

## Österreich

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar; Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, MBA; RAA Mag. Sandra Alton, alle Wien

# Weisungen des Vorstands einer AG als Ausschluss des Befugnismissbrauchs des GmbH-Geschäftsführers?

Immer wieder berufen sich in Wirtschaftsstrafsachen GmbH-Geschäftsführer darauf, dass ihre Befugnis durch eine klare Weisung des Vorstands der Mutter-Gesellschaft erweitert worden sei, sie daher die Befugnis nicht missbraucht hätten. Dazu führt der Oberste Gerichtshof in 110s 52/15d wie folgt aus:

„Gesellschafter einer GmbH sind gegenüber deren Geschäftsführern weisungsbefugt (§ 20 Abs 1, auch § 25 Abs 5 GmbHG). Ist die einzige Gesellschafterin der GmbH eine AG (hier die C\*\*\*\*), wird deren Befugnis (zur Weisung oder Zustimmung) durch ihren Vorstand wahrgenommen. Dessen Weisung könnte daher an sich einen Befugnismissbrauch (auf Ebene der Tochtergesellschaft) ausschließen (*Fuchs*, Das Libro-Urteil des OGH: Analyse und Implikationen, in *Lewisch* [Hrsg] Jahrbuch Wirtschaftsrecht 2014, 13; *McAllister*, Untreue bei gesellschaftsrechtswidriger Vermögensverschiebung im Konzern?, ÖJZ 2015, 730 [736]; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro- Entscheidung, *ecolex* 2014, 496 [499]). Das aber nur dann, wenn diese Weisung (oder Zustimmung) überhaupt rechtswirksam, also für den Geschäftsführer der GmbH verbindlich ist. Bei Weisungen (Gesellschafterbeschlüssen), die - etwa wegen Strafgesetzwidrigkeit - (absolut) nichtig (und nicht bloß im Sinn des § 41 GmbHG anfechtbar) sind, ist dies nicht der Fall (zum Ganzen *Enzinger in Straube* ua, GmbHG § 20 Rz 33 f sowie § 41 Rz 13 f und 25; *Reich-Rohrwig in Straube* ua, GmbHG § 25 Rz 191; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 20 Rz 9 und § 41 Rz 14 und 16; vgl auch 6 Ob 290/98k; 3 Ob 287/02f; [zur Wirkungslosigkeit einer Einwilligung mit Bezug auf § 169 StGB] 110s 114/95).“

Daraus folgt, dass eine Weisung der Organe der Muttergesellschaft für den GmbH-Geschäftsführer nur dann strafbefreiend ist, wenn nicht die Weisung selbst zB einen Untreuevorwurf begründet. (*Kirchbacher* in Aktuelle Entwicklungen in der Judikatur des OGH in Strafsachen, Vortrag 13.6.2016)

## I. Der Sachverständige der Staatsanwaltschaft als „Zeuge der Anklage“?

Nur wenig hat in den letzten Jahren für mehr strafprozessuale Diskussionen gesorgt als die Frage, ob der (von der Staatsanwaltschaft bestellte) Sachverständige des Ermittlungsverfahrens im gerichtlichen Hauptverfahren herangezogen werden darf. Trotz der mittlerweileigen Änderung der Rechtslage im § 126 Abs 5 StPO präsentiert das Höchstgericht seine Sicht der Dinge zum Rechtsstand davor in 11 Os 51/15g wie folgt:

„Die Betroffene hat sich während des Hauptverfahrens (erfolglos: ON 40, 43, 51, ON 59 S 5) gegen die Bestellung (ON 40) und die Tätigkeit (ON 59 S 7 verso ff) des - bereits von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren beigezogenen (ON 1 S 3, ON 7; schriftliches Gutachten ON 8) - Sachverständigen aus dem Fach der Neurologie und Psychiatrie durch

das Gericht gewandt und eine darin gelegene Verletzung der Waffengleichheit (Art 6 MRK) behauptet (ON 39, 42, 49, ON 59 S 3 verso).

Gegen die Abweisung ihres (vor Beginn der Vernehmung des Sachverständigen; vgl 15 Os 52114g [15 Os 53/14d]; 11 Os 5/15t) in der Hauptverhandlung gestellten Antrags (ON 59 S 3 verso f) richtet sich ihre Verfahrensrüge (Z 4).

