



universität
wien

DISSERTATION

„Einstellung von Strafverfahren gegen Zahlung eines Geldbeitrages im Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland

Suche nach den Anwendungsobergrenzen unter begleitender Betrachtung großer Wirtschaftsfälle“

Ass. iur. Volker Malzkorn

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Hannes Schütz

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	III
A. Einleitung.....	1
B. Informationelle Ausgangspunkte und Begrenzung des Gegenstandes der Arbeit.....	3
I. Informationen über die staatsanwaltliche und die gerichtliche Praxis.....	3
1. Situation in Österreich.....	3
2. Situation in Deutschland	5
3. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen.....	7
II. Wirtschaftsfälle bzw Wirtschaftskriminalität und typische Täter- und Fallstrukturen	8
III. Begleitend zu betrachtende Wirtschaftsfallbeispiele	11
1. Causa S.....	12
2. Causa Lombard-Club	12
3. Causa Hypo Alpe Adria	14
4. CDU-Spendenaffäre	15
5. Causa Mannesmann.....	16
C. Suche nach Anhaltspunkten für mögliche Anwendungsobergrenzen in den Entstehungsgeschichten und den Gesetzesbegründungen	19
I. Situation in Österreich.....	19
II. Situation in Deutschland	20
III. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen	21
D. Vergleichende Analyse der Vorschriften unter besonderem Blickwinkel auf mögliche Anwendungsobergrenzen sowie Schlussfolgerungen und Bewertungen	23
I. Einleitende Bemerkungen	23
1. Aufbau der Prüfung	23
2. Wesensmerkmale und Zielsetzungen der Vorschriften sowie Schlussfolgerungen für die weitere Analyse	24
II. Starre, deliktbezogene Anwendungsvoraussetzungen	29
1. Situation in Österreich.....	29
2. Situation in Deutschland	30
3. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen.....	31
a. „Strafmaßanknüpfungen“	31
b. Ausnahmsweise Anknüpfung an die „Gerichtszuständigkeit“ in Österreich gegenüber der ausnahmslosen „Strafmaßanknüpfung“ in Deutschland	36
c. Vergehen und Verbrechen	39
d. Delikte mit Todesfolge	40
e. Official- und Privatklagedelikte	41
f. Ergebnisse.....	42
III. Anwendungsvoraussetzungen mit erheblichen Beurteilungsspielräumen	43

1. Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung	43
a. Situation in Österreich	43
b. Situation in Deutschland	44
c. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen	45
2. Schuldbezogene Anwendungsvoraussetzungen	50
a. Österreichische Anwendungsvoraussetzung	50
(1) Inhalt und Anwendungsbereich	50
(2) Heranzuziehende Umstände	56
b. Deutsche Anwendungsvoraussetzung	64
(1) Inhalt und Anwendungsbereich	64
(2) Heranzuziehende Umstände	69
c. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen	76
3. Präventionsbezogene Anwendungsvoraussetzungen und Geldauflagenregelungen	79
a. Österreichische Anwendungsvoraussetzung	79
(1) Inhalt und Anwendungsbereich	79
(2) Heranzuziehende Umstände	85
b. Deutsche Anwendungsvoraussetzung	90
(1) Inhalt und Anwendungsbereich	90
(2) Heranzuziehende Umstände	96
c. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen	102
IV. Notwendige Zustimmungserfordernisse	107
1. Situation in Österreich	107
2. Situation in Deutschland	108
3. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen	108
V. Die Anwendungsvoraussetzungen bzw die wesentlichen Ergebnisse im Lichte der Gesamtbegrenzungs-systeme sowie abschließende Bewertungen und Schlussfolgerungen	111
1. Anwendungsvoraussetzungen	111
2. Eigene Bewertungen der Anwendungs-obergrenzen	117
a. Schuldbezogene Anwendungs-obergrenzen in Österreich und Deutschland ..	117
b. Präventionsbezogene Anwendungs-obergrenze in Deutschland	118
3. Ausfüllung der schuld- und präventionsbezogen Beurteilungsspielräume im Konkreten	121
E. Vorzugswürdige Lösung und Änderungsvorschläge	125
Anhang: Rechtslage ab 18.06.2009 in Österreich und Rechtslage ab 04.07.2009 in Deutschland	129
I. (Mögliche) Auswirkungen der veränderten Tagessatzhöhe auf die Diversionsvorschrift	129
II. (Mögliche) Auswirkungen der veränderten Tagessatzhöhe auf die Einstellungsvorschrift	132
INHALTSANGABE	133
LEBENS-LAUF	135

LITERATURVERZEICHNIS

- BAUMANN, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972, 273
- BENSON/KERLEY, Life Course Theory and White Collar Crime in Contemporary Issues in Crime and Criminal Justice: Essays in Honor of Gil Geis (2001), 121
- BERTEL/VENIER, Strafprozessrecht, 3. Auflage (2009)
- BEULKE/FAHL, Untreue zum Nachteil der CDU durch Dr. Kohl, NStZ 2001, 426
- BIRKLBAUER, Reform der Diversion? Vorgesehene und diskutierte Änderungen, JSt 4/2004, 109
- BLOY, Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverfahren, GA 1980, 161
- BOXDORFER, Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung trotz geringer Schuld des Täters, NJW 1976, 317
- BRÜSSOW/GATZWEILER/KREKELER/MEHLE, Strafverteidigung in der Praxis, Band 1, 3. Auflage (2004)
- BUNDESKRIMINALAMT, Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, 56. Ausgabe (2008)
- BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN, BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht (2006)
- BUNDESMINISTERIUM FÜR INNERES/BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ, Sicherheitsbericht 2007 (2009)
- BURGSTALLER, Anmerkungen, JBl 2008, 129
- BURGSTALLER, Über die Bedeutung der neuen Diversionsregelungen für das österreichische Strafrecht in Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999), 11
- BURGSTALLER, Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft in BMJ-Schriftenreihe 70 (1995), 123
- BURGSTALLER/GRAFL, Fünf Jahre allgemeine Diversion, FS Miklau (2006), 109
- DENCKER, Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EStGB, JZ 1973, 144
- ECKL, Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität, JR 1975, 99
- EISENBERG, Kriminologie, 6. Auflage (2005)
- EXPERTENKOMMISSION, Bericht der Expertenkommission zur Prüfung der staatlichen Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich, ÖJZ 2004, 550

FABRIZY, Die österreichische Strafprozessordnung, 10. Auflage (2008)

FEZER, Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß, ZStW 106 (1994), 1

FUCHS, Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB), JAP 1990/91, 134

FUCHS, Diversion und Tatopfer in Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999), 39

FUCHS/RATZ, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: November 2009

FÜNFSINN, Die „Zumessung“ der Geldauflage nach § 153a I Nr. 2 StPO, NSTZ 1987, 97

GÖTZ, Strafprozessuale und aktienrechtliche Anmerkungen zum Mannesmann-Prozess, NJW 2007, 419

HANACK, Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, FS Gallas (1973), 347

HANNICH, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Auflage (2008)

HAMM, Wie man in richterlicher Unabhängigkeit vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert, NJW 2001, 1694

VON HEINTSCHEL-HEINEGG/STÖCKL, KMR Kommentar zur Strafprozeßordnung, Stand: Juni 2009

HILF, System des Wirtschaftsstrafrechts in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wirtschaftsstrafrecht (2008), 13

HOBE, „Geringe Schuld“ und „öffentliches Interesse“ in den §§ 153 und 153a StPO, FS Leferenz (1983), 629

HOCHMAYR, Schuldeinsicht als Voraussetzung einer Diversion? Zugleich Anmerkungen zu OGH 7.3.2002, 15 Os 1/02, RZ 2003, 275

HOLLAENDER, Betrügerische Krida nach § 156 StGB und ihre Reichweite, AnwBl 2007, 289

HÖPFEL, Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion, FS Jesionek (2002), 329

HÖPFEL, Staatsanwalt und Unschuldsvermutung. Die Grundlagen für die Veranlassung eines Strafverfahrens nach österreichischem Recht (1988)

HÜNERFELD, Kleinkriminalität und Strafverfahren, ZStW 90 (1978), 905

JESIONEK, Jugendgerichtsgesetz, 3. Auflage (2001)

KAUSCH, Der Staatsanwalt – Ein Richter vor dem Richter? (1980)

KIENAPFEL/HÖPFEL, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 13. Auflage (2009)

KÖCK, Wirtschaftsstrafrecht (2007)

- KUNZ, Das strafrechtliche Bagatellprinzip (1984)
- LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN, Leipziger Kommentar StGB, 12. Auflage (2006)
- LOOS, Zur „schadenbegrenzenden“ Auslegung strafprozessualer Vorschriften des Justizentlastungsgesetzes, FS Remmers (1995), 565
- LÖSCHNIG-GESPANDL, Der außergerichtliche Tatausgleich im allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten in Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999), 85
- LÖWE-ROSENBERG, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Auflage (2008)
- MAYERHOFER, Das österreichische Strafrecht, 2. Teil Strafprozessordnung, 5. Auflage (2004)
- MEIER, Kriminologie, 3. Auflage (2007)
- MEIER, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Auflage (2006)
- MEINBERG, Geringfügigkeitseinstellung von Wirtschaftsstrafsachen (1985)
- MEYER, Das „Fehlen des öffentlichen Interesses“ in § 153 Abs.1 StPO – eine überflüssige und überdies gefährliche Leerformel?, GA 1997, 404
- MEYER-GOßNER, Strafprozessordnung, 52. Auflage (2009)
- MEYER-GOßNER, Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie im Strafverfahren, ZRP 2000, 345
- MICHEL-KWAPINSKI/SCHÜTZ, Diversion bei Verdacht auf grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 öStGB?, RZ 2008, 218
- MIKLAU, Der Beschuldigte und die Diversion in Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999), 29
- MOOS, Der Außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionsersatz, JBl 1997, 337
- MOOS, Der Begriff der „geringen Schuld“ in § 42 StGB, FS Platzgummer (1995), 71
- PARK, HK Kapitalmarktstrafrecht, 2. Auflage (2007)
- PASCHMANNS, Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach §§ 153, 153a StPO (1988)
- PFEIFFER, Strafprozessordnung, 5. Auflage, 2005

- PLEISCHL, Das Geldbußensystem in Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999), 99
- RIEß, Die Zukunft des Legalitätsprinzips, NStZ 1981, 2
- RUDOLPHI/WOLTER, SK StPO - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Stand: September 2009
- RÜTH, Die ab 1.1.1975 verkehrsrechtlich bedeutsamen Änderungen auf dem Gebiet des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, DAR 1975, 1
- SAHIN, Die Diversion in Österreich und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Person (2007)
- SALIGER, Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl – Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001, GA 2005, 155
- SCHELLENBERG, Die Hauptverhandlung im Strafverfahren, 2. Auflage (2000)
- SCHICK, Strafprozessuale Aspekte der Wirtschaftskriminalität in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wirtschaftsstrafrecht (2008), 33
- SCHIRRMACHER, Neue Reaktionen auf umweltdeliktisches Verhalten (1997)
- SCHMIDHÄUSER, Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?, JZ 1973, 529
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 27. Auflage (2006)
- SCHROLL, Aktives Reueverhalten – Möglichkeit einer Prozeßbeendigung im Vorverfahren, ÖJZ 1989, 42
- SCHROLL, Die Fortentwicklung der Diversion durch die Rechtsprechung, FS Miklau (2006), 501
- SCHROLL, Anmerkungen, ZVR 2001, 296
- SCHÜTZ, Diversionsentscheidungen im Strafrecht. Grundlagen, Voraussetzungen und Indikationen (2003)
- SCHÜTZ, Voraussetzungen der Diversion im Jugendstrafrecht, JBl 2001, 330
- SCHÜTZ, Das schwere Verschulden als Diversionsgrenze in Miklau/Schroll, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999), 19
- SCHWAIGHOFER, Die neue Strafprozessordnung (2008)
- SCHWAIGHOFER, Zur Strafwürdigkeit der Entwendung nach § 141 StGB, JBl 1997, 155
- SCHWIND, Kriminologie, 19. Auflage (2009)
- SEILER, Diversion. Eine Vision und ihre Umsetzung, AnwBl 2001, 445
- SEILER, Strafprozessrecht, 10. Auflage (2009)

- SEILER/SEILER, Finanzstrafgesetz, 2. Auflage (2009)
- STATISTIK AUSTRIA, Gerichtliche Kriminalstatistik 2007 (2009)
- STATISTISCHES BUNDESAMT, Rechtspflege, Staatsanwaltschaften, Fachserie 10 Reihe 2.6 (2008)
- STRENG, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Auflage (2002)
- SUTHERLAND, White-Collar-Crime (1949)
- VENIER, Die Reform der strafprozessualen Opferrechte, tätige Reue und Verfolgungsverzicht, JRP 1999, 97
- VOLK, Grundkurs StPO, 6. Auflage (2008)
- VOLK, Münchner Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (2006)
- WABNITZ/JANOVSKY, Handbuch der Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage (2007)
- WALLERT, Empfiehlt es sich, § 153a StPO zu erweitern?, DRiZ 1986, 47
- WEHNERT, Die tatsächliche Ausgestaltung der Absprachepraxis in staatsanwaltlichen Wirtschaftsermittlungsverfahren aus anwaltlicher Sicht, StV 2002, 219
- WEISBURD/WARING, White-Collar Crime and Criminal Careers (2001)
- WELLS/KOPETZKY, Wirtschaftskriminalität in Unternehmen (2004)
- WIDMAIER, Münchner Anwaltshandbuch, Strafverteidigung (2006)

A. EINLEITUNG

Einstellungen gegen Zahlung eines Geldbetrages gem § 153a Abs 1 Z 2, Abs 2 der deutschen Strafprozessordnung¹ (im Folgenden: dStPO) und Diversionen gegen Zahlung eines Geldbetrages gem §§ 200 iVm 198 Abs 1 Z 1, Abs 2, 199 der österreichischen Strafprozessordnung² (im Folgenden: öStPO) haben in der Praxis nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht beachtliche Bedeutung für die Erledigung von Strafverfahren. So hat beispielsweise die Anwendung des § 153a dStPO in Deutschland im Jahre 2006 im sogenannten Mannesmannprozess für erhebliches Aufsehen gesorgt.³ Dort wurde das Verfahren gegen die Angeklagten nach Geldzahlung in Höhe von insgesamt 5.802.500 Millionen Euro eingestellt. In der Bevölkerung sorgte dies unter dem Gesichtspunkt „Freikauf für Besserverdiener“ für Aufruhr. Aus gleichem Grunde hat in Österreich die Anwendung der §§ 90c iVm 90a öStPO beispielsweise im Verfahren wegen des Verdachts des Insiderhandels gegen den damaligen Generaldirektor der Voestalpine, Franz S., das nach Spende der Transaktionsgewinne in Höhe von 250.000 Euro für karitative Zwecke gegen Zahlung von 50.000 Euro im Jahre 2003 diversionell erledigt worden ist, für erhebliches Aufsehen gesorgt.⁴ In Hinblick auf die erhebliche qualitative Bedeutung ist jedoch zu bedenken, dass die Vorschriften beispielsweise die Möglichkeiten bieten, Verfahren ohne Verurteilung bzw Schuldspruch zu beenden und zum Teil „hinter verschlossenen Türen“ stattfinden, wodurch derartige Entscheidungen oftmals nur über die Presse in die Öffentlichkeit gelangen. Aufgrund dessen dürfte ein zu weitreichender Anwendungsbereich aus Sicht eines durchschnittlichen Betrachters bzw in Hinblick auf die Akzeptanz in der Bevölkerung bedenklich sein.

Hierauf basiert die Idee der Arbeit. Es soll erforscht werden, wie der daraus erwachsende, schmale Grad zwischen Akzeptanz in der Bevölkerung und Notwendigkeit eines verfahrensökonomischen alternativen Reaktionsmittels zur Verfahrensbeendigung in den beiden Ländern bewältigt worden ist. Dafür soll nicht eine bloße Gegenüberstellung der Vorschriften erfolgen, sondern ein rechtlicher Vergleich, bei dem die verschiedenen

¹ In der Fassung dBGBI I 1999/57.

² In der Fassung BGBI I 2004/19; bis 01.01.2008 §§ 90c iVm 90a Abs 1 Z 1, Abs 2, 90b - eingeführt durch die Strafprozessnovelle 1999 - BGBI I 1999/55.

³ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1ff.

⁴ „DiePresse.com“ – <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/206071/print.do> - 05.08.2003.

Anwendungsvoraussetzungen der Vorschriften - unter begleitender Bezugnahme auf ausgesuchte Wirtschaftsfallbeispiele - eingehend untersucht und miteinander verglichen werden. Insbesondere soll dabei aufgrund der aufsehererregenden, qualitativen Wertigkeiten der getroffenen Entscheidungen schwerpunktmäßig darauf eingegangen werden, inwieweit sich die „Geldauflagevorschriften“ in Hinblick auf ihre maximalen Anwendungsobergrenzen gleichen oder unterscheiden, bzw ob die verschieden formulierten Vorschriften einen identischen oder abweichenden Anwendungsbereich insbesondere für große Wirtschaftsfälle haben. Von maßgeblichem Interesse ist zudem, ob die Vorschriften ausreichend bestimmt sind, um eine einheitliche und vorhersehbare Anwendung und damit ausreichend Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Hinzuweisen ist darauf, dass in beiden Ländern Mitte des Jahres 2009 Änderungen der in den Strafgesetzbüchern enthalten Tagessatzhöhenregelungen erfolgt sind. So wurde in Österreich im Zuge der parlamentarischen Budgetverhandlungen 2009 mit dem sogenannten Budgetbegleitgesetz eine Änderung des § 19 Abs 2 zweiter Satz öStGB beschlossen, die am 18.06.2009 in Kraft getreten ist.⁵ Dadurch wurde die maximal zulässige Tagessatzhöhe von 500 Euro auf 5.000 Euro angehoben. In Deutschland ist eine Neuregelung des § 40 Abs 2 dritter Satz dStGB durch das Zweiundvierzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches (42. StrÄndG) beschlossen worden und am 04.07.2009 in Kraft getreten.⁶ Seitdem beträgt die maximal zulässige Tagessatzhöhe nicht mehr 5.000 Euro, sondern 30.000 Euro. Problematisch ist, dass die vorhandene Literatur und die vorhandenen Praxisausführungen in den beiden Ländern auf die zuvor geltenden Rechtslagen bezogen sind. Daher soll im Hauptteil der Arbeit Bezug auf diese genommen werden. Erst im Anhang sollen dann die (möglichen) Auswirkungen der erfolgten Änderungen für die Diversions- bzw Einstellungsvorschriften genauer untersucht und eine Prognose für die zukünftige Anwendung vorgenommen werden.

