgemeine, generelle Norm, die die Rechtsicherheit vor Augen hat, jedoch dann von den spezielleren Normen der EMRK verdrängt wird,

wenn es um persönliche Grund- und Freiheitsrechte geht.

Steht aber die Verfassungsbestimmung des Art 140 Abs 7 B-VG einer direkten Anwendung des § 363a StPO nach entsprechender Feststellung der Konventionsverletzung durch den EGMR nicht im Weg, weil sie im Sinne obiger Ausführungen von den spezielleren Normen der ebenso Verfassungsrecht darstellenden EMRK verdrängt wird, so kann sie auch nicht als taugliches Abgrenzungskriterium für die Nichtzulässigkeit eines analogen Erneuerungsantrags gem § 363a StPO herangezogen werden. Dies deshalb, weil der OGH mit der erweiterten Anwendung des § 363a StPO erklärtermaßen eine wirksame nationale Instanz nach Art 13 EMRK bilden und Konventionsverletzungen gerade auch dann aufgreifen will, wenn noch kein Urteil des EGMR gegen Österreich ergangen ist, der Antragsteller eine solche Verletzung der EMRK aber zumindest plausibel darlegt.

Im Übrigen ist für die Frage des Vorliegens einer Grundrechts- bzw Konventionsverletzung, die ihre Wurzel auch in der Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes haben kann, die Frage der formalen Rückwirkung des VfGH-Erkenntnisses nicht von entscheidender Bedeutung. Denn der Umstand, dass die vom VfGH aufgehobene Norm für Nicht-Anlassfälle auf innerstaatlicher Ebene durch Art 140 Abs 7 B-VG für unangreifbar erklärt wird und sich dergestalt eine verfassungsrechtlich abgesicherte innerstaatliche Anwendungssperre für Nicht-Anlassfälle ergibt, ändert nichts an der völkerrechtlichen Verletzung der EMRK durch den (innerstaatlich zunächst) nicht mehr anfechtbaren Rechtsakt. § 363a StPO dient aber gerade dazu, völkerrechtlich (und aufgrund der in Österreich im Verfassungsrang stehenden EMRK auch grundrechtlich) relevante Konventionsverletzungen ungeachtet der sich aus Art 140 Abs 7 B-VG ergebenden innerstaatlichen Anfechtungssperre auch in Nicht-Anlassfällen aufzugreifen, gerade weil die EMRK ein höherwertiges Rechtsgut schützt und sich (wie bereits aufgezeigt) diesbezüglich als *lex specialis* gegenüber Art 140 Abs 7 B-VG darstellt.

Durch die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmung ist die behauptete Grundrechts- bzw Konventionsverletzung nicht nur plausibel, sondern mehr als wahrscheinlich geworden. Bedenkt man den nicht unbeträchtlichen Rechtsfortschritt, den der OGH mit der von ihm vorgenommenen analogen Anwendung des § 363a StPO zur Wahrung der Grund- und Konventionsrechte erzielt hat, so ist nicht recht verständlich, warum er sich bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden nicht ebenfalls dazu aufgerufen sieht „dem Geist der MRK auch in jenen Fällen Rechnung zu tragen, in denen noch kein Urteil gegen Österreich ergangen ist“, hat doch der VfGH bereits die Konventionswidrigkeit der ge-

²⁹ Vgl Rohregger in Korinek/Holoubek, B-VG-Kommentar, Art 140 Rz 309 ff; Berka, Verfassungsrecht³ (2013) Rz 1106 ff; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 1170 ff.

³⁰ Reindl-Krauskopf in WK StPO, Vor § 363a Rz 1 ff.

setzlichen Grundlagen des strafgerichtlichen Urteils die Sachverständigenbestellung betreffend festgestellt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der OGH weiterhin am Maßstab des Art 13 EMRK orientiert, was die Einräumung effektiver Rechtsmittel im ordentlichen Strafverfahren betrifft. Denn die durch gegenständliche Analogie zu schließende planwidrige Gesetzeslücke, die aus der Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes und der daraus resultierenden Grund- und Konventionsrechtsverletzung erfolgte, ist methodisch noch leichter zu schließen als die vom OGH in seiner Grundsatzentscheidung vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 363a StPO an sich. So gesehen stellt die durch das VfGH-Erkenntnis „zum Greifen naheliegende“ Konventionsverletzung in Anbetracht des Rechts auf eine wirksame Beschwerde vor einer nationalen Instanz nach Art 13 EMRK eine hinreichende Bedingung für eine Erneuerung nach § 363a StPO dar.³¹