Deren Erledigung ist vor auszuschicken:

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde der Betroffenen stellte der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 28. Oktober 2014, GZ 11 Os 86/14b-5, gemäß Art 89 Abs 2 B-VG iVm Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag, die Wortfolge "Sachverständigen oder" in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO idF BGBl 1 2004/19 wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben.

Mit Erkenntnis vom 10. März 2015, AZ. G 180/2014, G 216/2014, G 232/2014, G 42/2015, G 77/2015, sprach der Verfassungsgerichtshof (ua für das gegenständliche Verfahren) aus, dass die Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 dritter Satz StPO idF BGBl 2004/19 verfassungswidrig war.

Danach stand diese Bestimmung im bis 31. Dezember 2014 geltenden gesetzlichen Umfeld (zur mit 1. Jänner 2015, BGBl 2014/71, in Kraft getretenen Novellierung der Bestimmungen über die Bestellung von Sachverständigen in der StPO im vorliegenden Zusammenhang vgl Ratz, ÖJZ 2015, 5; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 370; dagegen *Wess/Rohregger* in ZWF 2015, 112 [116 ff]) - nur, aber immerhin - insoweit im Widerspruch zu Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall MRK, als sie dem Angeklagten (hier: der Betroffenen) selbst dann verwehrte, das Vorliegen von Hinweisen auf eine (aus dessen Tätigkeit im Ermittlungsverfahren resultierende) „objektive“ (ie strukturelle) Befangenheit (§ 43 Abs 1 Z 3 StPO) des im Hauptverfahren beigezogenen Sachverständigen mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, wenn der Sachverständige vom Staatsanwalt mit der Durchführung von Ermittlungen - allenfalls auch in Form eines Erkundungsbeweises (§ 103 Abs 2 iVm § 91 Abs 2 StPO) - betraut war und sich die Anklage primär auf dessen Expertise stützt (Rz 39 des VfGH-Erkenntnisses).

Die Abweisung des auf die Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren (strukturelle Befangenheit) gestützten Antrags auf dessen Nichtbeziehung widerspräche daher - ausgehend von den Erwägungen des Verfassungsgerichtshofs - im Anlassfall dann Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall MRK, wenn er (mit oder ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft) Ermittlungen in Form eines Erkundungsbeweises durchgeführt und sich das erkennende Gericht (bei der Feststellung entscheidender Tatsachen) „primär“ auf sein Gutachten gestützt hätte. Das Urteil wäre (nur) bei kumulativem Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen in Stattgebung der Verfahrensrüge aufzuheben.

Hier war der Sachverständige, wovon sich der Oberste Gerichtshof in freier Beweiswürdigung aufgrund des Aktenstandes überzeugen konnte (§ 285f StPO; vgl RIS-Justiz RS0118977; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 50), ausschließlich damit betraut, nach entsprechender Befundaufnahme kraft seines medizinischen Fachwissens Aufschluss über den - auf Basis der damaligen Verdachtslage bereits indizierten (ON 5, 6) - psychischen Zustand der Betroffenen zu geben, um eine Beurteilung deren Zurechnungsfähigkeit (§ 11 StGB) und des Vorliegens der Voraussetzungen des § 21 Abs 1, Abs 2 StGB sowie des § 45 Abs 1 StGB zu ermöglichen (ON 7). Die Grenzen dieses Auftrags hielt er strikt ein (ON 8). Er war daher keineswegs mit (eigenständigen) Ermittlungen, umso weniger mit Erkundungsbeweisführung (vgl RIS-Justiz RS0118123 [T2]) befasst.

Schon deshalb wurden - entgegen der Verfahrensrüge - Verteidigungsrechte (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) der Betroffenen nicht hintangesetzt, ohne dass es darüber hinaus einer Klärung der Frage bedürfte, ob das angefochtene Urteil „primär“ auf das Gutachten dieses Sachverständigen gestützt wurde.