⁵ BGBl I 2009/52.

⁶ dBGBl I 2009/38.

B. INFORMATIONELLE AUSGANGSPUNKTE UND BEGRENZUNG DES GEGENSTANDES DER ARBEIT

Vor Eintritt in die detaillierte Analyse der Vorschriften soll zunächst ein Überblick über die auffindbare Informationslage hinsichtlich des Verständnisses und der Handhabung der Vorschriften in der staatsanwaltlichen und der gerichtlichen Praxis gegeben werden. Dies ist damit zu begründen, dass aufgrund mangelnder Quantität und Qualität der vorhandenen Praxisinformationen wesentliche Probleme und Konsequenzen für die folgenden Ausführungen bzw für die Handhabung der Vorschriften in der Praxis verbunden sind sowie wesentliche Transparenzprobleme der Vorschriften deutlich werden. Gleichzeitig wird ersichtlich, welche Informationen aus der Praxis als Ausgangspunkte für die folgende Analyse und im Besonderen für die schwerpunktmäßige Suche nach den Anwendungsobergrenzen der Vorschriften zugrunde gelegt werden können. Im Konkreten soll neben einer abstrakten Betrachtung der Informationslage insbesondere in Hinblick auf die Grenzsuche eine Aufzählung einiger bekanntgewordener Fallbeispiele erfolgen, in denen vergleichsweise hohe Geldauflagen auferlegt worden sind. Auf den daraus folgenden Ergebnissen aufbauend wird sodann der Bereich der Wirtschaftsfälle näher charakterisiert sowie eine diesbezügliche Fokussierung für die weiteren Untersuchungen vorgenommen. Letztlich werden einige der aufgefundenen Wirtschaftsfälle näher geschildert, die im Rahmen der Analyse der Vorschriften durchgehend betrachtet werden sollen.

I. INFORMATIONEN ÜBER DIE STAATSANWALTliche UND DIE GERICHTliche PRAXIS

1. SITUATION IN ÖSTERREICH

In Österreich sind zahlreichere Materialien bezüglich des inhaltlichen Verständnisses der Anwendungsvoraussetzungen in der Praxis zugänglich. So sind vielfach obergerichtliche Entscheidungen zu finden, die tiefgehende Bewertungen der inhaltlichen Richtigkeit der angegriffenen Urteile und somit konkrete Ausführungen zu den einzelnen

Anwendungsvoraussetzungen enthalten, wobei schwerpunktmäßig die schuldbezogenen und präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen genauer beleuchtet wurden. Dies basiert darauf, dass in Österreich ein rechtsmittelfähiges Recht auf diversionelles Vorgehen besteht, soweit die Diversionsvoraussetzungen erfüllt sind.⁷ Dies ergibt sich aus den §§ 209 Abs 2, 280, 281 Abs 1 (insbesondere Z 10a), 283, 345 Abs 1 (insbesondere Z 12a) öStPO und kann im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde oder der Berufung geltend gemacht werden.⁸ Insofern müssen gerichtliche Diversionsentscheidungen gem den §§ 209 iVm 86, 35 Abs 2 öStPO durch Beschlüsse erfolgen, die gem den §§ 86 Abs 1, 35 Abs 2 öStPO zu begründen sind. Allerdings ändert dies nichts an der Tatsache, dass die Diversionsentscheidungen der Staatsanwaltschaften und der „Erstgerichte“ nicht veröffentlicht werden, so dass für Österreich ein umfassendes Praxisbild nicht erstellt werden kann. Vielmehr finden derartige Entscheidungen lediglich vereinzelt den Weg über die Tagespresse in die Öffentlichkeit oder sind den obergerichtlichen Entscheidungen in Ansätzen zu entnehmen. Eine Betrachtung der in den offiziellen Statistiken⁹ enthaltenen Ausführungen bezüglich der Anwendung der Diversionsvorschriften hilft im Übrigen nur bedingt weiter, da diesen zwar beispielsweise Informationen zur Anwendungshäufigkeit der Diversionsvorschriften bzw -arten zu entnehmen sind, nicht jedoch über die auferlegten Geldbetragshöhen.¹⁰

Außer der schon eingangs erwähnten Causa S. hat insbesondere das sogenannte „Lombard-Club“- Verfahren gegen fünf österreichische Bankmanager wegen angeblicher Zins- und Gebührenabsprachen, welches im Jahre 2003 gegen Zahlungen in Höhe von 210.000 Euro diversionell erledigt worden ist, den Weg über die Presse in die Öffentlichkeit geschafft und für erhebliches Aufsehen gesorgt.¹¹ Weiters wurde laut Presseberichten das Verfahren gegen ein ehemaliges Vorstandsmitglied der Hypo Alpe Adria Bank wegen des Verdachts der Bilanzfälschung im Jahre 2008 diversionell gegen Zahlung eines Geldbetrages in Höhe von 114.000 Euro beendet, wovon 60.000 Euro auf anteilige Verfahrenskosten entfielen.

⁷ Vgl genauer Schroll, WK StPO (2009) § 209 Rn 7.

⁸ Beachte: Eine direkte Überprüfung staatsanwaltlicher Diversionsangebote bzw -entscheidungen ist gesetzlich nicht vorgesehen. Ein (geplantes) diversionelles Vorgehen durch die Staatsanwaltschaft kann der Verdächtige jedoch dergestalt indirekt überprüfen lassen, indem er das von der Staatsanwaltschaft vorgeschlagene Angebot ablehnt und bei Gericht beantragt, diversionell vorzugehen. - VfGH G 39/00; Höpfel, FS Jesionek (2002) 336; Schroll, WK StPO § 209 Rn 6ff.

⁹ Beispielsweise die Gerichtliche Kriminalstatistik 2007 oder der Sicherheitsbericht 2007.

¹⁰ Vgl dazu den Sicherheitsbericht 2007, 528ff.

¹¹ „Die Presse“, Printausgabe 17.09.2003, 17; vgl dazu auch Verfahren der europäischen Kommission – 2004/138/EG vom 11. Juni 2002.

2. SITUATION IN DEUTSCHLAND

Informationen bezüglich des inhaltlichen Verständnisses der Anwendungsvoraussetzungen und der Anwendungsobergrenzen in der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Praxis zu § 153a dStPO sind kaum vorhanden. Zwar sind mehrfach Gerichtsentscheidungen von Obergerichten in Zusammenhang mit § 153a dStPO vorhanden, die sich zum Beispiel mit der Anfechtbarkeit von Zustimmungserklärungen von Gerichten¹² oder mit der Beschwerdefähigkeit von Einstellungsbeschlüssen¹³ beschäftigen. Diesen Gerichtsentscheidungen ist jedoch gemeinsam, dass sie keine inhaltlichen Ausführungen zu den Anwendungsvoraussetzungen, zu den möglichen Anwendungsobergrenzen bzw zur inhaltlichen Richtigkeit der Anwendung des § 153a dStPO enthalten. Vielmehr beziehen sie sich allein auf die Beantwortung der genannten formalen Fragen. Sonstige obergerichtliche Entscheidungen sind nicht vorhanden. Dies liegt daran, dass in Deutschland keine Rechtsmittel mit der Begründung möglich sind, dass die Voraussetzungen für eine Einstellung gem § 153a dStPO vorlagen und daher eine Einstellung hätte erfolgen müssen. Es besteht kein Recht auf Einstellung gem § 153a dStPO. Ausführungen von Staatsanwaltschaften und Gerichten, die § 153a dStPO unmittelbar zum Verfahrensabschluss angewendet haben, sind kaum auffindbar. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sowohl die staatsanwaltlichen Einstellungsverfügungen als auch die gerichtlichen Einstellungsbeschlüsse nicht öffentlich zugänglich sind. Immerhin findet sich beispielsweise eine freiwillige Begründung der vom Landgericht Bonn erteilten Zustimmung zur staatsanwaltlichen Einstellung in der sogenannten CDU-Spendenaffäre¹⁴ und eine freiwillige Begründung des Einstellungsbeschlusses des Landgerichts Düsseldorf in der Causa Mannesmann,¹⁵ wobei es sich bei diesen um absolute Raritäten handelt. Der Grund dafür liegt darin, dass selbst für gerichtliche Einstellungsbeschlüsse keine Begründungspflicht in der Strafprozessordnung vorgesehen ist.¹⁶ Dies ist wiederum darauf zurückzuführen, dass sie, wie zuvor angedeutet, nicht anfechtbar sind.¹⁷ Inhaltlich ist den vergleichsweise aktuellen Ausführungen gemeinsam, dass sie - wie unten noch genauer aufgezeigt wird - nur vereinzelt

¹² BVerfG NStZ 2002, 211f.

¹³ Vgl beispielsweise Hamm MDR 1977, 949f; Karlsruhe NStZ 1987, 42.

¹⁴ LG Bonn NStZ 2001, 375ff.

¹⁵ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1ff.

¹⁶ Vgl dazu LG Bonn NStZ 2001, 376; Saliger, GA 2005, 156 in Fn 5; Beulke/Fahl, NStZ 2001, 426f.

¹⁷ BVerfG 50, 289f; 81, 106, wonach grundsätzlich keine verfassungsrechtliche Begründungspflicht für gerichtliche, mit ordentlichen Rechtsbehelfen nicht mehr angreifbare Entscheidungen besteht.

Hinweise zum konkreten inhaltlichen Verständnis der Anwendungsvoraussetzungen bzw kaum Hinweise zu möglichen Anwendungsobergrenzen enthalten. Darüber hinaus sind Informationen bezüglich der Praxis weitestgehend nur in der juristischen Fachliteratur und der Tagespresse zu finden. Diese sind in der Regel jedoch darauf beschränkt, dass Einstellungen gegen bestimmte Geldauflagen erfolgt bzw in welcher Höhe diese bemessen worden sind. Desweiteren ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass genaue, längerfristige und zugleich aktuelle Studien darüber, gegen welche Geldauflagenhöhen Einstellungen erfolgt sind, nicht vorhanden sind.¹⁸ Zudem sind zwar beispielsweise offizielle Statistiken¹⁹ über die Anwendungshäufigkeit von Einstellungen nach § 153a dStPO zu finden. Diese enthalten aber ebenfalls keine Auskunft über die Höhe der auferlegten Geldauflagen.

Neben der schon eingangs angeführten Causa Mannesmann ist insbesondere die im Jahr 2001 erfolgte Einstellung des Verfahrens gegen den Bundeskanzler a.D. und Parteivorsitzenden der CDU a.D., Dr. Helmut K., wegen des Vorwurfes der Untreue durch Annahme und Nichtanzeige von Spenden für die CDU durch das erhebliche Medienecho als CDU-Spendenaffäre bekannt geworden.²⁰ Die Einstellung erfolgte gegen Zahlung eines Geldbetrages in Höhe von 300.000 Deutsche Mark. Zeitlich weiter zurückliegend wurde der sogenannte Holzschutzmittelprozess bekannt, der gegen Zahlung des Geschäftsführers in Höhe von 100.000 Deutsche Mark vor dem Hintergrund, dass durch die Herstellerfirma eine Einrichtung eines Lehrstuhls für Toxikologie mit dem Schwerpunkt „Wohnrauminnenluft“ mit einem Gegenwert von vier Millionen Deutsche Mark erfolgte, im Jahre 1997 eingestellt wurde.²¹ In ähnlicher Weise wurde im Jahre 1996 auch im sogenannten „Zahnamalgam-Fall“ verfahren.²² Dieser wurde gegen Zahlung der Verdächtigen in Höhe von 100.000 Deutsche Mark in Hinblick darauf, dass durch die Herstellerfirma Degussa eine Einrichtung eines Forschungsprojektes mit einem Gegenwert in Höhe von 1,2 Millionen Euro erfolgte, eingestellt. Über die Presse ist weiters das Verfahren gegen die ehemalige deutsche

¹⁸ Vgl beispielsweise die Studie von *Meinberg* (*Meinberg*, Geringfügigkeitseinstellung von Wirtschaftsstraftaten (1985)), die aus dem Jahre 1985 stammt und sich lediglich auf § 153 dStPO bezieht. In dieser hat er erforscht, in welchen Fällen eine Geringfügigkeitseinstellung gem § 153 dStPO bei Wirtschaftsstraftaten möglich ist. Die Ergebnisse der Studie sind allerdings auf § 153a dStPO nur bedingt übertragbar, da dieser zum einen eine Einstellungsmöglichkeit gegen Auflagen enthält und zum anderen eine geringe Schuld, wie sie § 153 dStPO fordert, nicht vorliegen muss.

¹⁹ Vgl dazu beispielsweise den Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht, die Polizeiliche Kriminalstatistik 2008 sowie die Statistik Rechtspflege Staatsanwaltschaft 2008 (Fachserie 10 Reihe 2.6).

²⁰ LG Bonn NStZ 2001, 375ff.

²¹ LG Frankfurt aM NJW 1997, 1994f.

²² <http://www.toxcenter.de/artikel/Amalgamurteil-gegen-Degussa.php>.

Tennisspielerin Steffi G. wegen angeblicher Steuerhinterziehung bekannt geworden. Laut Schätzungen wurde es gegen Zahlung von 1,3 Millionen Deutsche Mark (500.000 Deutsche Mark an die Staatskasse und 800.000 Deutsche Mark an gemeinnützige Einrichtungen) im Jahre 1997 eingestellt.²³

3. VERGLEICHENDE BETRACHTUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

In Deutschland sind Informationen zum inhaltlichen Verständnis der Vorschriften in der Praxis aufgrund kaum auffindbarer Ausführungen nahezu nicht vorhanden, wohingegen sich in Österreich vergleichsweise viele Informationen in einer Vielzahl obergerichtlicher Entscheidungen auffinden lassen. Entsprechend kann die Analyse der österreichischen Anwendungsvoraussetzung in viel weitergehendem Maße auf bekannte Praxisentscheidungen gestützt werden. Insoweit wirkt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen der deutschen und der österreichischen Konstruktion aus, nämlich dass allein in Österreich ein rechtsmittelfähiges bzw nachträglich überprüfbares Recht auf diversionelles Vorgehen besteht.

Die aufgezeigten Fälle, die bekanntermaßen diversionell bzw im Wege der Einstellung gegen Zahlung hoher Geldbeträge beendet worden sind, haben in beiden Ländern gemeinsam, dass in allen Handlungen mit wirtschaftlichem Bezug Gegenstand der Verfahren waren. Demgegenüber sind in beiden Ländern keine anderen Fallkonstellationen aus anderen Bereichen bekannt, in denen vergleichbar hohe Geldauflagen auferlegt worden sind. Daher soll in Hinblick auf die schwerpunktmäßige Suche nach den Anwendungsobergrenzen der Vorschriften eine schwerpunktmäßige Betrachtung derartiger Fälle sowie potentieller Delikte und Umstände, die bei solchen Fällen aufgrund der typischen Täter- und Fallstrukturen in Betracht kommen können, vorgenommen werden.

²³ http://www.zeit.de/feuilleton/kursbuch_166/prantl?page=2.

II. WIRTSCHAFTSFÄLLE BZW WIRTSCHAFTSKRIMINALITÄT UND TYPISCHE TÄTER- UND FALLSTRUKTUREN

Abstrahierend betrachtet, befindet man sich bei den zuvor genannten Fällen in jenem Bereich, der länderübergreifend übereinstimmend typischerweise mit den Begriffen Wirtschaftskriminalität bzw Wirtschaftsstrafrecht umschrieben wird.²⁴ Kennzeichnend ist in beiden Ländern, dass es an speziellen Wirtschaftsstrafgesetzbüchern sowie an gesetzlichen oder allgemein gültigen Definitionen dieser Begrifflichkeiten fehlt.²⁵ Es gibt nur verschiedene Umschreibungsansätze, die sich insbesondere durch unterschiedliche Anknüpfungspunkte und Weiten unterscheiden. Eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit den vorhandenen Meinungen bzw ein Lösungsversuch dieser Problematik erscheint jedoch nicht notwendig, da eine randscharfe Abgrenzung zur Konkretisierung des zu behandelnden Bereiches bzw zum Verständnis und zur Verwendung der vorhandenen Ausführungen und Statistiken nicht erforderlich ist. Vielmehr soll lediglich eine kurze Abstrahierung der wesentlichen Merkmale bzw eine kurze Darstellung der typischen Täter- und Fallstrukturen vorgenommen werden, um davon ausgehend, eine Fokussierung für die weitere Analyse der Diversions- bzw Einstellungsvorschriften vornehmen zu können.

Als entscheidende abstrakte Kriterien der Wirtschaftskriminalität sind beispielsweise „ein wirtschaftlicher Bezug des mit Strafe bedrohten Verhaltens“²⁶ sowie ein „Verhalten in Ausübung des Berufes“²⁷ zu erkennen. Allerdings dürften in der überwiegenden Bevölkerung im Wesentlichen strafbare Handlungen von „Schreibtischtätern“ in Abgrenzung zu Handlungen von Personen, „die sich die Hände schmutzig machen“, indem sie beispielsweise einen Gegenstand stehlen oder Gewalt anwenden, als Wirtschaftskriminalität verstanden werden,²⁸ auch wenn der Wirtschaftskriminalitätsbereich überwiegend deutlich weiter gesehen

²⁴ Im Folgenden soll vereinfachend nur noch von Wirtschaftskriminalität gesprochen werden.

²⁵ Vgl Überblick bei Köck, Wirtschaftsstrafrecht (2007) 21f; Wells/Kopetzky, Wirtschaftskriminalität in Unternehmen (2004) 1ff; Dannecker in Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (2007) Kap 1 Rn 5ff, Hilf in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wirtschaftsstrafrecht (2008) 13f mit Verweis auf Dannecker in Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap 1 Rn 5ff; Grunst/Volk in Volk, Münchner Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (2006) § 1 Rn 4ff; Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 218ff.

²⁶ Schwind, Kriminologie (2009) § 21 Rn 17 mwN.

²⁷ Schwind, Kriminologie § 21 Rn 17 mwN; in diese Richtung gehend Köck, Wirtschaftsstrafrecht 21.

