

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG



*Chefredakteur* Gerhard Hopf  
*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer  
*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,  
 Martina Weixelbraun-Mohr  
*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

September 2019

17

749 – 796

Aktuelles

Gerichtsgebührenreduktion bei Vergleich im Frühstadium ➔ 749

Beiträge

## Zum Rechtsschutz in Betreff des 11. HptSt der StPO

Eckart Ratz ➔ 759

Die Ablehnung des schwebend unwirksamen Vertrags  
nach § 1016 ABGB

Thomas Reich ➔ 753

Evidenzblatt

Die Erwachsenenvertretung und ihre Erledigung

Martin Lutschounig ➔ 771

Notfallbehandlung einer Untergebrachten uU auch  
gegen Vertreterwillen?

Karl Stöger ➔ 774

Missbrauch der Amtsgewalt bei Klärung  
eines Anfangsverdachts

➔ 779

VfGH

Entscheidungen des VfGH – März-Session 2019

Helmut Hörtenhuber und Stefanie Dörnhöfer ➔ 787

Forum

Gedanken zum Wesen einer Verbesserungs- bzw  
Austauschvereinbarung

Thomas Aigner ➔ 793

# Zum Rechtsschutz in Betreff des 11. HptSt der StPO

Während Besch im Zusammenhang mit der Möglichkeit eines Rücktritts von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der StA gezielt subjektive Rechte eingeräumt wurden, wird bei sonstigem Vorgehen nach dem 11. HptSt der StPO zuweilen ein Rechtsschutzdefizit beklagt, auch in Betreff des Inhalts von Diversionsangeboten. Was den hier untersuchten Rechtsschutz anlangt, erweist sich das ges Programm jedoch als stimmig.

Von Eckart Ratz

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Anträge nach § 208 Abs 2 und § 209 Abs 3
- C. Vorschlag, Fortsetzung des Strafverfahrens und Bereinigung gescheiterter Diversion
- D. Wechselwirkungen beim Vorgehen von StA und Gericht
- E. Geltendmachung subjektiver Rechte in HV und Rechtsmitteln
- F. Feststellung und Ermittlung aus § 281 Abs 1 Z 10a entscheidender Tatsachen
  - 1. Nichtigkeitsbeschwerde
  - 2. Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld
- G. Besonderheiten bei Zusammenarbeit mit der StA
- H. § 281 Abs 1 Z 10a bei Zusammenarbeit mit der StA
  - 1. § 209a
  - 2. § 209b

## A. Einleitung

§ 209 a<sup>1)</sup> spricht bei Zusammenarbeit mit der StA ausdrücklich von einem Recht des Besch<sup>2)</sup> auf ein Vorgehen nach dem 11. HptSt. Dagegen normieren §§ 198f und §§ 35, 37 SMG zwar eine Verpflichtung zu diversionellem Vorgehen, lassen aber nicht von einem subjektiven Recht darauf die Rede sein. Gleiches gilt nach § 209 b Abs 2, weil – im Gegensatz zu § 209 a Abs 1 – dort nicht von einem „Recht“ des Täters die Rede ist, ein Vorgehen nach § 199 zu verlangen. Nach übereinstimmender Auffassung in Schrifttum<sup>3)</sup> und GMat entspricht dies auch dem Willen des historischen Gesetz-

gebers. „Die Wendung ‚hat [...] das Recht, ein Vorgehen nach den §§ 199, 200 bis 203 und 205 bis 209 zu verlangen‘“ umschreibe – so die ErläutRV zu den neu gefassten §§ 209 a und 209 b – „eine zentrale Neuerung gegenüber der geltenden Rechtslage, weil bei Vorliegen aller Voraussetzungen (Abs 1 bis 3) nunmehr ein Rechtsanspruch auf eine Erledigung nach § 209 a bestehen soll“. Zugleich stellen die ErläutRV unmissverständlich klar, dass „ein Wahlrecht bzw Anspruch auf Anwendung einer bestimmten Bestimmung (zB auf Anordnung gemeinnütziger Leistungen) [...] nicht bestehen“ soll. Allerdings: „Dem potentiellen Kronzeugen soll nunmehr die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle der StA und die Möglichkeit der Anwendung der Bestimmung in der Hauptverhandlung offenstehen“.<sup>4)</sup> § 209 a und die übrigen Vorschriften des 11. HptSt sind daher strikt auseinanderzuhalten.<sup>5)</sup> Im Folgenden soll vorerst nur vom Rechtsschutz außerhalb der lex specialis des § 209 a die Rede sein. Die Abweichungen bei Zusammenarbeit mit der StA nach § 209 a werden sodann gesondert abgehandelt. →

- 1) §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO. Belegstellen ohne Autorenenennung stammen vom Autor.
- 2) Der Begriff wird stets iSd § 48 Abs 2 verwendet; die Verwendung ausschließlich der generischen Form dient besserer Lesbarkeit.
- 3) Vgl. Schroll, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe im Divisionsbereich, in Kert/Lehner (Hrsg), FS Höpfel 289 (291); Schütz, Strafgerichtliche Divisionsentscheidungen, in Krauskopf/Zerbes/Brandstetter/Lewisch/Tipold (Hrsg), FS Fuchs 505 (509); Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 7.1007; Schwaighofer in WK<sup>2</sup> SMG § 35 Rz 69.
- 4) ErläutRV 1300 BlgNR 25. GP 12.
- 5) Der Einfachheit halber wird hier und im Folgenden ein von § 281 Abs 1 Z 10a gleichermaßen angesprochenes Vorgehen nach § 37 SMG idR nicht gesondert erwähnt. Was für ein Vorgehen nach § 199 gilt, gilt dort entsprechend.

## ÖJZ 2019/94

§§ 200–204, 205, 208 Abs 2, § 209 Abs 3, §§ 209 a, 209 b, 281 Abs 1 Z 10 a StPO

OGH 18. 6. 2009, 13 Os 56/09 y; OGH 10. 10. 2012, 12 Os 84/12 p; OGH 24. 1. 2019, 12 Os 111/18 t, 112/18 i, 142/18 a, 143/18 y; OGH 5. 3. 2019, 14 Os 144/18 k

Angebot;  
Diversion;  
Ermessen;  
Kronzeuge;  
Rechtsfehler;  
subjektives Recht;  
Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft

**B. Anträge nach § 208 Abs 2 und § 209 Abs 3**

Während sich mit Bezug auf die den ersten (Diversion-) Vorschlag regelnden Vorschriften keine Andeutung für ein subjektives Recht des Besch findet, handeln § 208 Abs 2, § 209 Abs 3 von der Erledigung vom Besch gestellter Anträge. Dabei zeigt sich bereits auf den ersten Blick, dass ein **nach § 208 Abs 2 gestelltes**, auf einen für ihn günstigeren Vorschlag gerichtetes **Begehren** des Besch **keinen Rechtsanspruch geltend macht**. Selbst „wenn neu hervorgekommene oder nachträglich eingetretene Umstände ein solches Vorgehen *erfordern*“ und der Antrag just darauf gründet, trifft StA und Gericht keine Entscheidungspflicht, schon gar keine Pflicht zu einer diesem Erfordernis entsprechenden Entscheidung.<sup>6)</sup> Wird einem Antrag nach § 208 Abs 2 nicht entsprochen, geht es demnach nicht um eine Entscheidung über geltend gemachte Beschuldigtenrechte, weil gerade kein Recht auf einen bestimmten Vorschlag innerhalb der von §§ 200 – 204 festgeschriebenen Grenzen besteht.<sup>7)</sup> Wird der Antrag – unnötigerweise – abgewiesen, erfolgt die Entscheidung folgerichtig nicht als Beschluss, vielmehr als bloß prozessleitende Vfg nach § 35 Abs 2 zweiter Fall und ist solcherart nicht Gegenstand zulässiger Beschwerdeführung nach § 87 Abs 1. Beim „Antrag“ des § 208 Abs 2 handelt es sich demnach um eine bloße Anregung.