Darauf, dass das Erstgericht überdies auf Kontrollbeweise zurückgriff (vgl insoweit 13 Os 43/14v), indem es seinen Ausspruch über entscheidende Tatsachen auch auf die - mit der Einschätzung des Sachverständigen im Einklang stehenden - Krankengeschichten der Beschwerdeführerin (ON 5, 6) und (in der Unterbringungssache der Betroffenen, AZ 5 Ub 171/13k des Bezirksgerichts Linz, eingeholten) Expertisen zweier weiterer medizinischer Sachverständiger aus dem Fach der Psychiatrie (ON 4, 9 und 11 in ON 14) gründete (US 8), sei bloß noch ergänzend hingewiesen."

Aus dieser und gleich gelagerten Entscheidungen leitet der Oberste Gerichtshof seinen - für den Verteidiger wesentlichen - Rechtssatz zu RIS-Justiz RS0130056 ab:

"Die Abweisung eines auf die Tätigkeit des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren wegen struktureller Befangenheit gestützten Antrags auf dessen Nichtbeiziehung im Hauptverfahren kann (nach der vor BGBl 1 2014/71 geltenden Rechtslage) nur dann wegen Verstoßes gegen Art 6 Abs 3 lit d zweiter Fall EMRK mit Verfahrensrüge bekämpft werden, wenn der Sachverständige mit oder ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft Ermittlungen in Form eines Erkundungsbeweises durchgeführt hat und sich das erkennende Gericht bei der Feststellung entscheidender Tatsachen primär (also ohne Kontrollbeweise) auf sein Gutachten stützt. Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen." (*Kirchbacher* in Aktuelle Entwicklungen in der Judikatur des OGH in Strafsachen, Vortrag 13.6.2016)

## II. Tatprovokation als Verfolgungshindernis

Schon länger gibt es, vor allem im Suchtmittelbereich, Diskussionen über die rechtliche Bedeutung von Tatprovokationen. Bis dato wurde diese im Rahmen der Strafzumessung als Milderungsgrund gewertet.

Mit 1.6.2016 ist jedoch die Bestimmung des § 133 Abs. 5 StPO „Von der Verfolgung eines Beschuldigten wegen der strafbaren Handlung, zu deren Begehung er nach § 5 Abs. 3 verleitet wurde, hat die Staatsanwaltschaft abzusehen. § 191 Abs. 2 gilt sinngemäß.“ in Kraft getreten.

§ 5 Abs. 3 StPO besagt „Es ist unzulässig, Personen zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958) widerstrebenden Weise zu verleiten, oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken.“

Der Oberste Gerichtshof hat sich nun erstmals in seiner Entscheidung 12 Os 5/16a vom 14.7.2016 mit dieser Thematik beschäftigt und hierzu folgendes ausgeführt:

„Unzulässige Tatprovokation liegt dann vor, wenn eine Person durch dem Staat zurechenbares Verhalten zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) widerstrebenden Weise verleitet wird. Von einer legitimen verdeckten Ermittlung unterscheidet sie sich dadurch, dass sich die für den Staat handelnden nicht auf eine im Wesentlichen passive Ermittlung strafbarer Aktivitäten beschränken, sondern einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Tat verleitet wird, die sie sonst nicht begangen hätte. Beurteilungskriterien hierfür sind, ob objektive Verdachtsmomente dafür bestanden haben, dass die Person an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder der Begehung einer Straftat zugeneigt war, und ob auf sie Druck ausgeübt wurde, die Tat zu begehen. Eine im Wesentlichen passive Haltung geben die Behörden etwa dann auf, wenn die Person wiederholt kontaktiert wird, das Angebot trotz anfänglicher Weigerung wiederholt wird, die Person beharrlich aufgefordert, überredet oder unter (psychischen) Druck gesetzt wird. Kein Grund für die Annahme des Verdachts einer Beteiligung am Rauschgifthandel besteht etwa dann, wenn die Person nicht vorbestraft war, kein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet worden war und nichts darauf hindeutete, dass sie schon tatgeneigt war, bevor sie von Polizeibeamten kontaktiert wurde.“

In Bezug auf die dargestellten Kriterien obliegt den staatlichen Behörden die Beweislast. Soweit der vom Angeklagten erhobene Vorwurf nicht völlig unplausibel ist, haben diese zu beweisen, dass keine unzulässige Tatprovokation stattgefunden hat.“

Das Höchstgericht legt hiermit einerseits genaue Kriterien für die Unzulässigkeit einer Tatprovokation fest und stellt auch klar, dass ganz im Sinne des Grundsatzes in dubio pro reo, bei glaubhafter Behauptung einer unzulässigen Tatprovokation durch den Angeklagten, die Beweislast für das Nichtvorliegen derselben bei der Anklagebehörde liegt.