²⁸ Vgl dazu sinngemäß den „White-collar-crime“ Ansatz von Sutherland, White-Collar-Crime (1949) 1ff.

wird. Unabhängig von der genauen Definition ist jedoch sicher, dass Wirtschaftsfälle und damit der Bereich der Wirtschaftskriminalität durch die „große Heterogenität“²⁹ geprägt sind. Aufgrund dessen sind sodann detaillierte und zugleich verallgemeinernde Aussagen hinsichtlich der typischen Täterstruktur so gut wie nicht möglich und dementsprechend kaum vorhanden. Immerhin lassen sich zumindest einige Charakteristika feststellen. So stammen die Täter häufig aus der mittleren und oberen Mittelschicht, haben in der Regel eine gute Ausbildung und stehen oftmals in höheren Berufspositionen, wodurch ihnen die Möglichkeit für entsprechende Taten offen steht.³⁰ In Hinblick auf die mit Ermessensspielräumen ausgestaltenden Anwendungsvoraussetzungen ist daher insbesondere entscheidend, inwieweit gehobene berufliche Positionen bzw die Verletzung der daraus folgenden Verantwortungen qualitativ zu bewerten sind. Zur Rechtfertigung der Taten stellen die Täter oftmals auf Unternehmensinteressen wie den Erhalt der Konkurrenzfähigkeit ab und halten sich oftmals für verantwortliche Mitglieder der Gesellschaft, die sich nicht Strafbares zu Schulden kommen lassen bzw branchenüblich handeln.³¹ Umso bemerkenswerter erscheint, dass eine erhebliche Anzahl der Wirtschaftsstraftäter vorbelastet war.³² Daher liegt ein weiterer Fokus auf den Fragen, inwieweit mögliche Vorbelastungen sowie die Motivationen und Ziele der Verdächtigen bzw insbesondere eigengewinnorientierte Ziele zu gewichten sind. Besonders häufig kommen in diesem Bereich Betrugs- und Steuerdelikten vor,³³ so dass ein besonderer Fokus in der weiteren Bearbeitung auf diese zu richten ist. Weniger von der quantitativen Bedeutung her betrachtet, als vielmehr in Hinblick auf die in Deutschland gem § 153a dStPO eingestellten, großen „Wirtschafts-Untreue-Fälle“ sind desweiteren Untreuedelikte von erheblichem Interesse. Unter dem Gesichtspunkt, dass Wirtschaftsstraftaten desöfteren mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten einhergehen, kommt insbesondere auch dem Bereich der Insolvenzkriminalität beachtliche Bedeutung zu, wobei in diesem Zusammenhang in Betracht der österreichischen Diversionspraxis besonders Bilanzfälschungsdelikte interessant erscheinen. Abstellend auf die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen von strafgesetzlichen Tatbeständen erscheinen zudem

²⁹ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 233.

³⁰ *Schwind*, Kriminologie § 21 Rn 21; Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 233.

³¹ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 233 mwN.

³² Vgl dazu *Schwind*, Kriminologie § 21 Rn 21, wonach 35% vorbelastet waren sowie *Beson/Kerley*, *Contemporary Issues in Crime and Criminal Justice: Essays in Honor of Gil Geis* (2001) 131 und *Weisburd/Waring*, *White-Collar Crime and Criminal Careers* (2001) 28, wonach bis zu 40% vorbelastet waren.

³³ Vgl dazu unter D, II, 3, a.

Wettbewerbs- und Kartellrechtsdelikte als charakteristische Wirtschaftsdelikte, die es zu beleuchten gilt. Gleiches gilt für den Bereich des Insiderhandels. Bezüglich der Diversion- bzw. Einstellungsvorschriften liegt der Fokus hinsichtlich dieser typischerweise vorkommenden Delikte insbesondere auf der Frage, inwieweit bei diesen Unterschiede aufgrund der feststehenden, deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzungen folgen.

Strukturell sind derart einzuordnende Konstellationen regelmäßig durch ihre große Komplexität und den großen Umfang gekennzeichnet, woraus oft Probleme für die Erfassung der Sachverhalte erwachsen.³⁴ Entsprechend sind die Verfahren zum Teil von hohen Ermittlungs- und Verfahrensdauern gekennzeichnet.³⁵ Nicht zuletzt hat typischerweise darauf Einfluss, dass die Verfahren oftmals Delikte bzw. Materien zum Gegenstand haben, die aus juristischer Sicht neuartig und noch nicht abschließend erforscht sind. Zudem kennzeichnen sich die Fälle oftmals durch rechtliche Schwierigkeiten, die daraus resultieren, dass die Materien oftmals mit zivil-, öffentlich-rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Fragen vermennt sind.³⁶ Insbesondere in Bezug zu den mit Ermessensspielräumen ausgestaltenden Anwendungsvoraussetzungen erwachsen insofern die Fragen, inwieweit diese Umstände zugunsten der Verdächtigen wirken können bzw. ist schwerpunktmäßig zu beleuchten, inwieweit sich die Komplexität von Fällen bzw. tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten auf die Anwendungsvoraussetzungen auswirken können. Kennzeichnend sind außerdem regelmäßig erhebliche Vermögensschäden,³⁷ womit die entscheidende Frage einhergeht, inwieweit solche durch Wiedergutmachungsleistungen kompensierbar sind.

Abschließend bleibt hinsichtlich der fokussierten Fragen anzumerken, dass aufgrund der Zielsetzung der Arbeit „Suche nach den Anwendungsobergrenzen der Vorschriften“ bei den diesbezüglichen Prüfungen immer ein Blickwinkel darauf gerichtet werden soll, ob Anhaltspunkte für mögliche Grenzbereiche erkennbar sind.

In Hinblick auf die österreichischen Statistiken ist in diesem Zusammenhang zu konkretisieren, dass diese keine gesonderten Aufgliederungen für den Bereich der

³⁴ Vgl. dazu *Dannecker* in *Wabnitz/Janovsky*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 1 Rn. 22; *Grunst/Volk* in *Volk*, Münchner Anwaltshandbuch, Wirtschafts- und Steuerstrafsachen § 1 Rn. 1; *Schick* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Wirtschaftsstrafrecht 33ff.

³⁵ Vgl. dazu die Zusammenfassung bei *Schwind*, Kriminologie § 21, 44f. mwN sowie *Meier*, Kriminologie (2007) § 11 Rn. 22ff.

³⁶ *Wehnert*, StV 2002, 219; *Schick* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Wirtschaftsstrafrecht 33.

³⁷ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 218, 231f.

Wirtschaftskriminalität enthalten. Demgegenüber sind den deutschen Statistiken³⁸ für diesen Bereich relativ genaue Aufgliederungen zu entnehmen. Daher basieren die überwiegenden, in der Arbeit verwendeten Angaben zur quantitativen Bedeutung bestimmter Delikte im Bereich der Wirtschaftskriminalität auf deutschen Zahlen, obgleich auch die deutschen Statistiken nicht vollkommen sind.³⁹ So geben die Statistiken beispielsweise keine Auskunft darüber, ob in Fällen Delikte im Konkurrenzwege zurückgetreten sind und daher nicht den Weg in diese geschafft haben.⁴⁰ Problematisch ist diesbezüglich, dass die Tatvorwürfe im Bereich der Wirtschaftskriminalität oftmals im Bereich von Spezialdelikten liegen, die zugleich mit Betrugs- und Untreuevorwürfen zusammenfallen. Insgesamt erscheinen die Statistiken jedoch trotz ihrer Schwächen geeignet, um Rückschlüsse auf die quantitative Bedeutung einzelner Delikte in der Praxis zu ziehen.

III. BEGLEITEND ZU BETRACHTENDE WIRTSCHAFTSFALLBEISPIELE

Zur besseren Veranschaulichung der Analyse der Vorschriften sollen einige ausgewählte Wirtschaftsfallbeispiele durchgehend berücksichtigt werden. So sollen für Deutschland die CDU-Spendenaffäre sowie die Causa Mannesmann berücksichtigt werden, da diese die aktuellsten, umstrittensten und allein tiefergehend begründeten Wirtschaftsfallbeispiele mit beachtlichen Geldauflagen darstellen. Für Österreich sollen in Hinblick auf die summenmäßig ähnlich hohen Geldbetragsauflagen und die Aktualität alle oben aufgezeigten Fallbeispiele begleitend betrachtet werden. Dafür sollen diese nun zunächst in den Grundzügen umrissen werden, wobei die zugrundeliegenden Sachverhalte aufgrund der zum Teil erheblichen Umfänge verkürzt dargestellt werden. Dies gilt jedoch nicht für die Causa S. und die Causa Hypo Alpe Adria, da lediglich die ungefähren Sachverhalten sowie die Tatvorwürfe und die Diversionsarten bzw die auferlegten Auflagen der Diversionsentscheidungen bekannt sind. Nicht wiedergegeben werden an dieser Stelle aufgrund der Umfänge und zur Vermeidung von

³⁸ Vgl den Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht und die Polizeiliche Kriminalstatistik 2008.

³⁹ Vgl dazu genauer *Meier*, Kriminologie § 11 Rn 15; *Schwind*, Kriminologie § 21 Rn 39ff; Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, 232.

⁴⁰ Am Beispiel des § 331 HGB *Südbeck*, HK Kapitalmarktrecht (2007) Teil 3 Kap 7 Rn 12.

Wiederholungen die Begründungen der deutschen Einstellungsentscheidungen.⁴¹ Stattdessen soll darauf erst in den tiefergehenden Erforschungen der Vorschriften eingegangen werden.

1.CAUSA S.

Im Jahre 2002 wurde gegen den ehemaligen Voestalpine-Generaldirektor Franz S. wegen angeblicher Insidergeschäfte ermittelt.⁴² Laut Finanzmarktaufsicht soll Franz S. Ende Juni 2002 ein Paket von 2.800 Aktien des Zeltweger Weichenherstellers VA-Eisenbahnsysteme (VAE) zum Stückpreis von 143 Euro erworben haben, die nach gänzlicher Übernahme durch die Voestalpine im Herbst 2002 den Kleinaktionären für 225 Euro pro Stück abgekauft wurden. Dabei sei ihm ein auf die Aktienzahl hochgerechneter Kursgewinn in Höhe von 250.000 Euro entstanden. Diese Höhe veranlasste die Finanzmarktaufsicht, die Sache der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts des Insiderhandels im Sinne des Börsengesetzes anzuzeigen. Daraufhin hinterlegte Franz S. bei einem Notar die Aktien und spendete den Gewinn der Transaktion in Höhe von 250.000 Euro für karitative Zwecke. Vor diesem Hintergrund wurde das Verfahren durch die Staatsanwaltschaft im Jahre 2003 gegen Zahlung in Höhe von 50.000 Euro an die Staatskasse diversionell erledigt.

2.CAUSA LOMBARD-CLUB

Dem sogenannten „Lombard-Club“⁴³ liegt der Sachverhalt zugrunde, dass acht österreichische Banken, nämlich die „Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG“, die „Raiffeisen Zentralbank Österreich Aktiengesellschaft“, die „Bank Austria Aktiengesellschaft“, die „Bank für Arbeit und Wirtschaft Aktiengesellschaft“, die „Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft“, die „Österreichische Volksbanken-

⁴¹ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1ff; LG Bonn NSTZ 2001, 375ff.

⁴² „DiePresse.com“ – <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/206071/print.do> - 05.08.2003.

⁴³ „Die Presse“, Printausgabe 17.09.2003, 17; Verfahren der europäischen Kommission – 2004/138/EG vom 11. Juni 2002.

Aktiengesellschaft“, die „Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank Aktiengesellschaft“ und die „Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien“, jahrelang in nahezu ganz Österreich ein Kartell, das so genannte „Lombard-Club-Kartell“, betrieben haben sollen. Im Rahmen dessen sollen die betreffenden Banken unter anderem die Einlagen- und Kreditzinssätze gemeinsam festgelegt haben, wobei die getroffenen Absprachen inhaltlich umfassend, im höchsten Maße institutionalisiert und eng miteinander vernetzt gewesen sein sollen. Zudem sollen letztere das gesamte Bundesgebiet abgedeckt haben und im Rahmen regelmäßiger Treffen (hochgerechnet ca jeden vierten Arbeitstag ohne Berücksichtigung regionaler Treffen) auf verschiedenen Führungsebenen getroffen worden sein, wobei es grundsätzlich für jedes Bankprodukt eine eigene Gesprächsrunde gegeben habe. Dabei soll den Banken die kartellrechtliche Relevanz ihrer Absprachen bekannt gewesen sein, wie sich aus einer großen Anzahl sichergestellter Originaldokumente aus dem relevanten Zeitraum wie Sitzungsprotokolle, Aktenvermerke, Telefonprotokolle sowie Korrespondenz ergäbe. In Folge dessen sollen sich die beteiligten Banken über konkrete Vorsichtsmaßnahmen Gedanken gemacht und veranlasst haben, dass keine Gesprächsprotokolle mehr erstellt werden dürften und vorhandene Gesprächsprotokolle zu vernichten seien. Weiters sollte keine Bewerbung mehr von Zinssätzen erfolgen.

Die Kommission der europäischen Gemeinschaften beschäftigte sich im Jahre 2002 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG mit diesem Vorwurf und verhängte am 11. Juni 2002 gegen die genannten Banken wegen Verstoßes gegen Artikel 81 Abs 1 EG durch Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen über Preise, Gebühren und Werbemaßnahmen im Zeitraum vom 1. Januar 1995 bis 24. Juni 1998 zum Zweck, den Wettbewerb auf dem Markt für Bankprodukte und Bankdienstleistungen in Österreich einzuschränken, Geldbußen in Höhe von insgesamt 124,26 Millionen Euro.⁴⁴ Dabei entfielen auf die „Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG“ 37,69 Millionen Euro, auf die „Raiffeisen Zentralbank Österreich Aktiengesellschaft“ 30,38 Millionen Euro, auf die „Bank Austria Aktiengesellschaft“ 30,38 Millionen Euro, auf die „Bank für Arbeit und Wirtschaft Aktiengesellschaft“ 7,59 Millionen Euro, auf die „Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft“ 7,59 Millionen Euro, auf die „Österreichische Volksbanken-Aktiengesellschaft“ 7,59 Millionen Euro, auf die „Niederösterreichische Landesbank-

⁴⁴ Verfahren der europäischen Kommission - 2004/138/EG vom 11. Juni 2002.

Hypothekenbank Aktiengesellschaft“ 1,52 Millionen Euro und auf die „Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien“ AG 1,52 Millionen Euro.

Nach Abschluss des Verfahrens der Kommission der europäischen Gemeinschaft wurden in Österreich Vorwürfe wegen Verstößen gegen die §§ 129, 130 des österreichischen Kartellgesetzes⁴⁵ gegen unbekannte Verdächtige in den „verurteilten“ Banken erhoben, woraufhin die Staatsanwaltschaft Wien Vorerhebungen einleitete. Das eingeleitete Verfahren wegen angeblicher Zins- und Gebührenabsprachen zu Lasten der Konsumenten ist im Jahre 2003 gegen die fünf Bankmanager Gerhard R., Walter R., Andreas T., Helmut E. und Max K. durch die Staatsanwaltschaft gegen Geldbußen in Höhe von jeweils 50.000 Euro und gegen den ÖVAG-Chef Robert M. gegen Geldbuße in Höhe von 10.000 Euro diversionell erledigt worden.⁴⁶

3.CAUSA HYPO ALPE ADRIA

In dem im Jahre 2008 vor dem Klagenfurter Landesgericht geführten Verfahren wegen Bilanzfälschung im Sinne des § 255 öAktG ging es konkret um die Verbuchung von 325 Millionen Euro Verlust aus Swap-Geschäften der Hypo Alpe Adria in den Jahresabschlüssen 2004 und 2005, wobei die damaligen Vorstandsmitglieder Wolfgang K. und Thomas M. gegenüber den Wirtschaftsprüfern und dem Aufsichtsrat bezüglich der Verluste falsche bzw. irreführende Angaben gemacht haben sollen.⁴⁷ Wolfgang K. wurde zu einer Geldstrafe von 140.000 Euro (280 Tagessätze zu je 500 Euro) zuzüglich der Verfahrenskosten verurteilt. Das Verfahren gegen den Mitangeklagten Thomas M. wurde diversionell gegen Auferlegung einer Geldbuße in Höhe von 114.000 Euro beendet, wovon 60.000 Euro auf anteilige Verfahrenskosten entfielen. Zuvor bekannte sich Thomas M. schuldig. Zu Begründung führte er aus, er sei kein Bilanzierungsexperte und habe sich auf den vorher bei Wolfgang K. eingeholten Rat verlassen, wobei er im Nachhinein zu wenig getan und zu wenig hinterfragt

⁴⁵ In der Fassung BGBl I 1988/600; aufgehoben durch BGBl 2002/62 – vgl. genauer D, II, 3, a.

⁴⁶ „Die Presse“, Printausgabe 17.09.2003, 17.

⁴⁷ „<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/unternehmen/kaernten/351361/index.do>.“ - 28.11.2008.

habe. Weiters führte er an, dass er damals erst elf Monate im Vorstand gewesen sei und es sich um sein erstes Vorstandsmandat gehandelt habe.

4. CDU-SPENDENAFFÄRE

In der CDU-Spendenaffäre⁴⁸ erklärte der damalige Bundeskanzler und Bundesvorsitzende der CDU, Dr. Helmut K., öffentlich, dass er in den Jahren 1993 bis 1998 Spenden von insgesamt 5 Millionen Deutsche Mark entgegengenommen habe, ohne diese in „Spendenliste“ der Partei aufzunehmen. Zur Begründung von letzterem führte er an, dass er den Spendern im Gegenzug sein Ehrenwort gegeben habe. Die daraufhin im Januar 2000 eingeleiteten Ermittlungen der Staatsanwaltschaft ergaben, dass in dieser Zeit insgesamt 2.174.106,50 DM transferiert worden seien, wobei genaue Details der einzelnen Spendenbeträge nicht ermittelt werden konnten. Hinsichtlich der Abwicklung ging die Staatsanwaltschaft davon aus, dass die einzelnen Spenden zunächst weder in die offizielle Buchhaltung der Partei verbucht noch in den Spendenteil des Rechenschaftsberichts eingestellt worden seien. Stattdessen sollen die Beträge mit Hilfe von eng vertrauten Mitarbeitern auf Treuhandkonten geleitet und dann über den Umweg von Festgeldkonten zum größten Teil für Werbemaßnahmen ausgegeben oder als „sonstige Einnahmen“, dh nicht als Spenden deklariert, im Rechenwerk der Bundespartei verbucht worden sein. Zudem sollen in den Jahren zwischen 1996 bis 1998 Fraktionsgelder in Höhe von 1,146 Millionen Deutsche Mark an die Bundespartei oder einzelnen Landesverbänden geflossen sein, wobei die Staatsanwaltschaft für eine Summe von 265.000 Deutsche Mark einen Anfangsverdacht einer Untreue zum Nachteil der Bundespartei angenommen hat. Begründet wurde dies damit, dass diese Gelder möglicherweise entgegen der Parteistatuten, dh ohne Kenntnis der zuständigen Organe an einen Landesvorsitzenden bzw an einen Landesverband und an einen Kreisverband geflossen sein sollen.