Ausdrücklich anders im Fall eines Antrags nach **§ 209 Abs 3**; ein solcher Antrag **betrifft nicht den Inhalt des Vorschlags, verlangt vielmehr Vorgehen aufgrund (irgend-)eines Vorschlags**. Nach Einbringen der Anklage sind denn auch, wie *Schütz* es ausdrückt, „*die Karten [...] grundsätzlich wieder neu gemischt*“.<sup>8)</sup> § 209 Abs 3 erster Satz wird allerdings im Schrifttum als „*lex imperfecta*“ gesehen, weil kein „*durchsetzbarer Anspruch auf eine Entscheidung über einen im Zwischenverfahren gestellten Antrag des Angekl auf diversionelle Erledigung [...] besteht*“; § 209 Abs 3 sehe „*insoweit keine Konsequenzen vor*“.<sup>9)</sup> Bloß feststellende Wirkung von Entscheidung über beantragte Ausübung von Erledigungsbefugnis kennt die StPO nicht. Dagegen zielt der Rechtsbehelf einer NBzWdG just auf Feststellung einer Gesetzesverletzung, und eine konkrete Wirkung der Feststellung wird dem Ermessen des OGH überlassen.<sup>10)</sup> § 87 Abs 1 hinwiederum gesteht – von der StA abgesehen – Besch und anderen Personen Beschwerdelegitimation zu; diesen nur gegen Entscheidungen, welche sie unmittelbar in einem subjektiven Recht verletzen, Besch demgegenüber bereits dann, wenn deren „Interessen unmittelbar betroffen sind“.<sup>11)</sup> Ohne unmittelbare Betroffenheit fehlt nach den ErläutRV die Beschwer.<sup>12)</sup> So gesehen können Besch ihre subjektiven Rechte auch ohne deren unmittelbare Verletzung geltend machen, sobald nämlich darauf fußende „Interessen“ unmittelbar, ihre subjektiven Rechte solcherart mittelbar betroffen sind.<sup>13)</sup>

Im Hauptverfahren kann der Angekl jedenfalls gegen einen Schuldspruch mit Erfolg ein subjektives Recht auf Einstellung des Strafverfahrens nach dem 11. HptSt geltend machen.<sup>14)</sup> Zudem hat der OGH zu 13 Os 41/03<sup>15)</sup> klargestellt, dass § 209 Abs 3 Angekl ein Recht zur Beschwerde zugesteht, das ohne Antrags- und Erledigungsrecht ins Leere ginge. Besteht aber ein Antrags- und Erledigungsrecht, liegt diesem ein

subjektives Recht zugrunde. Noch etwas bringt diese Entscheidung unmissverständlich auf den Punkt: In der HV besteht kein Recht (mehr) auf abgesonderte Beschwerdeführung. Hier greift allein die NB, speziell § 281 Abs 1 Z 10 a. § 209 Abs 3 kann daher nur dahin verstanden werden, dass **Besch nach Einbringen der Anklage das durch Zulässigkeit darauf bezogener Antragstellung und – mit der auflösend bedingten Rechtsfolge unzulässiger Durchführung der HV verknüpften – Beschwerde abgesicherte subjektive Recht auf ein Vorgehen nach § 199 zugestanden wird, das nach Beginn der HV weiterhin ausgeübt, wenngleich nicht zum Gegenstand einer abgesonderten Beschwerde gemacht werden kann**.<sup>16)</sup>

**C. Vorschlag, Fortsetzung des Strafverfahrens und Bereinigung gescheiterter Diversion**

Während Vorschläge (§ 205 Abs 3 zweiter Satz) nach § 200 Abs 4 erster Satz, § 201 Abs 4 erster Satz und § 203 Abs 3 erster und zweiter Satz, also in Betreff von Zahlung eines Geldbetrags, gemeinnützigen Leistungen und Probezeit, das (jeweils) vorschlagende Organ der Gerichtsbarkeit zugunsten des Besch<sup>17)</sup> binden (§ 17 Abs 2), bewirken Rücktritte nach § 200 Abs 1, § 201 Abs 5, § 203 Abs 4 und § 204 Abs 1 – ob vom Gesetz als „*endgültig*“ bezeichnet (§ 201 Abs 5, § 203 Abs 4, § 204 Abs 1 zweiter Fall) oder nicht (§ 200 Abs 1, § 204 Abs 1 erster Fall) – die Ne-bis-in-idem-Sperrwirkung des § 17 Abs 1. Nach iSd §§ 200 – 204 eingeleitetem Vorgehen sich ergebende Tatsachen oder Beweismittel für Unzulässigkeit der Diversion ermöglichen vor Leistungserbringung Fortsetzung (§ 205 Abs 1 erster Satz), nach Leistungserbringung Wiederaufnahme des Strafverfahrens (§ 352 Abs 1).<sup>18)</sup>

6) Im Gegensatz dazu normieren §§ 198f gleichlautend, dass StA oder Gericht bei Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen entsprechend vorzugehen „hat“; so auch § 31 a StGB, wonach das Gericht die Sanktion zu mildern „hat“.  
 7) OGH 12 Os 84/12 p EvBl 2013/27; 17 Os 11/12 i EvBl 2013/41.  
 8) *Schütz* in FS Fuchs 507.  
 9) Vgl *Schroll* in FS Höpfel 292 mwN; *Schroll/Kert* in WK-StPO § 209 Rz 3/2 (in Druck); *E. Leitner* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 209 Rz 15; *Hinterhofer/Oshidari*, Strafverfahren Rz 7.1009; vgl demgegenüber *Schwaighofer* in WK<sup>2</sup> SMG § 35 Rz 69.  
 10) § 292 fünfter bis letzter Satz; bei Erneuerung des Strafverfahrens hinwiederum muss der OGH die konkrete Wirkung einer festgestellten Grundrechtsverletzung zuweilen der Rechtsdurchsetzung außerhalb des Strafverfahrens überlassen, weil den StrafG die Befugnis dazu fehlt; vgl OGH 13 Os 16/09 s EvBl 2009/77; Der Oberste Gerichtshof (OGH) als Hüter der Grundrechte in Strafsachen, in FS Höpfel 229 (240 f) und WK-StPO § 362 Rz 3.  
 11) § 87 Abs 1 und Abs 2 zweiter Satz.  
 12) ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 115; idS auch *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren (2004) Rz 343 und *E. Fuchs*, Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2007, 895 (901).  
 13) Vgl auch *Tipold* in WK-StPO § 87 Rz 6ff.  
 14) § 281 Abs 1 Z 10 a.  
 15) OGH 13 Os 41/03 EvBl 2004/35.  
 16) Dass § 209, anders als noch § 90 I Abs 3 erster Satz idF vor BGBl I 2004/19, kein Beschwerderecht des Besch erwähnt, ist der mit dem StPRefG eingeführten Regelung über generelle Beschwerdezulässigkeit nach Maßgabe des § 87 geschuldet. Aus ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 240 und AB 406 BlgNR 22. GP 22 ergibt sich kein Wille des Gesetzgebers, insoweit eine Änderung vorzunehmen; vgl auch OGH 13 Os 56/09 y EvBl 2009/101.  
 17) § 205 Abs 4, § 208 Abs 2 sehen Abänderbarkeit zugunsten des Besch ausdrücklich vor.  
 18) Der zu OGH 14 Os 144/18 k vom OGH als unbedenklich eingestufte Fortgang des Verfahrens durch prozessleitende Vfg des Vorsitzten-