## III. Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers

Im gegenständlichen Fall ist eine zivilrechtliche Entscheidung von besonderem Interesse für die Praxis der Strafverteidigung und die Haftungssituation dieser Berufsgruppe, weshalb ausnahmsweise hier auf die Entscheidung des OGH 8 Ob 89/15 v hingewiesen werden soll:

"Mit Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 6.3.2006 wurde der Kläger - neben drei weiteren Angeklagten - des Verbrechens des schweren Betrugs als Beitragstäter schuldig erkannt und zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt. Ihm wurde zur Last gelegt, durch die Herstellung manipulierter Unterlagen (Rechnungen der Firma I\*\*\*\*\*) dazu beigetragen zu haben, dass Beamte des Finanzamts B\*\*\*\*\* - durch Täuschung mit einem falschen Beweismittel - zur Anerkennung eines (fingierten) Anspruchs der Firma I\*\*\*\*\* auf Umsatzsteuererrückvergütung verleitet wurden. Aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes hob der Oberste Gerichtshof am 26.2.2008 dieses Urteil in den Schuldsprüchen auf.

In dem daraufhin vor dem Landesgericht Wiener Neustadt geführten Strafverfahren war der Beklagte als Verteidiger des Klägers tätig. In der Verhandlung vom 07.11.2011 gab der Kläger folgende Erklärung ab: "Ich bekenne mich schuldig in dem Sinne, dass ich diese Belege wohl auf Anweisung des Steuerberaters hergestellt habe. Dazu bekenne ich mich schuldig. Alles andere kann ich nur Ihnen überlassen. Ich kann dazu nicht mehr sagen. Ich habe weder Kohle daraus gesehen, es war eine Entscheidung in wenigen Minuten, das herzustellen, aufgrund der Anweisung. Insofern bin ich schuldig."

Mit rechtskräftigem Urteil vom 21.11.2011 wurde der Kläger - neben zwei weiteren Angeklagten - des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB schuldig erkannt. Dafür wurde er zu einer Geldstrafe von 206.000 EUR, im Nichteinbringungsfall zu sechs Wochen Ersatzfreiheitsstrafe unter Anrechnung der erlittenen Vorhaft, verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, die (von den unmittelbaren Tätern) zur Bewirkung einer Verkürzung der Umsatzsteuer (durch Täuschung iSe Aufnahme manipulierter Rechnungen in das buchhalterische Rechenwerk) verwendeten manipulierten Unterlagen hergestellt zu haben.

Mit Bescheid vom 25.6.2012 wurde der Kläger als Haftungspflichtiger gemäß § 11 BAO für aushaftende Abgabenschuldigkeiten an Umsatzsteuer 02/2002 in Höhe von 1.025.595,06 EUR der abgabenschuldigen Firma I\*\*\*\*\* in Anspruch genommen. Zur Begründung wurde auf das rechtskräftige Strafurteil verwiesen. Gemäß § 11BAO sei er daher für die angeführte Abgabenschuldigkeit zur Haftung heranzuziehen. Mit Berufungsentscheidung des unabhängigen Finanzsenats vom 9.8.2013 wurde die Haftung des Klägers auf einen Betrag von 800.000 EUR an Umsatzsteuer 02/2002 eingeschränkt. In der Folge traf der Kläger mit der Finanzbehörde eine Abschlagszahlungsvereinbarung, mit der er sich zu einer Zahlung von 190.000 EUR zur Generalbereinigung verpflichtete.