Das von der Staatsanwaltschaft Bonn gegen Dr. Helmut K. eingeleitete Verfahren wegen Untreue zum Nachteil der CDU wurde von der Staatsanwaltschaft im Jahre 2001 mit Zustimmung von Dr. Helmut K. und Zustimmung des Landgerichts Bonn gegen Zahlung eines Geldbetrages in Höhe von 150.000 Deutsche Mark zu Gunsten der Staatskasse und

⁴⁸ LG Bonn NStZ 2001, 375ff.

weiteren 150.000 Deutsche Mark zu Gunsten karitativer Einrichtungen gem § 153a Abs 1 Z 2 dStPO eingestellt. Hinsichtlich näherer Informationen ist auf den ausführlich begründeten Zustimmungsbeschluss des Landgerichts Bonn zu verweisen.

5.CAUSA MANNESMANN

Der Causa Mannesmann liegt die Übernahme der früheren Mannesmann AG durch die Vodafone Airtouch plc (im Folgenden Vodafone) zugrunde. Im November 1999 erfolgte der erste Übernahmeversuch durch Vodafone in Form eines Angebots an die Aktionäre. Dagegen wehrte sich der damalige Vorstandsvorsitzende Dr. Klaus E. und seine Mitarbeiter zunächst. Es folgte ein harter Übernahmekampf, der Anfang Februar 2000 mit einer Einigung der Vertreter beider Unternehmen über die Bedingungen einer einvernehmlichen Übernahme endete. Dem lag zugrunde, dass das anfängliche Angebot hinsichtlich des Umtauschverhältnisses erheblich nachgebessert worden ist. Bis Ende März 2000 war 98,66% des Grundkapitals der Mannesmann AG in Aktien von Vodafone umgetauscht, wobei die Aktionäre, die keinen freiwilligen Aktienumtausch vorgenommen hatten, im Jahre 2002 abgefunden wurden. Danach wurde die Mannesmann AG in die Vodafone Holding GmbH umgewandelt.

Nach der einvernehmlichen Übernahme sollen freiwillige Anerkennungsprämien zugunsten des damaligen Vorstandsvorsitzenden Dr. Klaus E. in Höhe von 16 Millionen Euro, zugunsten des früheren Vorstandsvorsitzenden und Aufsichtsratschef Professor Dr. Joachim F. in Höhe von 3 Millionen Euro sowie zugunsten vier weiterer Vorstandsmitglieder in Höhe von ca 5 Millionen Euro beschlossen und ausbezahlt worden sein. Die Entscheidung über die Zahlungen an Dr. Klaus E. sowie die vier weiteren Vorstandsmitglieder seien in der Präsidiumssitzung am 17. Februar 2000 durch Prof. Dr. Joachim F., Dr. Josef A. (Vorstandsvorsitzender der Deutschen Bank) und Herrn Klaus Z. (ehemals Vorsitzender der IG Metall) mit Zustimmung von Vodafone erfolgt, wobei Vodafone erst zum Zeitpunkt der Auszahlung, dh Ende März 2000, Mehrheitsaktionärin war, nicht jedoch im Zeitpunkt der Zustimmung. Die Prämien seien zur Belohnung für die Beiträge zum Erfolg des Telekommunikationsbereiches und zur Steigerung des Unternehmenswertes erfolgt. Die

Mitglieder gingen nach eigenen Angaben davon aus, dass sich die Entscheidungen im Rahmen ihres eingeräumten „unternehmerischen Ermessensspielraums“ bewegten. Die Zahlung an Professor Dr. Joachim F. sei nach dessen Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat durch das Präsidium am 17. April 2000 beschlossen worden. Beteiligt sollen der neue Aufsichtsratsvorsitzende Sir G., Dr. Josef A. und Herr Klaus Z. gewesen sein. Nach dem Beschlussprotokoll erfolgte die Zuwendung zur Honorierung seiner maßgeblichen Beiträge zum wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens und zur Steigerung des Unternehmenswertes. Nach eigenen Angaben gingen die Beteiligten davon aus, dass sich die Beschlussfassung in den Grenzen ihres unternehmerischen Ermessens hielt. Weiters seien Zahlungen in Höhe von insgesamt 31 Millionen Euro zur Abfindung von Alternativpensionsansprüchen durch Dr. Josef A., Herrn Klaus Z. und Herrn Jürgen L. (ehemals Betriebsratsvorsitzender der Mannesmann AG) einstimmig in der Präsidiumssitzung vom 27. März 2000 beschlossen worden, wobei sie nicht auf das Beschluss thema vorbereitet gewesen sein sollen. Konkret seien für 18 Pensionären Abfindungsangebote unterbreitet worden. Über 2,7 Millionen Euro sollen dabei auf Prof. Dr. Joachim F. entfallen sein. Die Initiative sei von Prof. Dr. Joachim F. ausgegangen, der für die Sitzung mithilfe von Dr. Dietmar D. (damals Leiter der für die Betreuung der aktiven Vorstandsmitglieder zuständigen Abteilung) ein Abfindungsmodell ausgearbeitet und einen vorbereiteten Beschlussentwurf vorlegt haben soll. Diesbezüglich versicherte er, dass die Abfindungsbeträge rechtlich und versicherungsmathematisch geprüft worden seien. Durch weitere Beschlüsse soll das Präsidium in der Folgezeit die Abfindungsbeträge für zwei Pensionäre wegen unberücksichtigt gebliebener persönlicher Umstände um ca 394.000 Euro und ca 380.000 Euro erhöht haben, wobei in einem Fall die Auszahlung der Abfindung als jährliche Rente auf die Dauer von 15 Jahren erfolgt sei, was Mehrkosten von etwa 450.000 Euro zur Folge gehabt haben soll. Nach eigenen Angaben gingen die Präsidiumsmitglieder bei ihren Entscheidungen davon aus, zur Abfindung berechtigt zu sein.

Nach der Anklagerhebung der Staatsanwaltschaft Düsseldorf erfolgte vor dem Landgericht Düsseldorf im September 2003 der Prozess gegen Prof. Dr. Joachim F., Herrn Klaus Z., Herrn Jürgen L., Dr. Klaus E., Dr. Josef A. und Dr. Dietmar D. wegen Untreue bzw wegen Beihilfe zur Untreue. Am 22. Juli 2004 endete dieses Verfahren mit Freisprüchen für alle Angeklagten, wobei diese im Wesentlichen damit begründet wurden, dass bezüglich der

Anerkennungsprämien an Dr. Klaus E. und vier weitere Vorstandsmitglieder sowie bezüglich der Pensionen zwar aktienrechtlich pflichtwidrig gehandelt worden sei, allerdings neben den als verletzt festgestellten Vermögensbetreuungspflichten bei risikoreichen unternehmerischen Entscheidungen gravierende Pflichtverletzungen im Rahmen von § 266 dStGB notwendig seien, welche das Gericht jedoch nicht festgestellt hat.⁴⁹ Dagegen soll der objektive Untreuetatbestand durch Zuerkennung der Zahlung an Prof. Dr. Joachim F. von Dr. Josef A. und Herrn Klaus Z. verwirklicht worden sein, wobei sie sich jedoch in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum im Sinne des § 17 erster Satz dStGB befunden haben sollen.

Gegen das freisprechende Urteil des Landgerichts Düsseldorf legte die Staatsanwaltschaft Düsseldorf Revision ein, woraufhin sich der Bundesgerichtshof der Sache annahm. Nach mündlicher Verhandlung am 20. und 21. Oktober 2005 stellte dieser das Verfahren mit Urteil vom 21. Dezember 2005 teilweise aus formalen Gründen ein und hob im Übrigen das Urteil des Landgerichts Düsseldorf auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf zurück.⁵⁰ Der Bundesgerichtshof begründete dies im Wesentlichen damit, dass Dr. Klaus E. sowie die vier Vorstandsmitglieder nach den Feststellungen des Landgerichts den objektiven Tatbestand der Untreue bzw der Beihilfe verwirklicht haben und dass die getroffenen Feststellungen hinsichtlich der subjektiven Seite der Angeklagten nicht ausreichend seien, um entscheiden zu können, ob sich die Angeklagten in einem Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum oder einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden hätten. Weiters beurteilte der Bundesgerichtshof die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums hinsichtlich Dr. Josef A. und Herrn Klaus Z. als rechtsfehlerhaft.

Das erneute Verfahren vor dem Landgericht Düsseldorf wurde gegen Geldauflagen in Höhe von insgesamt 5.802.500 Millionen Euro gem § 153a dStPO eingestellt, wobei auf den Angeklagten Dr. Josef A. 3,2 Millionen Euro, auf den Angeklagten Dr. Klaus E. 1,5 Millionen Euro, auf den Angeklagten Prof. Dr. Joachim F. 1 Millionen Euro, auf den Angeklagten Klaus Z. 60.000 Euro, auf den Angeklagten Dr. Dietmar D. 30.000 Euro und auf den Angeklagten Jürgen L. 12.500 Euro entfielen.⁵¹

⁴⁹ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275.

⁵⁰ BGHSt 50, 331ff.

⁵¹ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1ff.

C. SUCHE NACH ANHALTSPUNKTEN FÜR MÖGLICHE ANWENDUNGSOBERGRENZEN IN DEN ENTSTEHUNGSGESCHICHTEN UND DEN GESETZESBEGRÜNDUNGEN

Vor Eintritt in die genaue Analyse der Vorschriften sollen zunächst die Entstehungsgeschichten bzw die erfolgten Entwicklungen sowie die Gesetzesbegründungen der Vorschriften umrissen und nach möglichen Anhaltspunkten für die Anwendungsbereiche bzw möglichen Anwendungsobergrenzen untersucht werden.

I. SITUATION IN ÖSTERREICH

Die Möglichkeit zum diversionellen Vorgehen wurde in Österreich erstmals am 1.1.2000 mit der Strafprozessnovelle 1999 in Form der §§ 90a ff öStPO (IXa Hauptstück) eingeführt.⁵² Hinsichtlich des möglichen Anwendungsbereiches war nach der Gesetzesbegründung ein Zurückdrängen des Strafens in Fällen der „Klein- und - in besonders gelagerten Fällen - der mittleren Kriminalität“⁵³ bezweckt. Im Jahre 2008 wurde die Strafprozessordnung durch eine umfassende Reform insbesondere des Vorverfahrens erheblich umgestaltet.⁵⁴ Die Diversionsregelungen finden sich seitdem in den §§ 198 ff öStPO, wobei in den Vorschriften größtenteils nur inhaltliche und terminologische Anpassungen vorgenommen, die aufgrund des veränderten Verfahrenssystems erforderlich geworden sind. So wurde aus terminologischen Gründen beispielsweise die Begriffe „Verdächtiger“ durch „Beschuldigter“ oder „Verletzter“ durch „Geschädigter“ ersetzt. Wesentliche inhaltliche Änderungen wurden kaum vorgenommen. Beispielsweise wurde inhaltlich neu das Zitat des § 32 dStGB in § 198 Abs 2 Z 2 öStPO eingefügt, wodurch in Hinblick auf Forderungen in der Praxis klargestellt

⁵² BGBl I 1999/55.

⁵³ Erläuterungen zu NR: GP XX RV 1581, 15.

⁵⁴ Strafprozessreformgesetz - BGBl I 2004/19 in der Form des Strafprozessreformbegleitgesetzes I - BGBl I 2007/93 und des Strafprozessreformbegleitgesetzes II - BGBl 2007/112 und des Strafrechtsänderungsgesetzes 2008 - BGBl I 2007/109, wobei sich die Neu-Regelungen der Diversionsvorschriften im Wesentlichen allein aus dem Strafprozessreformgesetz ergeben.

werden sollte, dass der Begriff der „schweren Schuld“ als deliktübergreifendes Kriterium auszulegen ist.⁵⁵ Zudem wurde betreffend der Geldauflagenregelung die Neuregelung des § 205 Abs 5 öStPO geschaffen, wonach die Geldbeträge, die der Beschuldigte bereits gezahlt hat, im Falle nachträglicher Fortsetzung des Strafverfahrens zurückzuzahlen sind, soweit keine Verurteilung zu einer unbedingten Geldstrafe erfolgt, bei der diese Beträge auf die Geldstrafe anzurechnen sind. Die ursprünglichen Zielsetzungen bezüglich des Anwendungsbereiches wurden jedoch im Rahmen der Neuregelungen nicht verändert. Gleiches gilt im Übrigen betreffend der zuletzt erfolgten Erweiterung der Tagessatzregelung, da in den diesbezüglichen Materialien keine Bezugnahmen zur Diversion vorhanden sind.⁵⁶

II. SITUATION IN DEUTSCHLAND

In Deutschland wurde die Verfahrensbeendigungsmöglichkeit des § 153a dStPO schon 1974 geschaffen.⁵⁷ Der Anlass bestand darin, dass durch das EGStGB die unterste Deliktategorie der „Übertretung“ abgeschafft worden ist und daher alle Bagatellfälle zu „Vergehen“ im Sinne des § 12 Abs 2 iVm Abs 1 dStGB heraufgestuft worden sind.⁵⁸ Zudem hatte sich eine Praxis gebildet, dass Verfahrenseinstellungen wegen Geringfügigkeit im Sinne § 153 dStPO⁵⁹ trotz eines nicht vorhandenen Auflagen- und Weisungskatalogs gegen Geldzahlung erfolgt sind, wobei die rechtliche Zulässigkeit umstritten war.⁶⁰ Als Lösung wurde die prozessuale Erledigungsmöglichkeit des § 153a dStPO geschaffen, wobei die Vorschrift trotz der (ursprünglichen) Begrenzung auf die kleinere Kriminalität auch im Bereich mittlerer Kriminalität angewendet wurde. Der Gesetzgeber hat daraufhin im Jahre 1993 § 153a dStPO

⁵⁵ Erläuterungen zu NR: GP XXII RV 25, 237f.

⁵⁶ Erläuterungen zu NR: GP XXIV RV 113, 35.

⁵⁷ Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) - dBGBl I 1974/22;

Beachte: In der damals geltenden Fassung wurde noch eine „geringe Schuld“ vorausgesetzt. Zudem war der Katalog der Auflagen und Weisungen beschränkt.

⁵⁸ BT-Drucks 6/3478, 47; 7/551, 44.

⁵⁹ „Einstellung wegen Geringfügigkeit“ – Anwendungsvoraussetzung: Vergehen; geringe Schuld; kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung; grundsätzliche Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten

⁶⁰ Vgl dazu Schmidhäuser, JZ 1973, 529ff; Kausch, Der Staatsanwalt - Ein Richter vor dem Richter? (1980) 31ff; Baumann, ZRP 1972, 273ff; Dencker, JZ 1973, 146ff.

durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz 1993⁶¹ erweitert, indem er die Anwendungsvoraussetzung „geringe Schuld“ durch die Anwendungsvoraussetzung „die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“ ersetzte. Damit sollte nach der Intention des Gesetzgebers eine „behutsame“⁶² Erweiterung des Anwendungsbereiches in den Bereich der „mittleren Kriminalität“⁶³ erfolgen. Weiters erfolgte 1999 eine Erweiterung der Vorschrift, indem das Wort „insbesondere“ eingefügt und somit der bisher abschließende, enumerative Auflagen- und Weisungskatalog geöffnet worden ist.⁶⁴ Insgesamt bleibt hinsichtlich des Anwendungsbereiches der Vorschrift festzuhalten, dass eine kontinuierliche Ausweitung der Vorschrift im Bereich der Anwendungsvoraussetzungen bzw im Bereich der Auflagenmöglichkeiten erfolgt ist. Abschließend bleibt anzumerken, dass im Rahmen der zuletzt erfolgten Erweiterung der Tagessatzregelung des Strafgesetzbuches in der Gesetzesbegründung keine Bezugnahme zur Einstellungsvorschrift erfolgte.⁶⁵

III. VERGLEICHENDE BETRACHTUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

Fraglich ist nun, ob aus den Zielsetzungen und den erfolgten geschichtlichen Entwicklungen Rückschlüsse auf die konkreten Anwendungsbereiche und Grenzen der Vorschriften gezogen werden können. Als Ansatz könnte man zunächst in Betracht ziehen, dass in Deutschland und in Österreich in ähnlicher Weise davon gesprochen wurde, dass die Erledigungsmöglichkeiten für die Bereiche der kleinen und mittleren Kriminalität vorgesehen sind.⁶⁶ Daraus folgt umgekehrt, dass Fälle der schweren Kriminalität den klassischen Strafverfahren vorbehalten bleiben sollen. Insoweit ist klar, dass die Vorschriften nicht unbegrenzt anwendbar sein sollen. Allerdings lassen sich aus diesen Ansatzpunkten allein keine konkreten

⁶¹ Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege (RpflEG) – dBGBI I 1993/2.

⁶² BT-Drucks 12/1217, 34; 314/91, 98.

⁶³ BT-Drucks 12/1217, 34; 314/91, 98.

⁶⁴ Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs und Änderung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen – dBGBI I 1999/57.

⁶⁵ BT-Drucks 16/12143, 1f; 16/11606, 1f.

⁶⁶ Beachte: In Österreich wird zudem leicht einschränkend formuliert, dass die Bereiche der „Klein- und - in besonders gelagerten Fällen - der mittleren Kriminalität“ erfasst sind - Erläuterungen zu NR: GP XX RV 1581, 15.

Anwendungsobergrenzen herleiten, ab denen insbesondere eine Kompensation präventiver Interessen nicht mehr möglich ist. Vielmehr sind die Angaben „kleiner und mittlerer Kriminalitätsbereich“ wegen ihrer Unbestimmtheit und ihrer enormen Weiten lediglich als abstrakte Beschreibungen der Anwendungsbereiche zu verstehen, die durch die Anwendungsvoraussetzungen zu konkretisieren sind.