Auch Vorschlag und nachträgliche Fortsetzung (weil das Vorgehen nach dem 11. HptSt sich als unzulässig erweist oder der Besch Fortsetzung verlangt [§ 205 Abs 1] oder den Vorschlag nicht annimmt [§ 205 Abs 3 zweiter Satz], weil keine Vereinbarung zum Tausch zustande kommt [§ 205 Abs 2 Z 1], die Leistungen [einschließlich eines zwingend damit verbundenen Pauschalkostenbeitrags] nicht erbracht werden, der Besch sich beharrlich dem Einfluss des Bewährungshelfers entzieht oder im Fall von Probezeit oder Tauschgleich vor deren rechtlicher Beendigung ein Strafverfahren eingeleitet wird) sind Entscheidungen. Als **Remedium gegen verkannte Bindung und rechtsfehlerhafte nachträgliche Fortsetzung** nach § 205 Abs 2 stehen im Ermittlungsverfahren Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 Abs 1 Z 1), im Hauptverfahren Einspruch gegen die Anklageschrift (§ 212 Z 8) und Beschwerde (§ 209 Abs 3 zweiter Satz) offen; immerhin amtswegige Vorprüfung des Strafantrags erfolgt durch den ER LG, Rechtsfehlerhafte Fortsetzung zufolge nachträglich erkannter Unzulässigkeit von Vorgehen nach dem 11. HptSt (§ 205 Abs 1 erster Satz) kann nach Maßgabe des Gesetzestextes erst mit NB geltend gemacht werden; eine planwidrige Lücke ist schwerlich zu argumentieren.<sup>19)</sup> Opfer (und damit PB) können kein Recht auf Unterbleiben eines Vorgehens nach §§ 198f, §§ 35, 37 SMG geltend machen. Ohne Verlangen des Besch **unterlassene Fortsetzung** des Strafverfahrens **unterliegt demnach keiner Rechtskontrolle** nach der StPO.<sup>20)</sup>

Zutreffende Information des mit diversionellem Vorgehen konfrontierten Besch sollen § 200 Abs 4 zweiter Satz, § 201 Abs 4 zweiter Satz, § 203 Abs 3 und § 207 sicherstellen. In Betreff frustrierter Geldbeiträge sichert § 205 Abs 5 durch Einspruch wegen Rechtsverletzung und Beschwerde (§ 106 Abs 1 Z 1, § 87 Abs 1) abgesicherten Ausgleich. Dass andere frustrierte Leistungen nach § 205 Abs 5 vierter Satz – im Strafverfahren – nicht zu ersetzen sind, bedeutet nicht zwingend Aussichtslosigkeit von Schadenersatz nach dem AHG.

#### D. Wechselwirkungen beim Vorgehen von StA und Gericht

Ein Vorschlag innerhalb der ges Grenzen der §§ 200–204 kann Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10a nicht begründen; anders jedoch, wenn der Vorschlag die ges Grenzen nicht eingehalten hätte. Entsprechendes gilt für ein nach § 205 Abs 2<sup>21)</sup> gescheitertes Vorgehen nach § 198 oder § 199. Bereits mit einem nach § 209 Abs 3 erster Satz gestellten Antrag kann solche Rechtskontrolle erreicht werden. **Da das Gericht zudem von jenem der StA unabhängiges eigenes Ermessen ausübt, kann es ungeachtet eines innerhalb der ges Grenzen gelegenen Vorschlags der StA und rechtsfehlerfreier Fortsetzung durch die StA (§ 205 Abs 2 und Abs 3 zweiter Satz) seinerseits nach § 199 vorgehen.** Es kann auch Neuerungen für nunmehrige Zulässigkeit eines solchen Vorgehens in Anschlag bringen. Wird solcherart nach § 199 vorgegangen, ist ein Vorschlag statthaft, der demjenigen der StA exakt entspricht; der Vorschlag kann aber für den Besch auch günstiger oder ungünstiger ausfallen.

Auch das BeschwerdeG kann nach eigenem, von demjenigen des angefochtenen Beschlusses unabhängigen Ermessen den Auftrag zu einem Vorgehen nach § 199 erteilen (§ 89 Abs 2 b).<sup>22)</sup> Fraglich mag demgegenüber sein, ob das BeschwerdeG auf den für den Fall von Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10a ges festgelegten Auftrag beschränkt ist, nach den Bestimmungen des 11. HptSt vorzugehen (§ 288 Abs 2 Z 2 a). **Da das Gesetz Vorgehen nach § 199 durch das BeschwerdeG nicht kennt,<sup>23)</sup> kommt Festlegung des Diversionsangebots durch dieses nicht in Frage.** Imperative Hinweise des BeschwerdeG in Überschreitung des Beschwerdegegenstands verletzen als unzulässige (und unwirksame) Weisung an Erstrichter deren verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit.<sup>24)</sup> Gegen StA, die kein angemessenes Diversionsangebot machen, kann zwar Aufsichtsbeschwerde nach § 37 StAG, aber es kann gerade kein Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106) erhoben werden.

#### E. Geltendmachung subjektiver Rechte in HV und Rechtsmitteln

Einfluss auf die Lösung der Schuldfrage haben auch Tatsachen, aufgrund derer anstelle eines Schuldsppruchs nach § 199, nach darauf verweisenden Bestimmungen oder nach § 37 SMG vorzugehen gewesen wäre, also aus § 281 Abs 1 Z 10a entscheidende Tatsachen. Da auch außerhalb des § 209a **während der HV ein subjektives Recht auf Vorgehen nach § 199** oder § 37 SMG besteht, sind Anträge zu darauf bezogener Sachverhaltsklärung für die Schuldfrage und damit aus § 281 Abs 1 Z 4 von Bedeutung und auch sonstige Verfahrensmängel (§ 281 Abs 1 Z 2 und 3) nach Maßgabe des § 281 Abs 3 beachtlich. Inwieweit **selbstbeachtliche Angaben** aufgrund eines Vorgehens nach §§ 198f, nach Fortsetzung (§ 205) oder Wiederaufnahme (§ 352 Abs 1) des Strafverfahrens als Gegenstand eines Verwendungsverbots in Frage kommen, kann ebenfalls aus § 281 Abs 1 Z 4 geprüft

den (§ 35 Abs 2 zweiter Fall) entspricht gerichtlicher Fortsetzung nach § 205 Abs 1 erster Satz unter Verzicht auf die dort verlangten Voraussetzungen der ordentlichen Wiederaufnahme, derer es mangels rk Einstellung nicht bedarf.

19) § 281 Abs 1 Z 10a (§ 468 Abs 1 Z 4, § 489 Abs 1 erster Satz; § 345 Abs 1 Z 12 a); § 485 Abs 1 Z 2.

20) Vgl WK-StPO § 292 Rz 18/9. Schon weil § 205 Abs 3 erster Satz das Fassen eines Fortsetzungsbeschlusses nach § 205 Abs 2 von nicht näher determiniertem Ermessen abhängig macht, gilt dies auch bei gerichtlichen Vorschlägen.

21) Oder nach § 38 Abs 1 oder 1 a SMG.

22) Vgl aber *Schroll* in FS Höpfel 301f, der die Entscheidung, ob nach dem 11. HptSt vorzugehen ist, nicht von diesem Vorgehen selbst unterscheidet und daher im Auftrag des BeschwerdeG, nach dem 11. HptSt vorzugehen, eine kassatorische Entscheidung sehen kann; zudem negiert er schlankerhand die von § 89 Abs 2 a Z 3 verlangten Bedingungen für (erst seit BGBl I 2010/111 [ausnahmsweise] zulässige) Kassation (vgl WK-StPO Vor § 280 Rz 6/1).

23) Verfehlt *Schroll* in FS Höpfel 294 sowie *Schroll/Kert* in WK-StPO § 209 Rz 11/7 (in Druck).

24) Art 87 Abs 1 B-VG; grundlegend *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 58ff; vgl auch Dienstaufsicht, in *Neumayr* (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung 31 (34ff); abw *Schroll* in FS Höpfel 301f, der ungeachtet seiner Bewertung der Vorschrift als lex imperfecta (aaO 292) dem BeschwerdeG in Erledigung einer nach § 209 Abs 3 erhobenen Beschwerde die Befugnis zu einem „Auftrag“, diversionell vorzugehen, und dabei zugestehen will, „in der Begründung klarzustellen, dass eine angemessene, deutlich weniger einflussintensive Diversionslösung geboten wäre.“



werden, wenn ein darauf fußender Antrag gestellt wurde, diese nicht in der HV vorkommen zu lassen.