Der Kläger begehrte den zuletzt genannten Betrag vom Beklagten. Seine Verteidigung sei auf einen Freispruch ausgerichtet gewesen. Über Empfehlung des Beklagten habe er sich schuldig bekannt, wobei ihm der Beklagte zugesichert habe, dass eine Haft infolge Anrechnung der Untersuchungshaft ohnehin nicht mehr anfallen werde und im Übrigen mit der Verurteilung keine nachteiligen Folgen zu erwarten seien. Nur aufgrund dieser Zusicherung sei die Verteidigungslinie geändert worden. Bei vollständiger Aufklärung durch den Beklagten hätte es kein Schuldeingeständnis des Klägers gegeben, weshalb es im fortgesetzten Strafverfahren zu einem Freispruch gekommen wäre. Es hätte sich nämlich gezeigt, dass er kein Fehlverhalten gesetzt habe.

Der Beklagte entgegnete, dass er den Haftungsanspruch des Staats gegenüber dem Beklagten weder rechtswidrig noch schuldhaft verursacht habe. Die finanzstrafrechtliche Verurteilung stelle eine Rechtsfolge dar, die keinen ersatzfähigen Schaden begründe. Im gerichtlichen Strafverfahren gelte zudem der Grundsatz der objektiven Wahrheitsforschung. Ein Geständnis entbinde das Gericht daher nicht davon, den tatsächlichen Tathergang durch Aufnahme von Beweisen zu klären. Auch ohne Geständnis des Klägers wäre es daher zu einer Verurteilung gekommen. Darüber hinaus stehe die Rechtskraftwirkung der strafgerichtlichen Verurteilung einer Überprüfung des Schuldspruchs im Zivilprozess entgegen. Der Kläger habe das Geständnis aus freien Stücken abgelegt. Schließlich habe er den Kläger über die haftungsrechtlichen Folgen einer finanzstrafrechtlichen Verurteilung bereits im Vorfeld der Verhandlung aufgeklärt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Der Behauptung des Klägers, bei richtiger Beratung wäre das Schuldgeständnis unterblieben und ein Freispruch erfolgt, stehe die materielle Rechtskraft der strafgerichtlichen Verurteilung entgegen. Er könne sich im folgenden Verfahren nicht darauf berufen, dass er die Tat nicht begangen habe und daher unschuldig sei.

Das Berufungsgericht leistete der Berufung des Klägers Folge, hob das Urteil des Erstgerichts auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Aufgrund der materiellen Bindungswirkung einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung habe das Zivilgericht, solange die strafrechtliche Erkenntnis nicht beseitigt sei, bindend davon auszugehen, dass der Verurteilte die im Strafurteil festgestellte Tat tatsächlich begangen habe. Einem strafgerichtlich verurteilenden Erkenntnis komme in diesem Umfang auch gegen jeden Dritten, gegen den im Zusammenhang mit der dem Strafurteil zugrunde liegenden Handlung oder Unterlassung des Verurteilten Ansprüche geltend gemacht würden, bindende Wirkung zu. Der Kläger mache aber keinen Anspruch im Zusammenhang mit der im Strafurteil festgestellten Handlung, sondern eine vertragliche Haftung des Beklagten aus dem Bevollmächtigungsvertrag geltend. Es sei gerade die Aufgabe des Strafverteidigers, die Interessen seines Mandanten zu wahren und dessen Verteidigungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten im Strafverfahren auszuschöpfen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts bestehe für die hier zu behandelnden Ansprüche des Klägers keine Bindungswirkung der strafgerichtlichen Verurteilung. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil zur Frage, ob sich die Bindungswirkung einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung auch auf Ansprüche des Verurteilten aus einer Fehlberatung gegenüber dem im Strafverfahren tätig gewesenen Verteidiger erstrecke, höchstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Gegen den Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts richtet sich der Rekurs des Beklagten, mit dem er die Abweisung des Klagebegehrens anstrebt.

Mit seiner Rekursbeantwortung beantragt der Kläger, dem Rekurs den Erfolg zu versagen.

Der Rekurs ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen zulässig. Er ist auch berechtigt.

1.1 Die zu beurteilende Konstellation weist eine deutliche Nähebeziehung zur Haftung eines Sachverständigen für ein im Strafverfahren erstattetes Gutachten auf.