Weiterhin könnte man darüber nachdenken, ob aus den 1993 im Rahmen der Neuregelung erfolgten, näheren Hinweisen des deutschen Gesetzgebers Schlussfolgerungen für konkrete Anwendungsobergrenzen zu extrahieren sind. So ist neben dem Hinweis auf eine „behutsame“⁶⁷ Erweiterung des Anwendungsbereiches zu finden, dass die Neuregelung „den bisherigen Erfahrungen bei der Anwendung der Vorschrift Rechnung trägt und - im vertretbaren Rahmen – der Praxis die Möglichkeit gibt, auch im Bereich der mittleren Kriminalität von der Erhebung der öffentlichen Klage gegen Auflagen und Weisungen abzusehen.“⁶⁸ Weiters wurde in der Gesetzesbegründung angeführt, dass „eine zu große Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Vorschrift nicht zu besorgen ist, da nach wie vor im jeweiligen Einzelfall zu prüfen ist, ob das öffentliche Interesse dem Absehen von der Erhebung der öffentlichen Klage entgegensteht.“⁶⁹ Daher könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass eine Erweiterung nur insoweit erfolgen sollte, soweit die Praxis zum damaligen Zeitpunkt, dh bis 1993, reichte. Allerdings ist demgegenüber zu bedenken, dass 1999 wiederum eine Erweiterung der Vorschrift stattfand und die Vorschrift zwischen 1993 und 1999 weitergehend gehandhabt worden ist, als dies noch vor 1993 der Fall war. Dazu hat der Gesetzgeber im Rahmen der erneuten Erweiterung der Vorschrift 1999 jedoch kein Wort verloren, so dass davon auszugehen ist, dass er eine am Wortlaut ausgerichtete Anwendung der Vorschrift konkludent befürwortet hat, womit der vorstehende Gedanke hinfällig sein dürfte. Insoweit ist vorwegschicken, dass der Wortlaut der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung durch die erfolgte Änderung sehr weitreichend ist und keineswegs einer „behutsamen Erweiterung“ entspricht.

Alles in allem lassen sich aus den Entstehungsgeschichten und Gesetzesbegründungen keine Hinweise zu konkreten Anwendungsobergrenzen herleiten.

⁶⁷ BT-Drucks 12/1217, 34; 314/91, 98.

⁶⁸ BT-Drucks 12/1217, 34; 314/91, 98.

⁶⁹ BT-Drucks 12/1217, 34; 314/91, 98.

D. VERGLEICHENDE ANALYSE DER VORSCHRIFTEN UNTER BESONDEREM BLICKWINKEL AUF MÖGLICHE ANWENDUNGSOBERGRENZEN SOWIE SCHLUSSFOLGERUNGEN UND BEWERTUNGEN

I. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

1. AUFBAU DER PRÜFUNG

Zunächst sollen die Inhalte der einzelnen Anwendungsvoraussetzungen unter Berücksichtigung von Literatur und Praxis dargestellt und miteinander verglichen werden, wobei die Anwendungsvoraussetzungen in drei Hauptgruppen aufgeteilt sind. Die ersten beiden Gruppen sind nach den in den Anwendungsvoraussetzungen enthaltenen Entscheidungsspielräumen gebildet. Dabei steht auf der einen Seite die vergleichsweise kleine Gruppe der starren, deliktbezogenen und auf der anderen Seite die vergleichsweise große Gruppe der mit Entscheidungsspielräumen ausgestalteten Anwendungsvoraussetzungen. Diese inhaltliche Aufgliederung ist damit zu begründen, dass aus den genannten Unterschieden wesentliche Bedeutungen für die Begrenzungswirkungen der Anwendungsvoraussetzungen in den Gesamtbegrenzungssystemen der Vorschriften folgen.⁷⁰ So werden durch die starren, deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzungen unausweichliche, ausnahmslose Grenzen bzw Eintrittsschwellen in die variablen Bereiche der sonstigen, mit Entscheidungsspielräumen ausgestalteten Anwendungsvoraussetzungen gezeichnet. Die erhebliche Wirkung der starren Eintritts-Begrenzungen wird insbesondere erkennbar, wenn man sich verdeutlicht, dass ein Vorgehen im Wege der Diversion bzw Einstellung auch dann unausweichlich ausgeschlossen ist, wenn die übrigen Anwendungsvoraussetzungen nicht entgegenstehen würden, da eben schon die Eintrittsschwelle in den variablen Bereich nicht überwunden wird. Demgegenüber ist bei den mit Entscheidungsspielräumen ausgestatteten Anwendungsvoraussetzungen immer das subjektive Urteil des verfahrensleitenden Organs maßgeblich. Letztlich werden die zustimmungsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen in einer eigenen Gruppe behandelt, da sie nicht in das vorgenannte System einzuordnen sind.

⁷⁰ Zum Gesamtbegrenzungssystem vgl genauer D, V, 1.

Dies ist damit zu begründen, dass die Zustimmungserfordernisse keine materiellen Eigenwerte aufweisen.

Im Anschluss an die detaillierten Vergleiche der einzelnen Anwendungsvoraussetzungen sollen diese bzw die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchungen in Bezug zu Gesamtbegrenzungssystemen erläutert werden. Ziel ist es, die Funktionen und insbesondere die Stellenwerte der einzelnen Anwendungsvoraussetzung genauer zueinander zu verdeutlichen und die gefunden Ergebnisse in diesem Lichte zu würdigen. Darauf basierend sollen abschließende (eigene) Bewertungen (der Anwendungsobergrenzen) und Schlussfolgerungen insbesondere für den Bereich der Wirtschaftskriminalität getroffen werden. Hinsichtlich der zur Ausfüllung der abstrakten Inhalte der schuld- und präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen heranzuziehenden Umstände soll beleuchtet werden, wie die Beurteilungsausgangslage für Wirtschaftsstraftäter insgesamt zu bewerten ist und worauf dies zurückzuführen sein könnte.

2.WESENSMERKMALE UND ZIELSETZUNGEN DER VORSCHRIFTEN SOWIE SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR DIE WEITERE ANALYSE

Vor Eingang in die konkrete Analyse der einzelnen Anwendungsvoraussetzungen sollen noch vorausschickend die abstrakten Wesensmerkmale der Erledigungsformen unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Zielsetzungen aufgezeigt werden. Dadurch soll ein Eindruck vermittelt werden, welche Gedanken bei den konkreten Ausgestaltungen der Vorschriften bzw der Gesamtbegrenzungssysteme bzw der einzelnen Anwendungsvoraussetzungen insbesondere in Hinblick auf ihrer konstruktiven Funktionen zugrundegelegt worden sind, um dies als gedankliche Basis für die gesamten folgenden Ausführungen berücksichtigt zu wissen.

Beide Vorschriften beinhalten alternative Erledigungsformen bzw eigenständige Verfahrenstypen, die sich im Wesentlichen dadurch auszeichnen, dass sie bei ausreichender Sanktionswirkung an die Stelle einseitig auferlegter Verurteilungen, die erst am Ende des Strafverfahrens nach abschließender Klärung der Schuldfrage möglich sind, treten können

und nicht gegen den Willen der Verdächtigen verwirklichtbar sind. Insoweit sind sie von Aspekten wie Verfahrensbeschleunigung, kooperativer Ausgestaltung und Auflagen- und Weisungsmöglichkeiten zur Beseitigung materiellrechtlicher, präventiver Strafverfolgungsinteressen getragen und gerechtfertigt, wobei in Österreich zudem noch dem Aspekt Wahrung von Opferinteressen eine wesentliche Rolle zukommt.

Im Konkreten ist hervorzuheben, dass die Sanktionsmöglichkeiten der Diversions- und Einstellungsvorschriften an die Stelle von Geld- und Freiheitsstrafen treten können und damit klassische Strafen nicht mehr die einzigen möglichen Reaktionen auf eine Straftat darstellen. Vielmehr ist nach Erweiterung der Sanktionspaletten eine Strafe nur dann anzuwenden, wenn die anderen Reaktionsmöglichkeiten nicht ausreichen (Ultima-Ratio-Prinzip), so dass eine Konzentration des Anwendungsbereiches des Reaktionsmittels Strafe erfolgte. Dabei stützte sich der österreichische Gesetzgeber insbesondere auf Forschungsergebnisse, wonach die Schwere der Strafe bzw Sanktion grundsätzlich keine Auswirkung auf die Rückfallquote des Verdächtigen hat.⁷¹ Desweiteren ist wesentlich, dass Diversion und Einstellung den Vorteil bieten, die mit einer herkömmlichen Strafe verbundenen, stigmatisierenden Effekte sowie ein mögliches Vorbestraftsein des Verdächtigen zu vermeiden. Gleichwohl wird trotz fehlender Verurteilung bzw trotz fehlendem Schuldspruch nicht auf eine merkbare Reaktion verzichtet, da auch die Sanktionsmöglichkeiten einschneidenden Charakter haben und so präventive Interessen beseitigen können. Insoweit ist zu bedenken, dass von im Rahmen dieser Erledigungsweisen zu zahlenden Geldbeträgen in tatsächlicher Hinsicht die gleichen Wirkungen für den Betroffenen wie von Geldstrafen ausgehen. Eins der wesentlichen Merkmale ist, dass die Rechtsfolgen im Gegensatz zu klassischen Strafverfahren im Rahmen von Diversion und Einstellung in keinem Verfahrensstadium gegen den Willen des Verdächtigen einseitig für verbindlich erklärt werden können. Zudem sind sie durch den Staat nicht vollstreckbar und somit nicht erzwingbar. Daher wird auch sinngemäß von konsensualem, auf Kooperation ausgerichteten Vorgehen unter Wahrung der Unschuldsvermutung gesprochen.⁷² Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass durch die Schaffung der alternativen Reaktionsmöglichkeiten eine Verbesserung des „Subsidiaritätsprinzips innerhalb des Strafrechts bzw der Ökonomie des Strafens“⁷³ für Fälle

⁷¹ Erläuterungen zu NR: GP XX RV 1581, 15.

⁷² Höpfel, FS Jesionek (2002) 334f; Beulke, LR StPO (2008) § 153a Rn 2; Beulke/Fahl, NStZ 2001, 427 mwN.

⁷³ Erläuterungen zu NR: GP XX RV 1581, 15.

erzielt wurde, bei denen die niedrigste Sanktion des materiellen Rechts zu hoch angesetzt wäre, die man aber nicht folgenlos einstellen könne und andererseits eine Strafe insbesondere in Hinblick auf eine (möglicherweise) bestehende Vorstrafe schon zu viel wäre.⁷⁴

Wesentliche Gründe für diese Neuerungen lagen insbesondere in der Entlastung der Justiz, um Kapazitäten für mittlere und schwere Kriminalität durch Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren freizumachen. So wurde in Deutschland hinsichtlich justizökonomischer Zwecke davon gesprochen, dass die Einführung „zur Straffung und Beschleunigung der Strafverfahren“⁷⁵ bzw zur Konzentration der Justiz „zugunsten einer intensiveren Verfolgung der mittleren und schweren Kriminalität“⁷⁶ durch Entlastung von kleineren Strafverfahren diene. Entsprechend wurde in Österreich als Ziel die Reduzierung des Verfahrensaufwands der Strafverfolgungsbehörden im Bereich der Kleinkriminalität bezweckt, damit diese ihre Tätigkeit im Bereich schwererer und organisierter Kriminalität verstärken zu können.⁷⁷ Darauf zurückzuführen ist, dass die alternativen Reaktionsmöglichkeiten durch ihre weitgehende Formfreiheit gekennzeichnet sind. So wird auf die strengen Formalisierungen des klassischen Strafverfahrens, die Fairness und Rechtssicherheit gewährleisten, überwiegend verzichtet. Beispielsweise ist im Rahmen von Diversion und Einstellung nicht notwendig, eine durch Anklage eingeleitete Hauptverhandlung mit all ihren Formerfordernissen zwingend durchzuführen, um eine Sanktion aufzuerlegen. Vielmehr ist schon die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren ermächtigt, das Verfahren durch Diversion bzw Einstellung zu erledigen, so dass es in diesen in der Praxis häufigen Fällen noch nicht einmal zu einer Anklageerhebung kommt. Weiters ist statt eines Urteils bloß eine Verfügung bzw ein Beschluss notwendig, welche in Hinblick auf den (fehlenden) Begründungsaufwand erheblich von einem Urteil abweichen. Insgesamt sind daher mit diesen Erledigungsformen erhebliche Beschleunigungs- und Entlastungseffekte für Staatsanwaltschaften und Gerichte verbunden, was in Hinblick auf die kontinuierlich ansteigenden Verfahrenszahlen und die begrenzten personellen Kapazitäten erhebliche Vorteile mit sich bringt. Aber auch für den Verdächtigen wirken die Beschleunigungseffekte vorteilhaft, da mit einem Strafverfahren erhebliche Belastungswirkungen verbunden sind, die dadurch umgangen werden. Zudem wird durch die Umgehung einer Hauptverhandlung die

⁷⁴ So zusammenfassend Volk, Grundkurs StPO (2008) § 12 Rn 14; BT-Drucks 7/550, 297.

⁷⁵ BT-Drucks 7/551, 44.

⁷⁶ BT-Drucks 7/550, 297.

⁷⁷ Vgl dazu die Erläuterungen zu NR: GP XX RV 1581, 15.

grundsätzlich erforderliche Öffentlichkeit vermieden, was für den Verdächtigen einen erheblichen Vorteil bietet. Letztlich kann für das Opfer positiv sein, dass es auf verkürztem Wege beispielsweise zu einer Schadensgutmachung kommt, was ein wesentliches Ziel des Gesetzgebers war. So führte er die effizientere und raschere Durchsetzung von Opferinteressen, wobei er die Schadensgutmachung gesondert hervorhob, bereits in den ersten Zeilen des Vorblattes der ausführlichen Gesetzeserläuterungen aus dem Jahre 1999 unter der Überschrift „Probleme und Ziele der Gesetzesinitiative“ als Wesensmerkmal der Diversion an.⁷⁸ Weiter ist in diesem, dh den Gesichtspunkt der Opferinteressen betreffenden Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der österreichische Gesetzgeber diesem Aspekt auch darüber hinaus noch besondere Aufmerksamkeit geschenkt und in mehreren Vorschriften verankert hat.⁷⁹

Jedoch sind die Erledigungsformen zugleich durch erhebliche Berührungspunkte mit strafrechtlichen, strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Grundsätzen gekennzeichnet. Genannt werden in diesem Zusammenhang beispielsweise das Legalitätsprinzip, die Unschuldsvermutung, das Schuldprinzip, der Bestimmtheitsgrundsatz sowie der Grundsatz der Öffentlichkeit von Strafverfahren. Allerdings sind demgegenüber einige konstruktive Gegengewichte wie beispielsweise die fehlende Erzwingbarkeit derartiger Vorgehensweisen rechtfertigend entgegengesetzt worden. Insofern sind die Anwendungsvoraussetzungen als gesetzliche Ausprägungen dieser Gegengewichte bzw anders ausgedrückt als Schutzschilde für die Verdächtigen, die Opfer, den staatlichen Strafanspruch sowie der genannten Grundsätze im Allgemeinen zu verstehen. Dies ist sodann bei der Beurteilung der Funktionen und der Stellenwerte der einzelnen Anwendungsvoraussetzungen bzw bei deren Einordnung in das Gesamtgefüge zu berücksichtigen. So ist beispielsweise herauszustellen und bei den Prüfungen immer zu bedenken, dass Anwendungen allein aus Gesichtspunkten wie Verfahrensbeschleunigung und Prozeßökonomie nach der Gesamtkonzeption nicht zulässig sind. Dies kann unter dem Blickwinkel, dass ansonsten insbesondere das Legalitätsprinzip völlig ausgehöhlt würde, nicht genügend hervorgehoben werden.⁸⁰ Insoweit soll vorweg auf die konstruktionelle Wichtigkeit der auf materieller Ebene angesiedelten schuld- und

⁷⁸ Vorblatt der Erläuterungen zu NR: GP XX RV 1581, 13.

⁷⁹ Vgl insofern §§ 206 und § 200 III öStPO, die Erläuterungen zu NR: GP XX RV 1581, 18, 21, 28f sowie beispielsweise *Fuchs in Miklau/Schroll*, Diversion. Ein anderer Umgang mit Straftaten (1999) 39ff und *Schroll*, WK StPO, Vor §§ 198-209 Rn 4ff mwN.

⁸⁰ *Meinberg*, Geringfügigkeitseinstellung 49.

präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen zum Schutz vor Mißbrauchsgefahr sowie für die Rechtsfertigung derartiger Verfahrenserledigungen hingewiesen werden. Insofern sind insbesondere diese Anwendungsvoraussetzungen dafür maßgeblich, ob die Vorschriften als ausreichend bestimmt einzuordnen sind. Zudem soll vorausschickend speziell in Hinblick auf das Legalitätsprinzip die immense Rechtfertigungswirkung bzw die konstruktionelle Wichtigkeit des allein in Deutschland nach der gesetzlichen Regel bestehenden „doppelten staatlichen Legitimationserfordernisses“ genannt werden. So muss in bestimmten Fällen neben dem Verdächtigen sowohl die Staatsanwaltschaft als auch das Gericht einverstanden sein, um im Wege der Einstellung vorgehen zu können. Letztlich soll vorweg hinsichtlich des Aspektes Opferschutzgesichtspunkte auf die nur in Österreich vorhandene, ausdrücklich normierte Anordnung zur Förderung von Opferinteressen bzw auf die allein in Österreich grundsätzlich bestehende Schadensgutmachungspflicht hingewiesen werden, die mit einem diversionellen Vorgehen gegen Zahlung eines Geldbetrages verknüpft ist.

Umfassende nähere Erläuterungen der strafrechtlichen, strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Grundsätze sowie der Zulässigkeit dieser Erledigungsformen an sich sollen jedoch aufgrund der Vielzahl vorhandener Ausführungen unterbleiben.⁸¹ Stattdessen sollen lediglich an problematischen Stellen kurze Bezugnahmen stattfinden, die primär zur Sensibilisierung gegen Missachtungen der gesetzlichen Anwendungsvoraussetzungen dienen sollen.