Während der Erfolg einer Rechtsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 lit b) zum Freispruch führt, es bei **verfehlter Fortsetzung des Strafverfahrens** aber gerade nicht darum, vielmehr um (weiteres) Vorgehen nach dem 11. HptSt, maW um Erledigung außerhalb des Strafverfahrens geht, kommt als materieller NG nur § 281 Abs 1 Z 10 a in Betracht. Mit solcherart zulässiger Anfechtung kann erfolgversprechend reklamiert werden, dass zu Unrecht das Strafverfahren fortgesetzt (§ 205 Abs 1 erster Satz) oder aber trotz weiterhin behahter Zulässigkeit Nichtannahme des Vorschlags (§ 205 Abs 3 zweiter Satz) oder das Vorliegen eines anderen Grundes für nachträgliche Fortsetzung verfehlt in Anschlag gebracht wurde, sei es auch, indem das zutreffend fortgesetzte Strafverfahren zu Unrecht nicht nach § 205 Abs 2 letzter Satz „beendet“ wurde. In all diesen Fällen wäre nach § 199 vorzugehen gewesen,<sup>25)</sup> sodass nach § 288 Abs 2 Z 2 a vom OGH der Auftrag zu erteilen ist, nach den Bestimmungen dieses HptSt vorzugehen. Rechtsfehlerhaft nach dem 11. HptSt verfügten Verfahrensfortgang iSd § 281 Abs 1 Z 10 a können auch Wiederaufnahme nach § 209 a Abs 5 und Fortführung nach § 209 a Abs 6 (§ 209 b Abs 2 letzter Satz), durch StA oder Gericht (§ 209 a Abs 6 [§ 195 Abs 3], § 209 Abs 2 erster Satz), begründen, sei es auch, indem einem Einspruch wegen Rechtsverletzung gegen von der StA verfügten Fortgang nicht stattgegeben wurde. Das (weitere) Vorgehen nach dem 11. HptSt kommt dem nach § 288 Abs 2 Z 2 a beauftragten Gericht,<sup>26)</sup> nicht der StA zu. Im Fall von Einspruch gegen die Anklageschrift (§ 212 Z 8) wird hingegen nach § 215 Abs 3 „das Hauptverfahren beendet und das Ermittlungsverfahren wieder eröffnet.“ Nach den Bestimmungen des 11. HptSt (weiter) vorzugehen hat demnach beim Erfolg des Einspruchs die StA, beim Erfolg der NB jenes Gericht, an welches das RMG den Auftrag richtet. Wiederaufnahme nach § 352 Abs 1 wird nicht nach dem 11. HptSt verfügt.

Das Urteil ist genau dann aus Z 10 a des § 281 Abs 1 nichtig, wenn die darin enthaltenen Feststellungen bei richtiger Rechtsansicht die Nichtanwendung der Diversion nicht zu tragen vermögen oder wenn Ergebnisse der HV auf einen Umstand hindeuten, der für die positive Beurteilung der diversionellen Voraussetzungen den Ausschlag gäbe, das Gericht dazu aber keine Feststellungen getroffen hat.<sup>27)</sup>

Gegenstand der Diversionsrüge ist nur die diversionelle Erledigung als solche, nicht auch der Inhalt des Diversionsangebots.<sup>28)</sup> **Nur ein Vorschlag** (§ 205 Abs 3 zweiter Satz) **außerhalb der von §§ 200 bis 204 normierten Grenzen** (einschließlich eines solchen, der nicht bloß eine der einander ausschließenden Alternativen beinhaltet) **ist rechtsfehlerhaft**, sodass sowohl die Auswahl einer dieser Alternativen (Zahlung eines Geldbetrages oder gemeinnützige Leistungen oder Probezeit oder Tauschgleich) als auch der konkrete Vorschlag innerhalb der ges Grenzen der gewählten Alternative in das – nicht weiter gebundene – Ermessen des jeweiligen Organs der Gerichtsbarkeit fällt. **Missachtung konkreter ges Vorgaben**<sup>29)</sup> **bei Vorschlägen nehmen diesen ihre rechtliche Bedeutung als Vorgehen nach**

**§§ 198 f.**<sup>30)</sup> Dass Diversionsangebote von StA<sup>31)</sup> der Dienstaufsicht und der Überprüfung durch übergeordnete Organe unterliegen,<sup>32)</sup> ändert nichts an der Rechtsnatur des Vorschlags. **Einhaltung ges Ermessensgrenzen ist gerade nicht bloß willensgekürt und kommt folgerichtig auch als Gegenstand von NBzWdG oder Erneuerungsantrag nicht in Betracht.** Zudem geht es beim Vorschlag weder um zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen noch um die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage, mithin um Schuld- oder Freispruch, vielmehr um einen vom österr Recht eröffneten Weg,<sup>33)</sup> welcher an die Stelle dieser Entscheidung tritt und nicht als Alternative zu einem Freispruch in Betracht kommt, sodass es nicht um Grundrechtsschutz nach Art 6 EMRK geht,<sup>34)</sup> während Art 13 EMRK akzessorisch ausgestaltet ist.<sup>35)</sup> Ein nicht angenommener Vorschlag innerhalb der ges Grenzen zeigt also das Nichtvorliegen des NG.

Der neu eingefügte Einspruchsgrund nach § 212 Z 8 ändert nichts daran, dass **unterlassener Anklageanspruch nicht schadet**,<sup>36)</sup> ebenso wenig wie **unterlassener Einspruch** wegen Rechtsverletzung gegen Fortsetzung nach § 209 a Abs 3 dritter Satz, Wiederaufnahme nach § 209 a Abs 5 oder Fortführung durch die StA nach § 209 a Abs 6 (§ 195 Abs 3).<sup>37)</sup> Auch **unterlassene Anträge, nach § 199 vorzugehen**,<sup>38)</sup> stehen erfolgreicher Geltendmachung von Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10 a nicht entgegen. Verfehlte Verneinung des Einspruchsgrundes nach § 212 Z 8 und Abweisung eines Antrags auf ein Vorgehen nach dem

25) Vgl auch WK-StPO § 473 Rz 10.

26) Vgl dazu Punkt D.

27) Richtungweisend *Schütz*, JBl 2001, 329 (EntscheidungsAnm); vgl auch *Fabrizy*, StPO<sup>13</sup> § 281 Rz 95. Die Frage, ob die Tat mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und daher diversionelles Vorgehen ausscheidet (§ 198 Abs 2 Z 1), ist nach den in WK-StPO § 468 Rz 18 dargelegten Grundsätzen zu lösen. Auf die im Strafurteil vorgenommene rechtliche Unterstellung kommt es nicht an (wie hier *E. Leitner* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 281 Z 10 a Rz 1, und *Kier* in *Kier/Wess*, HB Strafverteidigung, Rz 12.137 ff; insoweit irrig *E. Steininger*, Nichtigkeitsgründe<sup>9</sup> § 281 Z 10 a Rz 16).

28) Vgl OGH 12 Os 111/18t, 112/18i, 142/18a, 143/18y EvBl 2019/71; treffend *Schütz* in FS Fuchs, 507f, 523 ff, der sehr zurückhaltend zwar rechtspolitische, nicht aber rechtsdogmatische Kritik anklagen lässt; vgl auch *ders*, JBl 2014, 129 (EntscheidungsAnm); abw hingegen *Schroll* in FS Höpfel 300 ff.

29) ZB § 202 Abs 1 zweiter Satz und § 203 Abs 2 erster Satz, der nur Pflichten erlaubt, „die als Weisungen (§ 51 StGB) erteilt werden könnten“.

30) ZB § 35 Abs 6 SMG.

31) Nicht von Richtern, weil der Vorschlag „in Ausübung des richterlichen Amtes“ (§ 57 Abs 2 RStDG), mithin iSd Art 87 Abs 1 B-VG weisungsfrei geschieht; vgl zum Ganzen, Dienstaufsicht 31.

32) Auch aus Anlass einer Aufsichtsbeschwerde; § 37 StAG.

33) Instruktiv *Schütz* in FS Fuchs 507.

34) Vgl OGH 14 Os 144/18k EvBl 2019/108.