Nach Lehre und Rechtsprechung haftet ein Sachverständiger, der im Prozess ein unrichtiges Gutachten abgibt, den Parteien gegenüber persönlich nach § 1299 ABGB. Dies gilt auch für den im Strafverfahren bestellten Sachverständigen zugunsten des Angeklagten bzw. Beschuldigten. Allerdings kann in Strafsachen der Verurteilte, solange das Verfahren noch anhängig oder ein verurteilendes Strafurteil aufrecht ist, vom Sachverständigen, auf dessen Gutachten sich das Urteil stützt, nicht Schadenersatz wegen unrichtiger Begutachtung begehren (8 Ob 36/14y; 6 Ob 83/14w je mwN). Diese Grundsätze gelten nicht nur für die unmittelbar aus einer Verurteilung resultierenden Schäden, sondern ebenso für die Geltendmachung von Verteidigungskosten oder Sachverständigengebühren (9 Ob 67/03y; 8 Ob 36/14y).

1.2 Der Grund für diese Beschränkung der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs durch den Verurteilten liegt in der Bindungswirkung des rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils. Solange das rechtskräftige verurteilende strafgerichtliche Erkenntnis nicht beseitigt ist, hat das Zivilgericht bindend davon auszugehen, dass der Verurteilte die im Strafurteil festgestellte Tat tatsächlich begangen hat (verstSen 1 Ob 612/95; 6 Ob 83/14w; 2 Ob 106/14y). Als "Tat" sind dabei die Handlungen und Unterlassungen anzusehen, die nach dem Inhalt des Strafurteils den Tatbestand der strafbaren Handlung darstellen, wegen denen die Verurteilung erfolgt ist. Von der Bindungswirkung sind somit die Umstände, die die Schuldfrage betreffen, und die rechtliche Subsumtion unter einen bestimmten Tatbestand umfasst (9 ObA 254/98p). Das Zivilgericht darf demnach keine vom Strafurteil abweichenden Feststellungen über den Nachweis der strafbaren Handlung, ihre Zurechnung und den Kausalzusammenhang zwischen der strafbaren Handlung und ihren Folgen treffen (9 Ob 67/03y).

Daraus folgt gleichzeitig, dass sich der Verurteilte in keinem nachfolgenden Rechtsstreit einer anderen Partei gegenüber (arg: gegen jedermann [verstärkter Senat 1 Ob 612/95]) darauf berufen darf, dass er die Tat, wegen der er strafgerichtlich verurteilt wurde, nicht begangen hat, unabhängig davon, ob der andere am Strafverfahren beteiligt war oder in welcher verfahrensrechtlichen Stellung er dort aufgetreten ist (RIS-Justiz RS0074219; 9 Ob 67/03y).

Solange das Strafverfahren anhängig oder das verurteilende Strafurteil aufrecht ist, schließt es die Ausgestaltung des strafrechtlichen Rechtsschutzsystems im Interesse der Rechtssicherheit und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege somit aus, dass eine Überprüfung

der im Strafverfahren ergangenen Entscheidung (des Schuldspruchs) durch das Zivilgericht erfolgt (8 Ob 36/14y; vgl auch 2 Ob 106/14y).

2.1. Der Kläger stützt sein Begehren auf das Vorbringen, dass er bei pflichtgemäßer Aufklärung (über die Haftungsfolgen nach § 11 BAO im Fall einer Verurteilung nach §33 FinStrG) kein Geständnis abgelegt hätte; das Strafverfahren wäre fortgesetzt worden und hätte mit einem Freispruch geendet, weil sich gezeigt hätte, dass er kein Fehlverhalten gesetzt habe; der Haftungsfall wäre daher nicht eingetreten.

Damit behauptet der Kläger, die strafbare Handlung der Abgabenhinterziehung, wegen der er rechtskräftig verurteilt wurde, in Wirklichkeit nicht begangen zu haben. Dies setzt notwendigerweise das weitere Vorbringen voraus, dass er (bei pflichtgemäßem Handeln des Verteidigers) nicht verurteilt worden wäre und die Verurteilung daher falsch sei. Könnte sich der Kläger im nachfolgenden Zivilverfahren auf diese Behauptung berufen, so hätte dies zur Folge, dass das rechtskräftige Strafurteil vom Zivilgericht überprüft werden müsste. Genau dieser Konsequenz steht aber die Bindungswirkung des rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils entgegen. Das Gleiche würde im Übrigen gelten, wenn der Verurteilte (nur) die Beweisbarkeit der strafbaren Handlung bestreitet. Auch in diesem Fall müsste er behaupten, dass die Verurteilung (ohne Anwaltsfehler) nicht erfolgt wäre.