2.2.4. Neue rechtliche Aspekte im Hinblick auf das VfGH-Erkenntnis

Auch der Umstand, dass der OGH eigene Entscheidungen bei Vorliegen neuer Umstände oder neuer rechtlicher Aspekte meritorisch zu überprüfen und gegebenenfalls eine anderslautende Entscheidung herbeizuführen hat, ist keine Besonderheit im Rahmen der österreichischen StPO. Denn für den tatsächlichen Bereich ergibt sich eine derartige Verpflichtung (auch) des OGH bereits aus §§ 352 ff StPO über die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens, die nach der Rsp uU auch analog anzuwenden sind.³² Im rechtlichen Bereich sieht gerade § 363a StPO die Verpflichtung des OGH vor, erforderlichenfalls auch eigene Entscheidungen aufzuheben, sofern eine Grundrechts- bzw Konventionswidrigkeit zu einem späteren Zeitpunkt durch den EGMR festgestellt wird. Wieso gerade hier ein Aufgreifen offensichtlich bestehender Grundrechtsdefizite, deren Wurzeln in

³¹ Wess/Rohregger, Der Sachverständige im Strafverfahren – Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH JSt 2014, 200 (206).

³² OGH 26. 3. 1949, 1 Os 154/49 uva, RIS-Justiz RS0101052.

einem vom VfGH als verfassungswidrig erkannten Gesetz gelegen sind, bei analoger Anwendung dieser Bestimmung deshalb nicht möglich sein soll, weil der OGH in den vorangegangenen Entscheidungen bereits einmal mit dieser Causa befasst war, kann der OGH nicht überzeugend erklären. Würde man dieses Argument für valide halten, dann dürfte der OGH auch *nach* einer Verurteilung durch den EGMR nicht mehr tätig werden, denn auch hier hätte er ja selbst bereits einmal den Fall geprüft.

► Auf den Punkt gebracht

Der OGH hat in der Entscheidung vom 27. 8. 2015, 12 Os 51/15i, eine analoge Anwendung des § 363a StPO ohne vorangegangene Entscheidung des EGMR auch in solchen Fällen abgelehnt, in denen er selbst als Rechtsmittelinstanz tätig gewesen war und zeitlich danach der VfGH die Verfassungswidrigkeit einer präjudizialen gesetzlichen Grundlage feststellte. Die dafür gegebene rein formale Begründung des OGH, gestützt auf die Zulässigkeitskriterien der Art 34 und Art 35 Abs 1 und Abs 2 EMRK sowie auf Art 140 Abs 7 B-VG, vermag nicht zu überzeugen. Sie führt im Ergebnis dazu, dass die angesichts des Erkenntnisses des VfGH „zum Greifen nahe“ Grundrechts- und Konventionswidrigkeit, die den vorangegangenen justiziellen Verfahren bzw Urteilen zugrunde liegt, *vor* einer endgültigen Entscheidung des EGMR innerstaatlich nicht aufgegriffen werden kann. Es ist daher fraglich, inwieweit der OGH seinem seit der Grundsatzentscheidung 13 Os 135/06m erhobenen Anspruch, Hüter der Grundrechte im justiziellen Bereich zu sein – er sieht sich dazu aufgerufen, dem Geist der EMRK auch in jenen Fällen Rechnung zu tragen, in denen noch kein Urteil des EGMR gegen Österreich ergangen ist –, weiterhin gerecht wird.

Kennen Sie schon den ZWF-Newsletter?

Immer topinformiert, bei allen wichtigen Entwicklungen – ob Gesetzgebung oder Rechtsprechung, ob national oder international – am Puls der Zeit. Der **ZWF-Newsletter** erscheint einmal wöchentlich und hält Sie auf dem Laufenden. Hier sehen Sie auf einen Blick, was Sie für Ihre tägliche Arbeit wissen müssen. Wirtschafts- und Finanzstrafrecht auf den Punkt gebracht – nicht mehr und nicht weniger. Probieren Sie unser Angebot aus!

Anmeldung unter <http://www.lindeverlag.at/newsletter/anmeldung/fach/> (Newsletter – Fachnews – ZWF-News).

ZWF-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

ZWF-Jahresabo 2019 inkl. Onlinezugang und App

(5. Jahrgang 2019, Heft 1-6)

EUR 220,-

Onlinezugang ab dem Zeitpunkt der Bestellung bis 31.12.2018 gratis. Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort

E-Mail

Telefon (Fax)

Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01 24 630-53

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden.

AGB: www.lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: www.lindeverlag.at/datenschutz

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet.
Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesandten Newsletter widerrufen werden.