35) Art 47 GRC wird durch § 199 Genüge getan; aM *Leitner* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 281 Z 10 a Rz 4, der unter Berufung auf *Schwaighofer* nicht nur ein subjektives Recht bejaht, vielmehr von einem sogar „erhebliche[n] Rechtsschutzdefizit“ spricht; aM auch *Schroll/Kert* in WK-StPO § 209 Rz 10, 11 ff (in Druck), allerdings ohne Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des Art 6 Abs 1 EMRK und, obwohl sie dem Besch – in Übereinstimmung mit anderen Stimmen im Schrifttum – kein subjektives Recht auf „*diversionellen Verfolgungsverzicht gegenüber der StA*“ zugestehen sowie (zirkulär) bei innerhalb der ges Grenzen liegenden Vorschlägen die Möglichkeit von Willkür unterstellen und so den Bezugspunkt – unbestritten zulässiger (vgl WK-StPO § 292 Rz 7) – Willkürkontrolle verwischen; vgl auch *Schütz* in FS Fuchs 509.

36) Unklar *Schroll* in FS Höpfel 307.

37) Welche als Sonderformen der Beseitigung von Bindungswirkung von § 212 Z 8 nicht erfasst sind.

38) Vgl § 209 Abs 3.

11. HptSt (§ 209 Abs 3) schließen den NG ebenso wenig aus wie eine verfehlt getroffene staatsanwaltliche oder gerichtliche Entscheidung auf Fortführung nach § 209a Abs 6. Nichts anderes gilt bei verfehlt nachträglicher Fortsetzung nach § 209a Abs 1 (§ 205), Fortsetzung nach § 209a Abs 3 dritter Satz oder Wiederaufnahme nach § 209a Abs 5, und zwar auch im Fall von Nichtstattgebung dagegen erhobener Einsprüche wegen Rechtsverletzung.

Die zum Vorgehen nach § 199 angestellten Erwägungen gelten auch mit Bezug auf § 37 SMG; klarzustellen ist, dass zum Nachteil des Besch weder rechtliche noch tatsächliche Bindung an die Angaben eines Abtretungsberichts (§ 35 Abs 9 SMG), einer Feststellung oder Anzeige nach § 36 Abs 1 SMG oder von Bestätigungen nach § 36 Abs 2 SMG besteht.

## F. Feststellung und Ermittlung aus § 281 Abs 1 Z 10a entscheidender Tatsachen

### 1. Nichtigkeitsbeschwerde

Was die Bindung an tatrichterliche Sachverhaltsannahmen anlangt, sind die aus § 281 Abs 1 Z 10a entscheidenden Tatsachen prozessualen Tatsachen vergleichbar. Damit sind „Gründe des Prozessrechts“ für einen Freispruch gemeint. §§ 311, 337, 345 Abs 1 Z 11 lit b machen klar, dass insoweit keine den Tatrichtern vorbehaltenen Tatsachenfeststellung vorliegt, weil die Existenzbehauptung des Untersatzes der Rechtsfolgebestimmung nicht den gem Art 91 Abs 2 B-VG zur Lösung der Schuldfrage allein zuständigen Geschworenen, vielmehr ausschließlich den Berufsrichtern zukommt.<sup>39)</sup> Der OGH ist in **Betreff prozessualer Tatsachen an eigenständiger Feststellung demnach nicht gehindert**.<sup>40)</sup> Zwar führt Bejahung der für ein Vorgehen nach dem 11. HptSt entscheidenden Tatsachen nicht zum Freispruch, steht aber gleichermaßen „aus Gründen des Prozessrechtes“ einer Verurteilung entgegen.<sup>41)</sup> Soweit sie sich nicht mit dem Wahrspruch vorbehaltenen, für Schuld- oder Subsumtionsfrage entscheidenden Tatsachen decken,<sup>42)</sup> wäre ihre Verneinung im Urteil eines GeschworenenG demnach dem SchwurGH vorbehalten<sup>43)</sup> und könnte folgerichtig ohne Verstoß gegen Art 91 Abs 2 B-VG – wenngleich unter Beachtung des Neuerungsverbots –<sup>44)</sup> vom OGH korrigiert werden.<sup>45)</sup> Die Feststellung einem Vorgehen nach dem 11. HptSt entgegenstehender Tatumstände ist anfechtbar nach **§ 281 Abs 1 Z 5 und Z 5a**.<sup>46)</sup> Die „Feststellung“ nach § 209a Abs 5 letzter Teilsatz ist für erkennendes Gericht und RMG nicht bindend. Gegenstand von § 281 Abs 1 Z 10a ist nur die rechtsfehlerhafte Beurteilung der tatsächlichen Urteilsannahmen, nicht aber deren einwandfreie Ermittlung.<sup>47)</sup> Einwandfreie Ermittlung der ein Vorgehen nach § 199 bedingenden Tatumstände ist Sache der **Z 2 bis 4 des § 281 Abs 1**.

### 2. Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld<sup>48)</sup>

Da nach § 199 (arg „hat“) kein Schuldspruch ergehen darf, soweit die Voraussetzungen für eine Diversion vorliegen, kommen Feststellungen über (bloß) „aus

§ 281 Abs 1 Z 10a entscheidende Tatsachen“ auch als Gegenstand der Schuldberufung in Frage. Erweist sie sich als begründet, ist nach § 475 Abs 4 vorzugehen. Unbegründet wäre sie jedoch, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für nachträgliche Fortsetzung des Strafverfahrens vorlagen; sogar dann, wenn im Fall des § 205 Abs 2 Z 3 letzter Satz nach dem angefochtenen Urteil das neue Strafverfahren auf andere Weise als durch Schuldspruch beendet wurde. Erklärt zB der Angekl im Rechtsmittel, den zuvor abgelehnten Diversionvorschlag nunmehr anzunehmen (§ 205 Abs 3 zweiter Satz), liegt keine **bedenkliche Beweiswürdigung in Betreff** dieser für die **Frage, ob nach dem 11. HptSt vorzugehen gewesen wäre, entscheidenden Tatsache** vor. Auch die Erklärung, nunmehr das Verlangen nach Fortsetzung (§ 205 Abs 1 zweiter Satz) zurückzunehmen, wäre unbeachtlich. Mit der Erlaubnis zu „Neuerungen“ hat das übrigens nichts zu tun, weil diese nur das Vorbringen in Hinsicht auf einen bereits gegebenen, nur eben nicht geklärten Sachverhalt betrifft. „Strengbeweis“<sup>49)</sup> gilt in Betreff bloß „aus § 281 Abs 1 Z 10a entscheidender Tatsachen“ nicht, daher auch nicht der jeweils erste Satz der Abs 1 und 2 des § 473.<sup>50)</sup>

## G. Besonderheiten bei Zusammenarbeit mit der StA

Die dogmatische Struktur des § 209a ist eine Kombination von Diversion und Opportunitätsprinzip.<sup>51)</sup> Demnach unterscheidet § 209a Abs 3 zwischen Leistungen und Zusammenarbeit und ist nach Leistungserbringung nicht (bloß) von der Verfolgung (endgültig) zurückzutreten, sondern das Verfahren – nicht anders als bei Wahrnehmung des Opportunitätsprinzips nach § 192 – „einzustellen“. Statt des Auftrags zur Leis-

39) Wenn die gegenüber § 258 Abs 1 zweiter Satz spezielle Vorschrift des § 252 Abs 2 und 2a (s auch die vergleichbaren Vorschriften der §§ 263, 315) gleichwohl deren Vorkommen in der HV verlangt, geschieht dies nur deshalb, um die von Art 6 Abs 1 EMRK verlangte Öffentlichkeit (worunter auch die Mündlichkeit des § 258 Abs 1 verstanden wird) sicherzustellen; vgl WK-StPO § 281 Rz 620.

40) Über dabei einzuhaltende Beweisregeln ist damit nichts gesagt; vgl den Hinweis zu OGH 12 Os 82/15 y EvBl 2015/160.

41) Vgl § 311 Abs 1.

42) Zu § 314 Abs 1 erster und zweiter Fall s WK-StPO § 345 Rz 43.

43) Vgl § 209 Abs 2 erster Satz.

44) Vgl § 281 Abs 1 Z 10a: „vorzugehen gewesen wäre“.