2.2. Warum im Schadenersatzprozess gegen den Verteidiger wegen eines angeblichen Beratungsfehlers von diesem Grundsatz eine Ausnahme bestehen und anderes als für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen einen Sachverständigen gelten soll, ist nicht ersichtlich. Die Einholung eines Gutachtens im Strafverfahren dient der Erforschung der materiellen Wahrheit, soll also die Grundlage dafür schaffen, die Schuld oder Unschuld des Angeklagten festzustellen (9 Ob 67/03y; 2 Ob 106/14y). Ähnliches gilt für ein (hier relevantes) Geständnis des Angeklagten. Das Strafverfahren steht nämlich unter der Maxime der Erforschung der materiellen Wahrheit. Es geht demnach um die Aufklärung des realen Geschehensablaufs. Aus diesem Grund enthebt auch ein Geständnis des Angeklagten das Gericht nicht von der Pflicht zur weiteren Nachforschung, ob das Geständnis dem realen Geschehen entspricht. Das Geständnis des Angeklagten ist demnach einer Überprüfung im Hinblick auf andere Beweismittel zu unterziehen. Ebenso ist das Gericht an das Ergebnis eines Sachverständigengutachtens nicht gebunden (*Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 3 StPO Rz 31; *Danek in Fuchs/Ratz*, WK-StPO §332 StPO Rz 5). Mit seiner Argumentation, ohne Geständnis wäre er freigesprochen worden, behauptet der Kläger, dass die Verurteilung falsch sei. Damit greift er nicht nur das Geständnis (als eine Grundlage des Strafurteils) an, sondern wendet sich auch gegen das - aus der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit resultierende - Ergebnis, dass keine gegenteiligen Beweisergebnisse bestanden. Für eine derartige Überprüfung des rechtskräftigen Strafurteils kann aber nicht das Zivilverfahren, sondern nur der Rechtsschutz im Strafverfahren, allenfalls in Form einer Wiederaufnahme, zur Verfügung stehen.

2.3. Die Überlegungen des Berufungsgerichts, der Kläger mache keinen Anspruch aus der im Strafurteil festgestellten Handlung, sondern eine vertragliche Haftung des Beklagten geltend, und es sei Aufgabe des Strafverteidigers, die Interessen seines Mandanten zu wahren, ändert nichts daran, dass eine Schadenersatzpflicht des Verteidigers nur im Fall eines (vom Zivilgericht hypothetisch nachvollzogenen) Freispruchs denkbar wäre.

Auch der Kläger vermag für seine Ansicht keine Begründung anzuführen. Zur Situation eines Privatgutachters stellt er nur die Behauptung auf, dass für diesen die Judikatur zum gerichtlichen Sachverständigen wohl nicht gelten könne; dem Verurteilten müsse es als Vertragspartner möglich sein, gegen den Privatgutachter, der ein falsches Gutachten erstellt und dadurch ein Verhalten gesetzt habe, aus dem eine strafgerichtliche Verantwortung resultiert sei, Ansprüche geltend zu machen. Was der Kläger damit genau meint, wird nicht ganz verständlich. Sollte er sich auf ein (falsches) belastendes Privatgutachten eines vom Verurteilten beauftragten Gutachters beziehen, so wäre kaum vorstellbar, dass ein Angeklagter ein solches Gutachten im Strafverfahren vorlegt.

3.1. Zusammenfassend ergibt sich:

Die Bindungswirkung eines rechtskräftigen strafgerichtlichen Urteils hat zur Folge, dass eine Überprüfung des aufrechten Schuldspruchs, dh der Umstände, die die Schuldfrage betreffen, und der rechtlichen Subsumption unter den zur Last gelegten Tatbestand, in einem nachfolgenden Zivilverfahren (hier: Schadenersatzprozess gegen den Verteidiger) ausge-

geschlossen ist. Der Verurteilte kann sich in einem nachfolgenden Zivilverfahren daher nicht erfolgreich darauf berufen, dass die Verurteilung falsch sei. Für eine derartige Überprüfung eines rechtskräftigen Strafurteils kann nur der Rechtsschutz im Strafverfahren, allenfalls in Form einer Wiederaufnahme, zur Verfügung stehen.