⁸¹ Vgl bezüglich der straf-, strafprozess- und verfassungsrechtlichen Problematiken der Vorschriften beispielsweise *Saliger*, GA 2005, 159f mwN, *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 12 mwN, *Weßlau*, SK StPO (2009) § 153a Rn 5ff mwN; *Burgstaller*, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995) 146ff sowie den rechtsvergleichenden Überblick zwischen Deutschland und Österreich bei *Sahin*, Die Diversion in Österreich und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Person (2007) 144ff mwN.

II. STARRE, DELIKTBEZOGENE ANWENDUNGSVORAUSSETZUNGEN

1. SITUATION IN ÖSTERREICH

Für die Anwendungsvoraussetzung „die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffengericht oder Geschworenengericht fällt“ gem § 198 Abs 2 Z 1 öStPO ist im Wesentlichen der § 31 Abs 2, Abs 3 öStPO maßgeblich, da sich aus diesem die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffengericht oder Geschworenengericht ergibt.⁸² Im Ergebnis sind grundsätzlich alle Delikte diversionstauglich, soweit sie in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts oder des Einzelrichters fallen, bzw in denen die Strafandrohung gem § 31 Abs 2 Z 1 und Abs 3 Z 1 öStPO fünf Jahre Freiheitsstrafe nicht übersteigt oder kein Fall des § 31 Abs 2 Z 2 - 12 und Abs 3 Z 2 - 7 öStPO vorliegt. In den zuletzt bezeichneten Fällen wird die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffengericht oder Geschworenengericht ausnahmsweise unabhängig von der Strafandrohung begründet, so dass auch Delikte von der Diversion ausgeschlossen sein können, in denen die Strafandrohung fünf Jahre nicht übersteigt.⁸³ Weiters ist die Diversion in Österreich gem § 198 Abs 2 Z 3 öStPO nur in Fällen möglich, in denen „die Tat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat“. Nach dem Wortlaut ist indes nicht entscheidend, ob die Tat vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist. Die Anwendungsvoraussetzung normiert vielmehr eine absolute Grenze. Hervorzuheben ist, dass damit auch die fahrlässige Tötung pauschal von der Diversionsmöglichkeit ausgeschlossen ist.⁸⁴

⁸² Beachte auch die §§ 29 öStGB (Zusammenrechnung der Werte und Schadensbeträge bei mehreren Taten derselben Art) und 39 öStGB (Überschreitungsmöglichkeit bezüglich des im Delikt vorgesehenen Höchstmaßes für Rückfalle), die zu einer Veränderung der „ursprünglichen“ Gerichtszuständigkeit hin zur Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffengericht oder Geschworenengericht führen können.

⁸³ Vgl beispielsweise § 248 Abs 2 öStGB, der als politisches Delikt im Sinne des § 31 Abs 2 Z 5 öStPO nicht diversionell erledigt werden kann - Kritisch dazu *Schwaighofer*, Die neue Strafprozessordnung (2008) 27.

⁸⁴ Dazu kritisch für Unfälle im familiären Umfeld - *Schwaighofer*, Strafprozessordnung 27 sowie unter E.

2. SITUATION IN DEUTSCHLAND

In der deutschen Vorschrift wird vorausgesetzt, dass es sich bei dem in Frage stehenden Delikt um ein „Vergehen“ handelt. Vergehen sind in § 12 Abs 2 dStGB als „rechtswidrige Taten“ definiert, „die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind.“ Absatz 2 steht wegen des Merkmals „mit einer geringeren Freiheitsstrafe“ in Zusammenhang mit § 12 Abs 1 dStGB. Dort sind Verbrechen als „rechtswidrige Taten“ definiert, „die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber hinaus bedroht sind.“ Mithin sind Vergehen rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe unter einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht sind. Entscheidend für die Bestimmung der Deliktqualität ist damit allein Art und Mindestmaß der angedrohten Strafe. Unerheblich ist dagegen, welche Strafhöhe und -art vom Gericht im konkreten Einzelfall festgesetzt wird sowie die gesetzlich vorgesehene Obergrenze. Weiters regelt § 12 Abs 3 dStGB, dass „Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere oder minder schwere Fälle vorgesehen sind, für die Einteilung außer Betracht bleiben“. Damit sind derartige Strafraumenverschiebungen zur Bestimmung der Deliktqualität nicht zu berücksichtigen. Umgekehrt ergibt sich daraus jedoch, dass zwingende Strafraumenverschiebungen durch privilegierende oder qualifizierende Merkmale zur Änderung der Deliktqualität führen. Dies ist an einem Beispiel zu verdeutlichen. Bei einer schweren Untreue gem §§ 266 Abs 1, Abs 2 iVm 263 Abs 3 dStGB wird auf ein sogenanntes Regelbeispiel verwiesen, die bloß erschwerende Umstände in Form von reinen Strafzumessungsregeln darstellen, die durch Indizwirkung den Tatbestandsmerkmalen angenähert sind.⁸⁵ Mit Indizwirkung ist in diesem Zusammenhang gemeint, dass vorliegende Regelbeispiele Indizien dafür darstellen, dass ein besonders schwerer Fall des Delikts vorliegt.⁸⁶ Dagegen stellen sie keine Qualifikationsmerkmale dar, die bei der Bestimmung der Deliktart zu berücksichtigen wären.⁸⁷ Das hat zur Folge, dass der für die Bestimmung der Deliktart maßgebliche Strafraumen aus § 266 Abs 1 dStGB folgt, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder eine Geldstrafe vorsieht, so dass ein Vergehen vorliegt. Der für die Bestimmung der Strafe maßgebliche Strafraumen reicht dagegen von sechs

⁸⁵ BGHSt 23, 257; 29, 368.

⁸⁶ BGHSt 23, 257; 29, 368.

⁸⁷ BGHSt 23, 257; 29, 368.

Monaten bis zu zehn Jahren. Vergehen mit höheren Strafrahmen gibt es nicht. Damit bleibt festzuhalten, dass Einstellungen bei Delikten mit Strafrahmen bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe möglich sind, soweit diese Vergehen darstellen, dh im Mindestmaß nicht mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind.

3. VERGLEICHENDE BETRACHTUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

Zunächst ist festzustellen, dass die Regelungsansätze der österreichischen und der deutschen Anwendungsvoraussetzungen grundlegend anders sind, da in Österreich an die nach verschiedenen Kriterien zu bestimmende Gerichtszuständigkeit sowie an den Todeserfolg einer Tat und in Deutschland allein an die nach der Strafandrohung zu bestimmende Einordnung als Vergehen angeknüpft wird. Die nach diesen Anwendungsvoraussetzungen diversionstauglichen Delikte in Österreich und die einstellungsgerechten Delikte in Deutschland unterscheiden sich zum Teil erheblich voneinander.

a. „Strafmaßanknüpfungen“

Zunächst folgen erhebliche Unterschiede aus dem Vergleich des österreichischen Regelfalls „Strafmaßanknüpfung“ im Sinne des § 31 Abs 2 Z 1 öStGB und der „Strafmaßanknüpfung“ „Vergehen“ im Sinne des § 12 dStGB. In Österreich ist die Diversionstauglichkeit von Delikten grundsätzlich begrenzt, wenn deren Strafandrohung fünf Jahre übersteigt (§ 31 Abs 2 Z 1 öStGB), wohingegen es in Deutschland einstellungsgerechte Delikte gibt, die einen Strafrahmen von bis zu zehn Jahren aufweisen (§ 12 dStGB). Der Anwendungsbereich der deutschen Vorschrift ist damit weiter angelegt als der Anwendungsbereich der österreichischen Vorschrift, was für den Bereich der Wirtschaftskriminalität erhebliche Bedeutung hat. Dies soll durch eine Betrachtung von einigen Delikten verdeutlicht werden, wobei – soweit wie möglich – auf die quantitative Bedeutung der Delikte in der Praxis hingewiesen wird.

Zuerst sind die Betrugsdelikte zu untersuchen, da diesen mit einem Anteil von 48,6% der polizeilich registrierten Fälle von Wirtschaftskriminalität die größte quantitative Bedeutung im Bereich der Wirtschaftskriminalität zukommt,⁸⁸ was insbesondere auf die große Anzahl der verschiedenen Erscheinungsformen zurückzuführen ist.⁸⁹ Aufgrund enger inhaltlicher Zusammenhänge soll an dieser Stelle zudem auf die Untreuedelikte eingegangen werden, wobei diesen quantitativ viel geringere Bedeutung als den Betrugsdelikten zukommt.⁹⁰ Den Untreue- und Betrugsdelikten ist in Deutschland gemeinsam, dass es sich um Vergehen handelt, so dass die Anwendungsvoraussetzung „Vergehen“ der Einstellungsseignung keinesfalls entgegensteht. So ist eine Untreue im Sinn der §§ 266 Abs 1, Abs 2 iVm 263 Abs 3 dStGB, bei der ein Gut von über 50.000 Euro veruntreut worden ist, nach dieser Anwendungsvoraussetzung einstellungsg geeignet. Hervorzuheben ist, dass keine höhenmäßige Grenze besteht, so dass unerheblich ist, wie hoch im konkreten Einzelfall die Schadenssumme ist, da sie nichts an der Deliktqualität ändert. Demgegenüber ergeben sich in Österreich aufgrund der Strafandrohungen der Betrugs- und Untreuedelikte in Zusammenhang mit der Beschränkung der Diversionsvorschrift auf Fälle, in denen die Freiheitsstrafe fünf Jahre nicht übersteigt, „höhenmäßige“ Begrenzungen, ab denen der diversionsgeeignete Bereich endet bzw die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengerichts anfängt. So ist zum Beispiel eine Veruntreuung gem § 133 Abs 1, Abs 2 zweite Alternative öStGB, dh in der ein Gut im Wert von mehr als 50.000 Euro veruntreut wird, nicht diversionstauglich, da der Strafrahmen bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe reicht. Gleiches gilt bei einem schweren Betrug gem §§ 146 iVm 147 Abs 1, Abs 3 öStGB, bei dem durch die Tat ein 50.000 Euro übersteigender Schaden herbeigeführt wird. Dagegen ist ein schwerer Betrug gem §§ 146 iVm 147 Abs 2 öStGB, bei dem ein Schaden zwischen 3.001 und 50.000 Euro entsteht, diversionstauglich, da die Strafandrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe reicht. Gleiches gilt bei einer Veruntreuung gem § 133 Abs 1, Abs 2 erste Alternative öStGB, bei der ein Gut veruntreut wird, dessen Wert zwischen 3.001 und 50.000 Euro liegt.

Insgesamt ist festzustellen, dass die deutsche Anwendungsvoraussetzung im Bereich von Betrugs- und Untreuehandlungen einen vergleichsweise großen Anwendungsbereich gegenüber der österreichischen Anwendungsvoraussetzung ermöglicht, was für Fälle der

⁸⁸ Vgl den Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht 222ff, 225; *Eisenberg*, Kriminologie (2005) § 47 Rn 24ff; *Meier*, Kriminologie § 11 Rn 17.

⁸⁹ Vgl dazu *Köck*, Wirtschaftsstrafrecht 28; Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 225.

⁹⁰ Vgl dazu *Schwind*, Kriminologie § 21 Rn 42.

Wirtschaftskriminalität mit hohen Schadenssummen von enormer Bedeutung ist. Dies lässt sich anhand der Beispielsfälle verdeutlichen. So hätte die absolute Anwendungsvoraussetzung „die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengericht fällt“ im Sinne des § 198 Abs 2 Z 2 öStPO in Hinblick auf die Tatvorwürfe sowohl in der Causa Mannesmann als auch in der CDU-Spendenaffäre einem diversionellen Vorgehen entgegengestanden.

Ähnlich ist es im Bereich der Insolvenzkriminalität, dem in Deutschland erhebliche quantitative sowie insbesondere in Hinblick auf die verursachten Schadenssummen beachtliche qualitative Bedeutung zukommt. So lagen im Jahre 2005 ca 16,9% der polizeilich erfassten Wirtschaftskriminalitätsfälle im Bereich der Insolvenzkriminalität,⁹¹ wobei der durchschnittliche Schadenwert bei 148.877 Euro und der verursachte Gesamtschaden bei 2,25 Milliarden Euro lag, was 53% aller durch Wirtschaftskriminalität verursachten Schäden entspricht.⁹² In Deutschland sind beispielsweise die Delikte der §§ 283ff dStGB von Bedeutung. In Österreich sind insbesondere die §§ 156ff öStGB relevant. Ein erheblicher Unterschied liegt darin, dass jegliche Insolvenzstraftaten der §§ 283ff dStGB als Vergehen ausgestaltet und somit immer einstellungsg geeignet sind.⁹³ In Österreich ist dagegen die sogenannte betrügerische Krida im Sinne des § 156 Abs 1, Abs 2 öStGB gem §§ 198 Abs 2 Z 1 iVm 31 Abs 3 Z 7 öStPO dann nicht diversions geeignet, soweit ein 50.000 Euro übersteigender Schaden herbeigeführt wird, da in solchen Fällen die Strafandrohung bei Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren liegt (§ 156 Abs 2 öStGB). Beachtlich ist, dass es sich bei Fällen der betrügerischen Krida um Vorsatztaten handelt, dh der Vorsatz auch auf den Gläubigerausfall, dh auf die konkrete Summe der unbefriedigt gebliebenen Forderungen bezogen sein muss.⁹⁴ Fälle der sogenannten grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gem § 159 öStGB sind dagegen in Hinblick auf die deliktbezogene Anwendungsvoraussetzung immer diversionstauglich, da selbst die Qualifikationen des § 159

⁹¹ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 225; dagegen scheint diesem Bereich in Österreich nach der Gerichtlichen Kriminalstatistik 2007 kaum Bedeutung zuzukommen – vgl Gerichtliche Kriminalstatistik 2007, 44f; 132, 174 – allerdings ist bei Betrachtung der Zahlen zu berücksichtigen, dass ein Zusammenfallen mit Betrug, Untreue, etc und damit Konkurrenzen möglich sind, wodurch der Aussagewert der Statistiken diesbezüglich beschränkt ist.

⁹² Meier, Kriminologie § 11 Rn 19.

⁹³ Beachtlich sind insbesondere die Regelbeispiele des § 283a zweiter Satz dStGB, bei denen die Strafandrohung bis zu zehn Jahren reicht.

⁹⁴ Hollaender, Österreichisches Anwaltsblatt 2007/06, 296, 298.

Abs 4 Z 1 bis 3 öStGB (zB bei einem 800.000 Euro übersteigenden Befriedigungsfall oder bei einer Schädigung der wirtschaftlichen Existenz vieler Menschen) höchstens mit Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren bedroht sind.⁹⁵

Insgesamt ist festzustellen, dass die deutsche Anwendungsvoraussetzung auch im Bereich der Insolvenzkriminalität einen vergleichsweise großen Anwendungsbereich der Einstellungsvorschrift des § 153a dStPO ermöglicht, was für Fälle der Wirtschaftskriminalität mit hohen Schadenssummen von enormer Bedeutung ist.

Dagegen bestehen bei Betrachtung der nachstehenden „Bilanzfälschungstatbestände“ keine Unterschiede in Hinblick auf die Diversions- und Einstellungseignung. Zu nennen sind beispielsweise die §§ 255 öAktG und 122 öGmbHG. Für diese ergibt sich die Diversionseignung aus den weit unter fünf Jahren Freiheitsstrafe liegenden Strafandrohungen („Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen“ gem §§ 255 Abs 1 öAktG und 122 Abs 1 öGmbHG) und aus den §§ 255 Abs 3 öAktG und 122 Abs 3 öGmbHG iVm §§ 198 Abs 2 Z 1 iVm § 31 Abs 2 Z 7 öStPO, wonach das Strafverfahren den Gerichtshöfen erster Instanz obliegt bzw keine ausdrückliche Bestimmung im Sinne des § 31 Abs 2 Z 7 öStPO vorhanden ist. Für Deutschland sind die primär entscheidenden §§ 283b dStGB, 331ff HGB und 400 AktG zu nennen. Diesen Delikten ist gemeinsam, dass es sich um Vergehen im Sinne des § 12 dStGB handelt, so dass sie nach dieser Anwendungsvoraussetzung einstellungsg geeignet sind. Quantitativ kommt den Bilanzfälschungsdelikten nur sehr geringe Bedeutung zu,⁹⁶ wobei die qualitative Bedeutung umso größer ist. So wurde in einer österreichischen Studie aus dem Jahre 2004 ermittelt, dass der durchschnittliche Schaden bei Bilanzfälschungsdelikten bei einer Millionen Euro lag.⁹⁷ Als ein in den Medien stehendes Diversionsbeispiel zu § 255 öAktG ist die oben genannte Causa Hypo Alpe Adria zu nennen. Auch in Deutschland haben Bilanzfälschungsfälle desöfteren mediale Bedeutung gefunden, wobei sich die Vorwürfe unter anderem gegen

⁹⁵ Zur Diversionstauglichkeit des § 159 öStGB ausführlich *Michel-Kwapinski/Schütz*, RZ 2008, 218.

⁹⁶ Vgl dazu für Österreich *Wells/Kopetzky*, Wirtschaftskriminalität 323f; den offiziellen österreichischen Statistiken sind dagegen diesbezüglich kaum Informationen zu entnehmen; vgl beispielsweise die österreichische Kriminalstatistik 2007, 42ff, in der Verstöße gegen Nebenstrafgesetze zusammengefasst sind und daher eine Differenzierung nicht möglich ist; vgl für Deutschland *Südbeck*, HK Kapitalmarktrafrecht, Teil 3 Kap 7 Rn 12 unter Bezugnahme auf die offiziellen deutschen Statistiken, wobei er darauf hinweist, dass diese Delikte häufig mit Betrug, Untreue, etc zusammenfallen und daher nicht erwähnt werden.

⁹⁷ *Wells/Kopetzky*, Wirtschaftskriminalität 323f.

namhafte Unternehmen wie die Telekom AG, die Klöckner-Humboldt-Deutz AG oder die Balsam AG richteten.⁹⁸

Abschließend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Delikte oftmals mit Betrugs- oder Untreuedelikten zusammenfallen bzw die Anklagen auf Betrugs- und Untreuevorwürfe beschränkt werden,⁹⁹ wodurch in derartigen Fällen die festgestellte Gleichheit tatsächlich relativiert wird. Mit einem solchen Zusammenfallen der Delikte kann nämlich einhergehen, dass die stärkeren Begrenzungen im Bereich von Betrug- und Untreuefällen über den Weg der Konkurrenzen auf Bilanzfälschungsfälle durchschlagen. In diesen Fällen ist der österreichische Anwendungsbereich dementsprechend stärker begrenzt. Dies ist im Übrigen auf alle vergleichbaren Konstellationen übertragbar.