45) Vgl demgegenüber *Schroll* in FS Höpfel 297 ff, der weder die ausdrückliche Regelung des § 288 Abs 2 Z 2a noch den Umstand ernst zu nehmen scheint, dass § 209 Abs 2 erster Satz die Entscheidung über das Vorliegen der für ein Vorgehen nach § 199 oder § 37 SMG entscheidenden Tatsachen – nicht anders als im Fall sog „prozessualer Tatsachen“ – im geschworenengerichtlichen Verfahren allein den Berufsrichtern vorbehält und solcherart der Entscheidungsfindung durch den OGH unter dem Aspekt des Art 91 B-VG gerade nicht entzieht. Er schließt solcherart – losgelöst von ges Bindungen – bloß aus eigener Anschauung über Zweckmäßigkeit auf (normative) Entscheidungskompetenz.

46) Im geschworenengerichtlichen Verfahren § 345 Abs 1 Z 11 lit b iVm § 281 Abs 1 Z 5 oder auch Z 5a. Zur Anfechtung mit Mängel- und Tatsachenrüge s WK-StPO § 288 Rz 40 ff.

47) OGH 14 Os 84/06 v EvBl 2007/39; RIS-Justiz RS0119092; zust *E. Steiner*, Nichtigkeitsgründe<sup>6</sup> § 281 Z 10a Rz 16; *E. Leitner* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 281 Z 10a Rz 2.

48) § 473 Rz 10.

49) Vgl WK-StPO § 281 Rz 42.

50) Vgl WK-StPO § 281 Rz 661; verfehlt OGH 12 Os 82/15 y EvBl 2015/160.

51) ErläutRV 1300 BlgNR 25. GP 11 (krit *Lewisch*); instruktiv zum Ganzen *ders* in *Kier/Wess*, HB Strafverteidigung, Rz 9.1 ff.

tungserbringung und Zusammenarbeit ist das Verfahren fortzusetzen; „nachträglich“ entfällt, weil die Fortsetzung hier als Alternative, nicht wie in § 205 Abs 2, als Folge eines Diversionsangebots vorgesehen ist. Erteilt die StA dem an sie herangetretenen Täter einen Leistungs- und Zusammenarbeitsauftrag, ist sie zufolge § 209 a Abs 3 erster Satz daran ebenso gebunden wie im Fall eines Vorschlags nach §§ 200 – 203 (§ 205 Abs 3 zweiter Satz). Diese Bindung entfällt bei Leistungsmängeln (iSd § 205 Abs 2) und – trotz mangel-freier Leistungserbringung (und Einstellung unter dem Vorbehalt späterer Verfolgung; § 209 a Abs 4) – bei Wiederaufnahme nach § 209 a Abs 5 (wegen mangelhafter Zusammenarbeit) oder Fortführung des Verfahrens nach § 209 a Abs 6 (über Antrag des Rechtsschutzbeauftragten). Einstellung, Wiederaufnahme und Fortführung setzen unterlassene Fortsetzung des Verfahrens demnach voraus; unzulässiger Fortsetzung des Verfahrens hinwieder kann mit Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 Abs 1 Z 1), einem Antrag nach § 209 Abs 3 erster Satz und NB begegnet werden.

Die – anstelle des Gerichts<sup>52)</sup> der StA zukommende Befugnis zur Wiederaufnahme fußt auf dem Umstand, dass im Opportunitätsprinzip Wahrung von „Interessen des Staates in der Rechtspflege“ liegt, die § 1 StAG, § 192 nicht den Gerichten, vielmehr der StA übertragen.<sup>53)</sup> Während es bei der Entscheidung über die Fortführung eines nach § 192 eingestellten Verfahrens um die ges Grenzen dieser Vorschrift, nicht aber um das der StA dadurch eingeräumte Ermessen geht,<sup>54)</sup> ist Prozessgegenstand der Einstellungskorrektur durch Fortführung die rechtsstaatliche Überprüfung der Voraussetzungen für die (erst deshalb zulässigerweise aufgetragene) Zusammenarbeit ex nunc.<sup>55)</sup> **Da es dabei um Fortführung, nicht um Fortsetzung geht, sind Leistungsstörungen<sup>56)</sup> nicht Gegenstand der nach § 209 a Abs 6 zu treffenden Entscheidung.** Unterlassene Fortsetzung ohne Verlangen des Besch unterliegt also auch in den Fällen der §§ 209 a, 209 b keiner Rechtskontrolle nach der StPO. **Auch unterlassene Wiederaufnahme nach § 209 a Abs 5 unterliegt keiner Gerichtskontrolle.** Im Gegensatz zu unterlassener Wiederaufnahme kann Einstellung „unter dem Vorbehalt späterer Verfolgung“ durch Fortführung des Verfahrens über Antrag (bloß) des Rechtsschutzbeauftragten außer Kraft gesetzt werden, sei es durch die StA (§ 195 Abs 3), sei es durch Gerichtsentscheidung.

Da § 209 a Abs 1 ausdrücklich ein Recht des herangetretenen Täters normiert, ist verweigerter Rücktritt nach § 209 a Abs 2 ebenso Gegenstand von Einspruch wegen Rechtsverletzung wie Fortsetzung nach § 209 a Abs 3 dritter Satz,<sup>57)</sup> wegen mangelhafter Leistung oder aus anderen Gründen unterlassene Einstellung nach § 209 a Abs 4, Wiederaufnahme nach § 209 a Abs 5 und Fortführung durch die StA nach § 209 a Abs 6 (§ 195 Abs 3). Einspruch gegen einen innerhalb der ges Grenzen (§§ 200 bis 203) liegenden Vorschlag scheidet ebenso aus wie gegen den – ges zwingenden – Zusammenarbeitsauftrag. Gar wohl einer Rechtskontrolle über Einspruch wegen Rechtsverletzung unterliegen jedoch aufgetragene konkrete Verhaltensweisen und ein außerhalb der ges Grenzen der §§ 200 – 203 liegender Vorschlag.

## H. § 281 Abs 1 Z 10 a bei Zusammenarbeit mit der StA

### 1. § 209 a

Bezugspunkt der von § 209 a Abs 1 angesprochenen Aufklärung sind Straftaten; just das ist nach § 1 Abs 1 Gegenstand des Strafverfahrens. Nach Maßgabe des ges Programms umfassend geklärt ist der Sachverhalt einer Straftat bei der Entscheidung über Schuld- oder Freispruch (§ 259 Z 3, § 260 Abs 1 Z 1 und 2), sei es durch das erkennende oder das RMG „in der Sache“.<sup>58)</sup> **Für die Lösung der Schuldfrage unerhebliche Tatsachen kommen als Information iSd § 209 a Abs 1 nicht in Betracht.** Die einem Schuldspruch (§ 260 Abs 1 Z 2) nachgeordnete Sanktionsfindung (§ 260 Abs 1 Z 3) interessiert nicht, sodass bloß die Sanktionsfindung betreffende Informationen aus § 209 a Abs 1 unbeachtlich sind. Dass nur „wesentliche“ Informationen und nur solche in Frage kommen, die die Schuldfrage bezüglich der davon erfassten Straftaten „umfassend“ klären lassen können, spricht zusätzliche Bedingungen für ein Vorgehen nach § 209 a an. In Betreff der Wesentlichkeit des Beitrags ist erforderlichenfalls die Verlesung der iSd § 209 a Abs 1 geoffenbarten Angaben zu beantragen.<sup>59)</sup>

Unter der Bedingung eines von der StA gegen einen Dritten geführten Verfahrens iSd § 209 a Abs 1 kommt es nur auf „umfassende Aufklärung“ an. **Ob die Aufklärung zum Schuld- oder Freispruch des Dritten führt, ist nach § 209 a Abs 1 bedeutungslos.** Hätte also nach Maßgabe der vom OGH bei der Entscheidung über die NB, also zeitlich später, eingenommenen – objektiv<sup>60)</sup> rechtsrichtigen Sicht die Beurteilung der vom herantretenden Täter geoffenbarten Information dazu geführt, die Tat(en) des Dritten von vornherein als verjährt zu beurteilen und von einem Verfahren gegen diesen abzusehen, weil keine Straftat aufzuklären ist,<sup>61)</sup> wurde jedoch ein Strafverfahren geführt, hatte also die Information – wenngleich aufgrund rechtsfehlerhafter Beurteilung durch das verfahrensführende Organ der Gerichtsbarkeit – ein Strafverfahren, maW ein „Verfahren zur Aufklärung von Straftaten“, tatsächlich zur Folge, kommt es auf dessen Ausgang für die Beurteilung von Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10 a für den nach § 209 a Herangetretenen nicht an; genug daran, dass er (aus seiner Sicht) zutreffende tatsächliche Informationen geoffenbart hat (während es auf seine rechtliche Beurteilung nicht ankommt). Da neben einem Schuldspruch auch ein Freispruch zum

52) § 352 Abs 1.