3.2. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts hält der Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof somit nicht stand. Der Sachverhalt ist nicht ergänzungsbedürftig; auch der vom Kläger geltend gemachte sekundäre Feststellungsmangel zu seiner Stellung im Unternehmen der Firma I\*\*\*\*\* liegt nicht vor. Vielmehr ist das Klagebegehren abzuweisen, weshalb die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen ist."

Das bedeutet zusammenfassend für die Praxis der Strafverteidigung, dass auch die falsche Rechtsberatung des Angeklagten hinsichtlich der weiteren Rechtsfolgen einer Verurteilung und der dennoch erfolgten Empfehlung eines Geständnisses, solange keine Schadenersatzverpflichtungen nach sich zieht, als der Schuldspruch des Strafgerichts nicht aufgehoben wurde. Die Bindungswirkung an diesen Schuldspruch steht dem entgegen. Hingewiesen sei aber auf widersprechende Meinungen des Schrifttums (vgl. *Klicka*, ÖJZ 2016/52, 381), weshalb dem Strafverteidiger zu besonderer Sorgfalt bei der Rechtsberatung geraten werden muss. Dergestalt ist dringend angeraten sich über sämtliche Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung vorab genauestens zu informieren. (*Kier* in Aktuelle Entwicklungen in der Judikatur des OGH in Strafsachen, Vortrag 13.6.2016)

#### IV. Selbstanzeige; Tatbegriff bei Verfolgungshandlung

Eine Verfolgungshandlung nach § 14 Abs 3 FinStrG hat die Person, gegen die sie sich richtet, die Abgabenart, den Abgabenzeitraum und einen damit in Zusammenhang stehenden Vorwurf zu beinhalten. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH bildet die Jahreserklärung zu einer Steuerart das kleinste nicht mehr teilbare Element des Sachverhalts, also eine selbständige Tat im materiellen Sinne, weshalb das Abstellen auf Nichtabgabe bzw Abgabe einer falschen Jahreserklärung ausreicht.

Wird eine Verfolgungshandlung ein bestimmtes Veranlagungsjahr betreffend wegen des Verdachts der Verkürzung von Umsatzsteuer durch Verschweigen bestimmter Umsätze in der Abgabenerklärung gesetzt, ist auch die der Behörde noch nicht bekannte Geltendmachung von Vorsteuern aus Scheinrechnungen für denselben Zeitraum von der Sperrwirkung erfasst (*Reger/Nordmeyer/Hacker/Kuroki*, FinStrG<sup>4</sup> (2013 § 14 Rz 11)). So wie der Tatbegriff des FinStrG ist auch der Begriff der Verfolgungshandlung unteilbar.

(BFG 3. 11. 2015, RV/7 104788/2015)

Anmerkung

Ob für §29 FinStrG auch der „weite“ Tatbegriff - wie vom BFG vertreten - maßgeblich sein soll, ist bislang höchstgerichtlich ungeklärt. Nach Rechtsansicht mancher Autoren soll für Zwecke der Selbstanzeige ein „segmentierter“ Tatbegriff zum Tragen kommen (*Leitner/Brandl*, Strafaufhebung auf Grundlage der Steuerabkommen CH-AT und FL-AT, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2013 [2014] 23 [47]). Sie führen dies insbesondere auf teleologische Gesichtspunkte zurück. Die überwiegende Meinung im Schrifttum vertritt jedoch auch für die Selbstanzeige den „weiten“ Tatbegriff (zum Tatbegriff im Sinne des § 29 Abs 3 lit b FinStrG und zum Meinungsstand siehe im Detail *Schrottmeyer*, Selbstanzeige nach § 29 FinStrG2 (2012] Rz 762-801 bzw *Schrottmeyer*, Selbstanzeige nach § 29 FinStr G3 Rz 934-974, in Druck).

(*Rainer Brandl / Roman Leitner* in *ZWF* 2016/13)