Übereinstimmung herrscht inzwischen dahingehend, dass Wettbewerbs- bzw Kartellrechtsverstöße in beiden Ländern grundsätzlich nicht mehr durch Strafvorschriften belegt und somit Diversionen bzw Einstellungen grundsätzlich nicht möglich sind. Dies erscheint in Hinblick auf die Causa Lombard-Club beachtlich, da Gegenstand des Verfahrens kartellrechtliche Vorwürfe waren. Dem liegt zugrunde, dass zum damaligen Zeitpunkt in Österreich die Strafvorschriften der §§ 129, 130 Kartellgesetz¹⁰⁰ bestanden. Durch die in Österreich erfolgte Kartellgesetznovelle 2002¹⁰¹ kam es jedoch zu einer weitestgehende Entkriminalisierung des Kartellrechts. Seit dem obliegt dem Gericht allein in Fällen von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren im Sinne des § 168b öStGB die Sanktionierung, wobei aufgrund der Strafandrohung in diesem Bereich Diversionen grundsätzlich möglich sind. Die Lage in Deutschland ist vergleichbar. Wettbewerbs- bzw Kartellrecht sind grundsätzlich nur durch Ordnungswidrigkeitstatbestände, dh grundsätzlich nicht strafrechtlich geschützt. Allein Submissionsabsprachen, dh wettbewerbswidrigen Absprachen bei Ausschreibungen, sind in § 298 dStGB als Vergehen strafrechtlich normiert, so dass bei diesen die grundsätzliche Einstellungseignung zu bejahen ist.

⁹⁸ Weitere Beispiele dazu bei *Südbeck*, HK Kapitalmarktstrafrecht, Teil 3 Kap 7 Rn 13 mwN.

⁹⁹ Vgl dazu *Südbeck*, HK Kapitalmarktstrafrecht, Teil 3 Kap 7 Rn 12.

¹⁰⁰ BGBl 1988/600.

¹⁰¹ BGBl 2002/62.

- b. Ausnahmsweise Anknüpfung an die „Gerichtszuständigkeit“ in Österreich gegenüber der ausnahmslosen „Strafmaßanknüpfung“ in Deutschland

Weiters ergeben sich Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage aufgrund der Anknüpfung an die Gerichtszuständigkeitsregeln im Sinne des § 31 Abs 2 Z 2 bis 12 öStPO, die im Gegensatz zu § 31 Abs 2 Z 1 öStGB ausnahmsweise nicht an die Höhe der Strafandrohungen gekoppelt sind, und der Anknüpfung an die allein von den Strafandrohungen abhängigen deutschen Anwendungsvoraussetzung „Vergehen“. Die daraus folgenden Unterschiede wirken sich insbesondere im Bereich der Wirtschaftskriminalität erheblich aus.

So können in Österreich aufgrund der Regelungen der §§ 198 Abs 2 Z 1 iVm 31 Abs 2 Z 12 öStPO iVm 196a FinStrG Verfahren wegen „Steuerhinterziehungen“ grundsätzlich nicht diversionell erledigt werden, da dem Landesgericht das Hauptverfahren wegen gerichtlich strafbarer Finanzvergehen als Schöffengericht obliegt.¹⁰² Unter Finanzvergehen im Sinne des österreichischen Finanzstrafgesetzbuches sind beispielsweise Abgabenhinterziehungen wie die vorsätzliche Abgabenverkürzung gem § 33 FinStrG oder die fahrlässige Abgabenverkürzung gem § 34 FinStrG zu verstehen, wobei unter Abgaben im Sinne dieses Gesetzes solche der österreichischen Abgabenordnung gemeint sind. Letztere nimmt wiederum Bezug auf das österreichische Umsatzsteuer- und Einkommensteuergesetz, so dass allgemein von Steuerhinterziehung gesprochen werden kann. Demgegenüber sind in Deutschland die entsprechenden Steuerdelikte wie etwa die vorsätzliche Steuerhinterziehung gem § 370 der deutschen Abgabenordnung als Vergehen normiert und damit einstellungsg geeignet. Dies gilt, obwohl die Strafandrohung in besonders schweren Fällen im Sinne des § 370 Abs 3 Z 1 bis 4 der deutschen Abgabenordnung bis zu zehn Jahre reichen kann.¹⁰³

¹⁰² Beachte dazu § 22 Abs 2, Abs 3 öFinStrG: Bei idealkonkurrierendem Zusammentreffen von einem Finanzvergehen und Betrug bzw Täuschung oder Urkundenfälschung bzw Beweismittelfälschung gilt, dass die Tat nur als Finanzvergehen zu bestrafen ist; anders aber bei qualifizierter Urkundenfälschung (§224 öStGB) und Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 öStGB) - vgl zum Gesamten *Seiler/Seiler*, Finanzstrafgesetz (2009) § 22 Rn 8ff, § 33 Rn 73f.

¹⁰³ Es handelt sich um ein Regelbeispiel, welches keinen Einfluss auf die Einordnung des Deliktes als Vergehen oder Verbrechen im Sinne des § 12 dStGB hat – genauer siehe D, II, 2 und D, II, 3, c.

Zusammenfassend kommt der Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers, derartige Delikte der Diversion nicht zugänglich zu machen, maßgebliche Bedeutung für den Anwendungsbereich der Vorschrift zu. So ist insbesondere zu bedenken, dass die größte Anzahl von Verstößen im Bereich der Wirtschaftskriminalität im Bereich des Steuerrechts zu finden sind.¹⁰⁴ Damit ist der Anwendungsbereich der deutschen Vorschrift entscheidend weiter.

Weiters ergeben sich teilweise Unterschiede hinsichtlich der Diversions- bzw. Einstellungseignung im Bereich des „Insiderhandels“¹⁰⁵ So ist in Deutschland jegliche Form des „Insiderhandels“ gem § 38 des Gesetzes über den Wertpapierhandel höchstens mit einer Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht, mithin als Vergehen ausgestaltet und daher unabhängig von der Schadenssumme einstellungsg geeignet. Demgegenüber ist der Missbrauch von Insiderinformationen gem § 48b Abs 1 zweiter Fall des österreichischen Börsegesetzes, dh in Fällen, in denen durch die Tat ein Vermögensvorteil von über 50.000 Euro erlangt worden ist, trotz der maximalen Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren nicht diversionsgeeignet. Dies ergibt sich aus den §§ 198 Abs 2 Z 1 öStPO iVm 31 Abs 2 Z 12 öStPO iVm 48h zweiter Satz öBörsG, da dem Landesgericht die Hauptverhandlung und die Urteilsfällung in derartigen Fällen als Schöffengericht obliegt. Dagegen sind sonstige Fälle des Missbrauchs einer Insiderinformation im Sinne des BörsG nach dieser Anwendungsvoraussetzung diversionsgeeignet. In Betracht dieser Ausführungen erscheint die diversionelle Erledigung in der Causa S., in der der Tatvorwurf auf „Insiderhandel“ lautete und ein Vermögensvorteil von weit über 50.000 Euro erlangt worden sein soll, gegen die aktuelle Anwendungsvoraussetzung zu verstoßen. Allerdings ist zu bedenken, dass der Fall im Jahr 2003 stattfand und zu dieser Zeit die Rechtslage eine andere war. So sah das damalige Börsegesetz unter anderem für „Insiderhandel“ höchsten Strafen von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafen bis 360 Tagessätze vor, wobei die höchstmögliche Tagessatzhöhe noch bei 327 Euro verortet war.¹⁰⁶ Zudem bestand die Regelung des § 48h

¹⁰⁴ Kummer in Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap 18 Rn 3.

¹⁰⁵ Verwertbare Zahlen sind dazu in offiziellen Statistiken der beiden Ländern nicht zu finden.

¹⁰⁶ Damals noch § 48a öBörsG, eingeführt durch BGBl 1993/529; Änderung der Tagessatzhöhe auf 500 Euro erst durch BGBl 2004/136.

BörsG noch nicht. Diese wurde erst im Jahre 2004 eingeführt.¹⁰⁷ Insoweit ist festzustellen, dass die getroffene Entscheidung in Hinsicht auf die deliktspezifische Anwendungsvoraussetzung mit der damaligen Rechtslage vereinbar war, allerdings seit dem im Bereich des Insiderhandels eine deutliche Verschärfung der Rechtslage erfolgt ist und die Entscheidung heute so nicht mehr möglich wäre. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass das diversionelle Vorgehen in der Causa S. ein „noch nie da gewesenes Interesse“¹⁰⁸ in der österreichischen Öffentlichkeit erzeugt hat und zu erheblichen Folgediskussionen und Rufen nach Verschärfungen im Bereich des „Insiderhandels“ führte.¹⁰⁹

Verallgemeinernd ist festzustellen, dass es in Deutschland aufgrund der alleinigen Anknüpfung an die Einstufung als „Vergehen“ im Sinne des § 12 dStGB nicht dazu kommen kann, dass Delikte unabhängig von ihrem Strafraum nicht einstellungsgeeignet sind.¹¹⁰ Demgegenüber hat der österreichische Gesetzgeber eine zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit, um Delikte aus anderweitigen Wertungsgründen aus dem Bereich der Diversion auszuschließen. Beachtlich ist insoweit, dass der österreichische Gesetzgeber im Bereich von bestimmten „Finanzdelikten“ die wertungsmäßige Notwendigkeit sah, diese dem Landesgericht als Schöffengericht aufzuerlegen bzw dadurch ein diversionelles Vorgehen auszuschließen. Insgesamt ist der Anwendungsbereich der deutschen Einstellungs Vorschrift – insbesondere im Bereich von Steuerdelikten und schweren Insiderhandelsfällen – erheblich weiter, was für die Erledigung von Fällen im Bereich der Wirtschaftskriminalität mit hohen Schadenssummen von enormer Bedeutung ist.

¹⁰⁷ BGBl I 2004/127.

¹⁰⁸ Vgl. „Die Presse“, 2003/34/03, 2003/50/02; „Süddeutsche Zeitung“, 13.08.2003 „Insiderhandel nur ein Kavaliersdelikt“.

¹⁰⁹ Vgl. „Die Presse“, 2003/34/03, 2003/50/02; „Süddeutsche Zeitung“, 13.08.2003 „Insiderhandel nur ein Kavaliersdelikt“.

¹¹⁰ Vgl. auch die Delikte der §§ 248 Abs 2 öStGB und 90a dStGB. Das österreichische Delikt ist trotz des niedrigen Strafraums von nur bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe aufgrund von § 31 Abs 2 Z 5 öStPO einer diversionellen Erledigung nicht zugänglich, wohingegen die vergleichbare Tat gem. § 90a dStGB als Vergehen einzuordnen und daher einstellungsgeeignet ist.

c. Vergehen und Verbrechen

Bei wortlautgetreuer Betrachtung besteht ein Unterschied dahingehend, dass in Deutschland Verbrechen nicht einstellungsgerecht sind, wohingegen solche in Österreich durchaus einer Diversion zugänglich sein können, soweit die oben genannten Grundsätze nicht einschlägig sind. Allerdings ist fraglich, ob sich daraus Unterschiede ergeben. Zunächst ist nämlich zu beachten, dass die Verbrechensdefinitionen in Deutschland und in Österreich unterschiedlich sind. In Deutschland liegt gem § 12 Abs 1 dStGB ein Verbrechen vor, wenn die Tat „im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber hinaus bedroht ist“. In Österreich sind dagegen Verbrechen gem § 17 Abs 1 öStGB als „vorsätzliche Handlungen“ definiert, „die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind.“ Bei der Bestimmung ist grundsätzlich die abstrakte Strafandrohung entscheidend, wobei strafsatzändernde Umstände zu berücksichtigen sind.¹¹¹ Danach ist beispielsweise ein gewerbsmäßiger Betrug gem §§ 146 iVm 148 erste Alternative öStGB aufgrund der Strafandrohung „mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren“ als Verbrechen und zugleich als diversionstauglich zu qualifizieren, da es nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengerichts fällt. Bei vergleichender Betrachtung könnte man wegen der formalen Einordnung als Verbrechen annehmen, dass dieses Delikt in Deutschland nicht einstellungsfähig wäre. Allerdings ist an dieser Stelle der oben genannte Unterschied der verschiedenen Verbrechensdefinitionen zu bedenken. So wäre das österreichische Delikt nicht nur bei hypothetischer Anlegung deutscher Maßstäbe als Vergehen einzuordnen, sondern es ist auch das entsprechende Delikt in Deutschland, dh § 263 Abs 1, Abs 3 Z 1 dStGB, aufgrund der Strafandrohung von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe als Vergehen einzuordnen, so dass es einstellungstauglich ist. Im Ergebnis ergibt sich daher kein tatsächlicher Unterschied bezüglich dieser Beispielsdelikte, wobei dieses Ergebnis für vergleichbare Delikte zu verallgemeinern ist. Aber auch in Fällen, in denen Delikte in Deutschland als Verbrechen einzuordnen sind, bestehen keine tatsächlichen Unterschiede zu Österreich. Insoweit wird die „scheinbare“ österreichische Weite durch die Wirkungen des § 31 Abs 2 und Abs 3 öStPO aufgezehrt, da danach keine Delikte ersichtlich

¹¹¹ Erläuterungen zu NR: GP XXIII RV 30, 131.

sind, die in Deutschland wegen einer Einordnung als Verbrechen nicht einstellungs-, in Österreich aber diversionstauglich sind.

d. Delikte mit Todesfolge

Ein Unterschied zwischen den Vorschriften besteht dahingehend, dass in Österreich ausnahmslos alle Delikte von der Diversion ausdrücklich ausgeschlossen sind, bei denen die Tat den Tod eines Menschen zur Folge hat, wohingegen von der deutschen Vorschrift die Einstellungsmöglichkeit nicht explizit für alle Delikte mit Todesfolge ausgeschlossen wird. Vielmehr werden indirekt - über die Anwendungsvoraussetzung „Vergehen“ - nur Delikte mit Todesfolge ausgeschlossen, die als Verbrechen einzuordnen sind. Damit sind Delikte wie „Mord“ gem § 211 dStGB, „Körperverletzung mit Todesfolge“ gem § 227 dStGB oder „Raub mit Todesfolge“ gem § 251 dStGB einer Einstellung nicht zugänglich, da „Mord“ im Grundsatz mit „lebenslanger Freiheitsstrafe“, „Körperverletzung mit Todesfolge“ im Grundsatz mit „Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren“ und „Raub mit Todesfolge“ im Grundsatz mit „lebenslanger oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren“ bedroht sind. Demgegenüber sind Delikte wie „Tötung auf Verlangen“ gem § 216 dStGB, bei der die Strafandrohung „Freiheitsstrafe sechs Monate bis fünf Jahren“ beträgt oder „fahrlässige Tötung“ gem § 222 StGB, bei der die Strafandrohung „bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe“ beträgt, als Vergehen einzuordnen und somit einstellungsg geeignet.

Insgesamt ist der Anwendungsbereich der deutschen Vorschrift damit zum Teil erheblich weiter, was von beachtlicher Bedeutung sein kann. Große Differenzen aus dem aufgefundenen Unterschied könnten sich nämlich im Rahmen von sogenannten Produkthaftungsfällen ergeben, soweit ein strafrechtlicher Tatvorwurf mit Todesfolge besteht. Beispielhaft wurde das Verfahren wegen des ICE-Zugunglückes im deutschen Eschede gegen Mitarbeiter der Deutschen Bahn AG und Mitarbeiter der Herstellerfirma des wahrscheinlich unglücksverursachenden Zug-Radreifens wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung nach Anklageerhebung gem § 153a StPO gegen Zahlung von jeweils 10.000 Euro eingestellt.¹¹² Demgegenüber wäre eine Diversion im Strafprozess wegen des ähnlich

¹¹² Vgl http://de.wikipedia.org/wiki/ICE-Ungl%C3%BCck_von_Eschede#cite_note-ap-2008-05-26a-6 mwN.

gelagerten Gletscherbahnunglücks im österreichischen Kaprun, in dem die Tatvorwürfe unter anderem auf fahrlässige Herbeiführung einer Feuersbrunst im Sinne des § 170 öStGB lauteten, nicht möglich gewesen, da die Tat den Tod vieler Menschen zur Folge hatte.¹¹³

e. Official- und Privatklagedelikte

Nur der Vollständigkeit wegen soll die Anwendungsvoraussetzung des § 199 öStPO „strafbare Handlung, die von Amts wegen zu verfolgen ist“ erwähnt werden, da sie für die Suche nach den Anwendungsobergrenzen bzw für den Bereich von Fällen mit großen Schadenssummen keine Bedeutung hat. Danach ist die Diversion nur bei Officialdelikten zulässig. Dies ergibt sich für das Hauptverfahren explizit aus § 199 öStPO. Für das Vorverfahren gilt dies ebenfalls, wobei eine ausdrückliche Regelung nicht vorhanden ist. Vielmehr folgt dies daraus, dass ein diversionelles Vorgehen im Rahmen des Vorverfahrens nur durch die Staatsanwaltschaft vorgesehen ist, die im Privatanklageverfahren aber nicht einschreiten kann. In Deutschland fehlt eine derartige Beschränkung auf Officialdelikte. Vielmehr sind grundsätzlich alle Vergehen nach § 153a dStPO einstellungstauglich. Eine Besonderheit ergibt sich allein dann, wenn Delikte im gerichtlich anhängigen Privatklageverfahren im Sinne der §§ 374ff dStPO geltend gemacht werden, da in einem solchen ein gerichtlicher Vergleich an die Stelle des § 153a dStPO tritt, bzw § 153a dStPO nicht anwendbar ist.¹¹⁴ Zu beachten ist jedoch, dass im Falle des Zusammentreffens von Privatklagedelikt und Officialdelikt § 153a dStPO für die gesamte Tat anwendbar ist.¹¹⁵ Insgesamt ist mangels entsprechender Anwendungsvoraussetzung der Anwendungsbereich der deutschen Vorschrift weiter als der der österreichischen.