53) Vgl § 192; instruktiv *Wiederin*, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in *Giese/Holzinger/Jablonek* (Hrsg), FS Stolzelechner (2013) 741 (754); *ders*, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28; vgl auch Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren, ÖJZ 2018, 351 (353f).

54) § 195 Abs 1.

55) Vgl § 209 a Abs 6 letzter Satz, der auf § 195 Abs 1 nicht verweist.

56) § 205 Abs 2.

57) Vgl ErläutRV 1300 BlgNR 25. GP 9.

58) § 288 Abs 2 Z 3 erster Satz, §§ 471, 474, 476, 489 Abs 1 zweiter Satz.

59) § 281 Abs 1 Z 4.

60) Vgl WK-StPO § 345 Rz 60.

61) Vgl § 101 Abs 1 zweiter Satz; ÖJZ 2018, 354; iSd auch OGH 17 Os 3/18x EvBl 2018/149.



Strafverfahren gehört, würde sonst die Verneinung einer Straftat die Rechtsnatur der vorangegangenen Sachverhaltsklärung als „Strafverfahren“ iSd § 1 Abs 1 beseitigen, maW erneute Verfolgung iSd Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK ermöglichen. Wieder anders gewendet, steht Rechtsfehlerhaftigkeit des Auftrags (§ 209 a Abs 3 erster Satz) ohne rechtsrichtige Fortsetzung (§ 205 Abs 2), Wiederaufnahme oder Fortführung (§ 209 a Abs 5 oder 6) Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10 a nicht entgegen. Was in Betreff der gegenüber jener der StA veränderten rechtlichen Sicht (letztlich) des OGH gilt, gilt auch in Betreff einer gegenüber der Beurteilung durch die StA veränderten Beweislage im Urteilszeitpunkt. Aus Sicht des nach § 209 a Abs 1 herangetretenen Täters **unrichtige Informationen** stehen erfolgreicher Geltendmachung des NG entgegen, nicht aber aus dessen Sicht richtige Informationen, aus denen verfahrensführende Organe verfehlte tatsächliche oder rechtliche Schlüsse ziehen. So hat denn auch bei Beurteilung der Frage, ob die Informationen einen „wesentlichen“ Beitrag iSd § 209 a Abs 1 zu liefern vermochten, nach den ErläutRV<sup>62)</sup> außer Betracht zu bleiben, dass „die Verurteilung des Dritten“ infolge Zurechnungsunfähigkeit oder Strafbarkeitsverjährung unterblieben ist, aber auch, wenn „sich die StA bei Einbringung der Anklage, nicht jedoch das Gericht im Urteil auf die Angaben des Kronzeugen stützt, oder das Gericht das Verfahren diversionell erledigt“. Auf mangelnden Beitrag „zur Verurteilung des Täters“ soll es daher nicht ankommen, stattdessen auf „den fehlenden wesentlichen Beitrag iSd Abs 1“. Indem § 209 a Abs 1 gerade nicht die Perspektive der StA, vielmehr einen objektiven Blickwinkel einnimmt, bindet das Gesetz das über das Vorliegen des NG entscheidende RMG gerade nicht an deren (wenngleich damals zutreffend eingenommene) Perspektive.<sup>63)</sup>

Aus § 281 Abs 1 Z 10 a kann zugunsten des Angekl reklamiert werden, dass dieser schon vor Vernehmung oder Zwangsausübung iSd § 209 a Abs 2 an die StA herangetreten ist.<sup>64)</sup> Eine Zwangsmaßnahme iSd § 23 Abs 1 a ist jedenfalls **Zwang iSd § 209 a Abs 2**. Indem § 93 Abs 2 zwischen ges Pflichten und deren Erzwingung unterscheidet, stellt demgegenüber Ermahnung an die Zeugnispflicht (§ 161 Abs 1 erster Satz [§ 154 Abs 2]) keine Zwangsmaßnahme dar.<sup>65)</sup>

#### Gegenstand von Anfechtung aus § 281 Abs 1 Z 10 a sind Rechtsfehler bei

- Verneinung von Voraussetzungen nach § 209 a Abs 1,
- Bejahung von Ausschlusskriterien nach § 209 a Abs 2,
- Bejahung des (spezialpräventiven) Bestrafungserfordernisses nach § 209 a Abs 3 (demnach rechtsfehlerhafte Fortsetzung nach § 209 a Abs 3 dritter Satz),
- nachträglicher Fortsetzung (§ 209 a [§ 205], demnach rechtsfehlerhaft unterlassene Einstellung nach § 209 a Abs 4),
- Wiederaufnahme (§ 209 a Abs 5),
- Fortführung durch StA oder Gericht nach § 209 a Abs 6 (§ 195 Abs 3) sowie
- Ermessensmissbrauch beim Zusammenbauauftrag.

Die Reklamation des NG führt allerdings nur zum Erfolg, wenn Feststellungsmängel in Betreff aller von § 209 a Abs 1 und 3 erster Satz normierten, nicht ohnehin festgestellten Auftragserfordernisse geltend gemacht werden, weil sich das Vorbringen zu diesem NG ansonsten als unschlüssig erweist.<sup>66)</sup> Nur als Rechtsmangel<sup>67)</sup> aufzuzeigen wären unterlassene Feststellungen zur Erfüllung des Auftrags zu Leistungen und Zusammenarbeit; in derartigen Fällen wäre nämlich im Hauptverfahren nach dem 11. HptSt vorzugehen gewesen. Auch ein erst im Hauptverfahren gestelltes Verlangen nach § 209 a Abs 1 kann Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10 a begründen, ist aber mit Blick auf § 209 a Abs 2 kaum praktisch. Unterlassene Anträge auf Anwendung des § 41 a StGB<sup>68)</sup> sind nicht Gegenstand der NB.

#### § 281 Abs 1 Z 10 a liegt nicht vor, wenn

- Leistungen nicht vollständig erbracht wurden oder vor Ablauf der Probezeit wegen einer anderen Straftat ein nicht auf andere Weise als durch Schuldpruch beendetes Strafverfahren eingeleitet wurde (innerhalb von drei Monaten ab Anklage; § 205 Abs 2 Z 3),<sup>69)</sup> in welchem Fall zwar nicht „fortzusetzen“ (§ 205 Abs 2), wohl aber nicht nach § 209 a Abs 4 „einzustellen“ ist,
- die Zusammenarbeitsverpflichtung nicht vollständig erfüllt wurde oder „keinen wesentlichen Beitrag“ zur „umfassenden Aufklärung über den eigenen Tatbeitrag hinaus“ oder zur Ausforschung einer „führenden“ Person erbracht hat oder
- das Vorliegen der Voraussetzungen des § 209 a Abs 1 von vornherein ausgeschlossen ist; dann ist nämlich „ein Vorgehen“ sinnlos, ebenso wie ein gescheitertes (wenngleich nicht willkürlich durch missbräuchliche Verpflichtung konterkariertes, solcherart rechtlich gerade nicht als solches zu qualifizierendes) Vorgehen die Reklamation unterlassenen Vorgehens als unschlüssig erweist.<sup>70)</sup>

Hingegen ist der NG erfüllt, wenn die Voraussetzungen des § 209 a Abs 1 vorlagen (in Frage kommende Straftaten, freiwilliges Herantreten an die StA, reumütiges Geständnis und geoffenbartes Wissen, das „wesentlich“ zur umfassenden Aufklärung einer Katalogtat oder zur Ausforschung einer führenden Person beiträgt), der Angekl im Zeitpunkt des Herantretens nicht als Besch bereits vernommen oder prozessualen Zwang ausgesetzt war und nicht spezialpräventive Bedürfnisse eine Bestrafung verlangten; dies unter

62) ErläutRV 1300 BlgNR 25. GP 9, 14.

63) Vgl WK-StPO § 468 Rz 30.

64) ErläutRV 1300 BlgNR 25. GP 9, 12.

65) Vgl den Hinweis zu OGH 12 Os 3/19 m, 4/19 h EvBl 2019/64; vgl auch Nordmeyer in WK-StPO § 193 Rz 14 ff, und Schroll/Kert in WK-StPO § 209 a Rz 52 (in Druck).

66) Zu Unschlüssigkeit einer (gesamten) NB vgl demgegenüber WK-StPO § 288 Rz 1 f.

67) Zur Unterscheidung von Feststellungsmangel und Rechtsfehler mangels Feststellungen s RIS-Justiz RS0122332; RS0119884.

68) Vgl § 209 a Abs 3 letzter Satz.

69) Ein aus § 281 Abs 1 Z 4 relevanter Anspruch auf Vertagung bis zum Abschluss des neuen Strafverfahrens besteht ebenso wenig wie ein Recht auf Wiederaufnahme angesichts dessen nachträglicher Erledigung iSd § 205 Abs 2 letzter Satz (§ 353 e contr).

70) Nur nach Maßgabe dieser Zulässigkeitsanfordernisse (§ 285 d Abs 1) ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Auftrag iSd § 209 a Abs 3 zutrafen.



(Mit-)Einbeziehung<sup>71)</sup> des Ergebnisses einer Abwägung des Gewichts des Tatbeitrags einerseits und der Information andererseits.

**2. § 209 b**

Gegenstand auf Missachtung zwingender Regelungen des § 209 b bezogener Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 10 a sind Rechtsfehler bei Nichtannahme von

- Verständigung iSd § 209 b Abs 1,
- Mitarbeitereigenschaft,
- Zusammentreffen der Straftat des Mitarbeiters mit der Zuwiderhandlung des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung, maW einer Idealkonkurrenz entsprechendes – also unter der Annahme der Kompetenz des Gerichts auch zur Sanktionierung der Zuwiderhandlung bestehendes – Zusammentreffen der Rechtskategorien im objektiven Tatbestand,<sup>72)</sup>
- Überwiegen des Gewichts des Aufklärungsbeitrags (des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung) gegenüber dem Gewicht der mit der Zuwiderhandlung im objektiven Tatbestand zusammenstreichenden Straftaten sämtlicher Mitarbeiter<sup>73)</sup> sowie
- Erklärung des jeweiligen Mitarbeiters, sein gesamtes Wissen über solche eigene und fremde Straftaten zu offenbaren.

Von den Fällen des § 209 a Abs 5 kommt als Ausschlussgrund für den NG nur das Offenbaren unrichtiger erheblicher Tatsachen in Betracht. § 209 a Abs 5 Z 2 zweiter und dritter Fall scheiden als sachfremd aus: Weder muss das geoffenbarte Wissen wesentlich sein, noch geht es um die Verschleierung eigener führender Tätigkeit.<sup>74)</sup> Notwendige Bedingung für den NG sind einerseits Verständigung des BKA und andererseits Erklärung des angeklagten Mitarbeiters (§ 209 b Abs 1 und 2). Prozessförmig geltend gemacht wird der NG daher nur, wenn sich der Bf darauf beruft.

Tatsächliche oder rechtliche Bindungswirkung entfaltet der Inhalt der Verständigung des BKA nicht. Bezugspunkt der Prüfung sind daher auch hier die Urteilsfeststellungen und dazu (als Ausnahmesatz)<sup>75)</sup> geltend gemachte Rechtsfehler mangels Feststellungen. Ebenso wenig kommt es auf die rechtliche Bewertung durch den BKA an; genug daran, dass er eine Verständigung iSd § 209 b Abs 1 zum Ausdruck gebracht hat. Hat er das nämlich nicht getan, wäre nicht nach der auf § 199 verweisenden Bestimmung des § 209 b vorzugehen gewesen. Der Inhalt der Erklärung nach § 209 b Abs 2 ist – normativ vorgegeben und daher weder wahr noch falsch – (nur) Maßstab für das einem Vorgehen nach § 209 b entgegenstehende Folgeverhalten des angeklagten Mitarbeiters, welches gegeben ist, wenn dieser in Betreff der erwähnten Eigen- und Fremddelinquenz StA oder Gericht gegenüber nicht sämtliche ihm bekannten erheblichen Tatsachen oder aber unrichtige erhebliche Tatsachen geoffenbart hat.

§ 209 b Abs 3 macht schließlich klar, dass nicht nur Mitarbeiter, sondern – im Verfahren nach dem VbVG – auch Verbände von § 209 b begünstigt werden. Der NG ist zu verneinen, wenn in Betreff der erwähnten Eigen- und Fremddelinquenz StA oder Gericht gegenüber nicht sämtliche dem Mitarbeiter bekannten erheblichen Tatsachen oder unrichtige erhebliche Tatsachen geoffenbart werden.

71) Vgl aber Schroll/Kert in WK-StPO § 209 a Rz 57 (in Druck), die „unter Berücksichtigung“ als Ausdruck einer taxativen Regelung missverstehen; vgl auch ErläutRV 1300 BlgNR 25. GP 9, 13: „jedenfalls auch“ – damit gerade nicht „nur“.  
 72) Vgl WK-StGB Vor § 28 Rz 11.  
 73) § 209 b Abs 1 spricht von der Verfolgung sämtlicher, nicht bloß eines Teils der Mitarbeiter.  
 74) Vgl ErläutRV 1009 BlgNR 24. GP 3, wo nur auf § 209 b Abs 1 abgestellt wird.  
 75) Vgl WK-StPO § 281 Rz 602.

**→ In Kürze**

Ein subjektives Recht auf Vorgehen nach dem 11. HptSt besteht im Ermittlungsverfahren nur im Fall des § 209 a. Nach Einbringen der Anklage jedoch besteht auch sonst ein solches subjektives Recht. Geltend gemacht werden kann es im Zwischenverfahren durch einen Antrag nach § 209 Abs 3, gegen dessen Abweisung dem Angekl Beschwerde zusteht. Schon davor steht Anklageeinspruch wegen rechtswidriger nachträglicher Fortsetzung offen. In der HV können aus § 281 Abs 1 Z 4 mit Nichtigkeit bewehrte Anträge zum Nachweis der Voraussetzungen für ein Vorgehen nach dem 11. HptSt gestellt, die Feststellung einem solchen Vorgehen entgegenstehender Tatumstände nach § 281 Abs 1 Z 5 und Z 5 a – im ER-Verfahren auch durch Schuldberufung – angefochten und mit § 281 Abs 1 Z 10 a ein materieller NG geltend gemacht werden. Die Feststellung für ein Vorgehen nach dem 11. HptSt entscheidender Tatsachen ist formfrei, bedarf nicht nach Art 91 Abs 2 B-VG der Mitwirkung aus dem Volk und ist daher auch dem OGH möglich. Der Inhalt des Vorschlags ist nicht Sache des RMG; gerichtliches Vorgehen nach dem 11. HptSt obliegt stets dem ErstG. Ein innerhalb der ges Grenzen gelegener Vorschlag unterliegt keiner gerichtlichen Ermessenskontrolle. Überschreitung der ges Grenzen bedeutet, dass nicht nach dem 11. HptSt vorgegangen wurde.

**→ Zum Thema**

**Über den Autor:**  
 Dr. Eckart Ratz, Präsident des OGH iR, ist Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien, Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO sowie Redakteur des EvBl der ÖJZ.  
 E-Mail: eckart.ratz@univie.ac.at  
**Vom selben Autor erschienen:**  
 Rechtsmittel gegen Urteile (2015); Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis der StPO, ÖJZ 2018, 951; Neues zum Disziplinarverfahren gegen Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte und Notare, ÖJZ 2019, 346; Zur Sanierung von Verfahrensmängeln – zugleich ein Beitrag zu den Beweisverboten, ÖJZ 2019, 654; Dienstaufsicht, in Neumayr (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung – nach außen und nach innen (2019) 31.