¹¹³ Vgl dazu „http://de.wikipedia.org/wiki/Brandkatastrophe_der_Gletscherbahn_Kaprun_2“ mwN.

¹¹⁴ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 18 mwN.

¹¹⁵ *Meyer-Goßner*, StPO (2009) § 153a Rn 34; *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 17.

f. Ergebnisse

Insgesamt ist die österreichische Vorschrift in Hinblick auf die untersuchten starren, deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzungen erheblich enger konstruiert. Diese Unterschiede haben insbesondere für die Diversions- und Einstellungstauglichkeit von im Bereich der Wirtschaftskriminalität angesiedelter Fälle erhebliche Bedeutung. So ist hinsichtlich der oben fokussierten Fragen insbesondere hervorzuheben, dass in Deutschland die in diesem Bereich überwiegend auftretenden Betrugsdelikte sowie die qualitativer Hinsicht bedeutsamen Untreuedelikte in viel größerem Maße und Steuerdelikte sogar allein nur in Deutschland einstellungstauglich sind. Allgemeiner ist festzustellen, dass keine Delikte ersichtlich sind, die in Österreich diversions-, in Deutschland aber nicht einstellungstauglich sind. Umgekehrt sind in Österreich erheblich mehr Delikte von der Diversion ausgeschlossen als Delikte in Deutschland von der Einstellung.

III. ANWENDUNGSVORAUSSETZUNGEN BEURTEILUNGSSPIELRÄUMEN

MIT

ERHEBLICHEN

1. WAHRSCHEINLICHKEIT EINER VERURTEILUNG

a. Situation in Österreich

Der Wortlaut des § 198 Abs 1 öStPO verlangt eine hinreichende Klärung des Sachverhaltes, wofür nach der herrschenden Meinung¹¹⁶ nicht allein ausreicht, dass der Tatverdacht eine Anklageerhebung (Anklagereife) rechtfertigt. Die Anklagereife wird nämlich überwiegend schon dann angenommen, wenn nach der Aktenlage eine Verurteilung wahrscheinlicher ist als ein Freispruch bzw wenn die Staatsanwaltschaft nach eigener Prognose zu dem Ergebnis kommt, dass sie das Gericht von der Schuld des Verdächtigen überzeugen kann.¹¹⁷ In diesem Zusammenhang wird von „einfacher Wahrscheinlichkeit“¹¹⁸ gesprochen, wofür nicht ausreichen soll, wenn Beweisergebnisse für die Hauptverhandlung noch nicht prognostizierbar sind, so dass dann nur eine Einstellung gem §§ 190 bis 192 öStPO möglich wäre.¹¹⁹ Stattdessen sind nach der überwiegenden Literatur qualitativ weitergehende Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung zu stellen, wobei die genauen Anforderungen unterschiedlich weit reichen. So wird von „völlig beruhigender Klärung des Sachverhalts“¹²⁰ oder von „hoher Verurteilungswahrscheinlichkeit“¹²¹ gesprochen. Zudem wird gefordert, dass die Aufklärung im Zeitpunkt des Diversionsangebotes soweit erfolgt sein müsse, dass eine Veränderung der festgestellten Tatsachenlage ausgeschlossen werden kann und darauf basierend im Falle des Nichtvorliegens der Diversionsvoraussetzungen eine Verurteilung als einzig mögliche Variante bestehen bleibt.¹²² Außerdem wird davon gesprochen, der „tote

¹¹⁶ Moos, JBl 1997, 352; Seiler, AnwBl 2001, 447ff; Schroll, ÖJZ 1989, 45; ders, WK StPO § 198 Rn 3; Kienapfel/Höpfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil (2009) E 10 Rn 28; Schütz, Divisionsentscheidungen im Strafrecht. Grundlagen, Voraussetzungen und Indikationen (2003) 54ff; Miklau in Miklau/Schroll, Diversion 33.

¹¹⁷ Birklbauer/Mayrhofer, WK StPO, Vor §§ 210 - 215 Rn 15, § 210 Rn 5ff mwN.

¹¹⁸ Birklbauer/Mayrhofer, WK StPO § 210 Rn 5.

¹¹⁹ Birklbauer/Mayrhofer, WK StPO, Vor §§ 210 - 215 Rn 15.

¹²⁰ Moos, JBl 1997, 352.

¹²¹ Schroll, WK StPO § 198 Rn 3; ähnlich Schroll, ÖJZ 1989, 45; Kienapfel/Höpfel, AT E 10 Rn 28; Schütz, Divisionsentscheidungen 54ff; Miklau in Miklau/Schroll, Diversion 33.

¹²² Schütz, Divisionsentscheidungen 54; zustimmend Schroll, WK StPO § 198 Rn 3.

Punkt“¹²³ müsse überschritten sein, dh im Zeitpunkt der Diversionsentscheidung müsse ausgeschlossen werden können, dass es noch zu einer Einstellung des Verfahrens nach § 190 öStPO (Einstellung des Ermittlungsverfahrens), nach § 191 öStPO (Einstellung wegen Geringfügigkeit), nach § 192 öStPO (Einstellung bei mehreren Straftaten) oder zu einem Rücktritt von der Anklage kommen kann. Dies wird für jedes Verfahrensstadium vorausgesetzt, so dass sich die Anforderungen für eine Diversion in den verschiedenen Verfahrensstadien decken.¹²⁴

b. Situation in Deutschland

In Deutschland fehlt es an einer solchen expliziten Regelung. Vielmehr wird übereinstimmend vorausgesetzt, dass der Sachverhalt durchermittelt ist.¹²⁵ Im Weiteren wird eine Verurteilungswahrscheinlichkeit gefordert, wobei die Verfasser bei der Konkretisierung des Grades der Verurteilungswahrscheinlichkeit voneinander abweichen.¹²⁶ Vielfach ist der Begriff „hinreichender Tatverdacht“ zu finden, was zunächst den Eindruck erweckt, dass eine klare Lösung bestehen zu scheint. Allerdings handelt es sich bei dem Begriff des hinreichenden Tatverdachts im Sinne der §§ 170 Abs 1, 203 dStPO um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der unterschiedlich verwendet wird.¹²⁷ Entsprechend weichen die teilweise daran anknüpfenden Anforderungen der Verfasser bezüglich § 153a dStPO voneinander ab. Dabei ist eine genaue Differenzierung der einzelnen Ausführungen insbesondere hinsichtlich der zulässigen Zweifelsgrade aufgrund sehr ähnlicher Formulierungen kaum möglich. Es können jedoch zumindest Tendenzen auseinandergehalten werden. Vergleichsweise weit erscheint eine Strömung, die eine Anwendung für möglich hält, soweit nach dem gesamten Akteninhalt bei vorläufiger Tatbewertung eine spätere Verurteilung des Verdächtigen mit

¹²³ Höpfel, Staatsanwalt und Unschuldsvermutung. Die Grundlagen für die Veranlassung eines Strafverfahrens nach österreichischem Recht (1988) 183f.

¹²⁴ Schütz, Diversionsentscheidungen 54.

¹²⁵ Meyer-Goßner, StPO § 153a Rn 7; Beulke, LR StPO § 153a Rn 39; Eckl, JR 1975, 99; Fezer, ZStW 106 (1994), 23.

¹²⁶ Beulke, LR StPO § 153a Rn 39; Beulke/Fahl, NSTZ 2001, 428; Pfeiffer, StPO (2005) § 153a Rn 2; anders Meyer-Goßner, StPO § 153a Rn 7, 46, Schirrmacher, Neue Reaktionen auf umweltdeliktisches Verhalten (1997) 37f; Schoreit, KK StPO (2008) § 153a Rn 11.

¹²⁷ Vgl Übersicht bei Meyer-Goßner, StPO § 170 Rn 1; § 203 Rn 2 mwN.

Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.¹²⁸ Andere fordern dagegen weitergehende Überzeugungen bezüglich des Grades des Tatverdachts, wobei in den Ausführungen zu § 153a dStPO diesbezüglich eine überwiegende Tendenz erkennbar zu sein scheint.¹²⁹ Insoweit wird beispielhaft gefordert, dass eine hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit gegeben sein muss.¹³⁰ Übereinstimmung herrscht dahingehend, dass die jeweils geforderten Verdachts- bzw. Verurteilungsintensitätsgrade (zB „einfache“ gegenüber „hohe“ Wahrscheinlichkeit) in den verschiedenen Verfahrensstadien unterschiedlich starke Anforderungen an die zulässigen Zweifelsgrade nach sich ziehen können,¹³¹ so dass sich die gegenüberstehenden Strömungen mit laufendem Verfahrensgang annähern dürften. So können vor der Hauptverhandlung bestehende Widersprüche zwischen den Angaben der Verdächtigen und den vorhandenen Ermittlungsergebnissen in größerem Maße offengelassen werden (bzw. der Hauptverhandlung überlassen werden), als im Falle einer weit fortgeschrittenen Hauptverhandlung, bei der die maßgeblichen Tatsachen kaum noch veränderbar sein dürfen.¹³² Übereinstimmung herrscht zudem insoweit, dass eine Einstellung gem § 153 dStPO (Einstellung wegen Geringfügigkeit) oder nach § 170 Abs 2 dStPO (Einstellung wegen Fehlens genügenden Anlasses zur Erhebung der öffentlichen Klage) ausgeschlossen sein muss,¹³³ wobei die oben genannten Unterschiede auch hier Auswirkung haben.

c. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen

Formal betrachtet ist die österreichische Vorschrift bestimmter als die deutsche, da sie eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich des notwendigen Grades der Sachverhaltsaufklärung enthält. Tatsächlich relativiert sich dieser Unterschied jedoch, da in beiden Ländern nach den

¹²⁸ *Schirrmacher*, Reaktionen 37f; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 7, 46 - anknüpfend an den wohl herrschenden Begriff des hinreichenden Tatverdachts BGH StV 01, 580.

¹²⁹ *Eckl*, JR 1975, 101; *Hanack*, FS Gallas (1973) 349; *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 39; *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 428; *Pfeiffer*, StPO § 153a Rn 2.

¹³⁰ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 39; *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 428; noch enger wohl *Hanack*, FS Gallas 349; *Rüth*, DAR 1975, 6.

¹³¹ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 40.

¹³² BGH NJW 1970, 1543f; *Thode*, StV 2001, 581; *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 40.

¹³³ Vgl. beispielsweise *Schirrmacher*, Reaktionen 94, die § 153a dStPO als Alternative zu § 170 Abs 2 dStPO für unzulässig hält.

herrschenden Ansichten nicht am Wortlaut gehaftet werden soll, sondern davon abweichende Voraussetzungen gefordert werden. Fraglich ist, inwieweit sich diese unterscheiden bzw. gleichen. Zunächst ist insoweit Übereinstimmung zu erkennen, dass die Ansätze in beiden Ländern von der Intention getragen sind, vor einer zu leichtfertigen Anwendung der Vorschriften zu schützen. Insoweit ähneln sich die Ausführungen in den beiden Ländern. Ansonsten dürfte in Österreich - unabhängig davon, ob man die als herrschend bezeichnete oder die andere deutsche Strömung als Vergleichsgrundlage zugrunde legt - eine restriktivere Gesamttendenz zu vernehmen sein. Dies ist insbesondere damit zu begründen, dass in Österreich unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstadium in gleichem Maße gefordert wird, dass die maßgeblichen (Schuld-) Tatsachen geklärt sind, wohingegen in Deutschland selbst nach den restriktiveren Vertretern zumindest in früheren Verfahrensstadien Zweifelsfragen in weitergehendem Maße offen bleiben können.¹³⁴ Jedoch handelt es sich hierbei um Interpretationen von zum Teil sehr vage formulierten und oft nur durch geringe Wortlautunterschiede geprägte Ansätze, so dass noch tiefergehende Ausführungen unterbleiben sollen, um nicht in einen rein spekulativen Bereich zu kommen.

Stattdessen ist die Frage zu klären, wie die mit den weitgehend unbestimmten Anwendungsvoraussetzungen verbundenen Unsicherheiten in der Praxis gehandhabt werden, bzw. ob die genannten Grundsätze in der Praxis auch tatsächlich umgesetzt werden. Insoweit ist insbesondere zu bedenken, dass diese Anwendungsvoraussetzungen aufgrund der Unbestimmtheiten erhebliche „Einfallstore“ für anderweitig motivierte Ziele darstellen. Mangels ausreichender Praxisinformationen nicht genauer belegbar finden sich in der österreichischen Literatur kritische Stimmen, die vermuten lassen, dass in der Praxis Diversionsangebote auch gegenüber Unschuldigen ergehen.¹³⁵ Eine solche Handhabung verstößt natürlich gegen jegliche straf-, strafprozessualen sowie verfassungsrechtlichen Grundsätze und ist daher strikt zu verurteilen. Immerhin kann für die genannten österreichischen Fallbeispielen festgestellt werden, dass keine Zweifel mehr im Zeitpunkt der Entscheidungen bezüglich der entscheidungsrelevanten Tatsachen bestanden und somit bezüglich dieser Anwendungsvoraussetzung nicht zu beanstanden sind. Auch in der deutschen Literatur finden sich kritische Stimmen. So wird angeführt, dass diese

¹³⁴ Vgl. gegenüberstellend Schroll, WK StPO, Vor §§ 198-209 Rn 1 und Beulke, LR StPO § 153a Rn 40.

¹³⁵ Höpfel, FS Jesionek 332 mwN; ähnlich auch der Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 553.

Anwendungsvoraussetzung oftmals gar nicht beachtet werde.¹³⁶ Weiters wird der Eindruck geäußert, dass Gerichte § 153a dStPO zur Vermeidung möglicher Freisprüche nutzen würden.¹³⁷ In diesem Zusammenhang erscheint die Causa Mannesmann von besonderem Interesse. Wie angeführt hat der Bundesgerichtshof im Revisionsverfahren die Sache an eine andere Kammer des Landgerichts Düsseldorf zurückverwiesen, da nach dessen Ansicht die subjektive Seite nicht ausreichend geklärt war, um entscheiden zu können, ob sich die Verdächtigen in einem Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum oder einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden haben.¹³⁸ Insoweit ist festzuhalten, dass die Tatsachenlage noch nicht so weit aufgeklärt war bzw auch nicht von der letztlich einstellenden Kammer des Landgerichts Düsseldorf aufgeklärt worden ist, dass Zweifel an der Schuld ausgeräumt waren. Daher erscheint die erfolgte Einstellung in Hinblick auf den weit fortgeschrittenen Verfahrensstand durchaus bedenklich. Als weiteres Negativbeispiel ist die CDU-Spendenaffäre anzuführen, in der das Landgericht Bonn erstmals die Unklarheit der Rechtslage als einstellungsbegründenden Umstand qualifiziert hat.¹³⁹ Beachtlich ist insofern der begründende Hinweis des Landgerichts Bonn, wonach es in der Rechtsprechungspraxis in vielen Fällen auch zur Einstellung kommen soll, in denen „die für eine Verurteilung notwendige Tatsachenaufklärung einen Umfang an Personal, Zeit und Kosten erfordern würde, der gemessen an der zu erwartenden Strafe im Ergebnis unverhältnismäßig wäre.“¹⁴⁰ Dieser Ansatz ist auf erhebliche Kritik gestoßen. So wurde beispielsweise sinngemäß ausgeführt, ein möglicherweise strafloses Verhalten dürfe nicht auf Verdacht mit Sanktionen wie einer Zahlungsauflage belegt werden.¹⁴¹ Zugespitzt wird sogar vertreten, dass dieser Einstellungsgrund „an den Grundfesten des Selbstverständnisses der Justiz rüttelt“.¹⁴² Diesen kritischen Ansätzen ist zuzustimmen, was genauer zu begründen ist. Zunächst widerspricht ein derartiges Vorgehen dem Grundsatz, wonach eine Einstellung wegen fehlendem,

¹³⁶ Vgl. *Widmaier*, Münchner Anwaltshandbuch, Strafverteidigung (2006) § 3 Rn 140.

¹³⁷ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 30.

¹³⁸ BGHSt 50, 331ff.

¹³⁹ LG Bonn NSTZ 2001, 376: „weil die Rechtslage unklar ist“, 377: „nicht gänzlich zweifelsfrei“; zustimmend *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 16.

¹⁴⁰ So die Rechtsprechungspraxis zusammenfassend LG Bonn NSTZ 2001, 377.

¹⁴¹ So *Beulke/Fahl*, NSTZ 2001, 428; ähnlich auch *Hamm*, NJW 2001, 1695f; *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 39; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 2.

¹⁴² *Saliger*, GA 2005, 158; anders *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 16, die eine solche Kritik für „fragwürdig“ hält, da „der Normanwender bei der prozessualen Behandlung von Vergehenstatbeständen weitgehend freie Hand haben soll und in nahezu jedem Fall, in dem alle Verfahrensbeteiligten einverstanden sind, den prozeßökonomischen Weg der Einstellung gehen können.“

hinreichendem Tatverdacht im Sinne des § 170 Abs 2 dStPO einer Einstellung nach § 153a dStPO vorgeht.¹⁴³ Denn bei unklarer Rechtslage fehlt es gerade an einem hinreichenden Tatverdacht, da ein solcher zwingend inhaltlich und prüfungstechnisch vorgelagert voraussetzt, dass das vorgeworfene Verhalten überhaupt strafbar ist, dies aber bei Annahme einer unklaren Rechtslage gerade nicht feststeht. Insoweit wird die These bestätigt, wonach § 153a dStPO auch in Fällen angewendet wird, in denen eigentlich eine Einstellung gem § 170 Abs 2 dStPO notwendig wäre und der Verdächtige stattdessen zwischen Anklageerhebung und Einstellung gem § 153a dStPO wählen muss.¹⁴⁴ Zudem ist bei der Beurteilung der Umstände Unklarheit der Rechtslage zu bedenken, dass grundsätzlich der Grundsatz „iura novit curia“¹⁴⁵ gilt. Bei Annahme einer unklaren Rechtslage durch das Gericht ist aber gerade dies nicht gegeben, da ungeklärt ist, ob das vorgeworfene Verhalten überhaupt strafbar ist. Trotzdem soll es dafür ausreichen, eine Geldauflage zu rechtfertigen. Der Verdächtige zahlt damit in derartigen Fällen für eine Sache, die unter Umständen gar nicht rechtlich verwerflich ist. Insgesamt ist die Auferlegung einer solchen „Verdachtsstrafe bzw -sanktion“ schärfstens zu verurteilen, da dadurch die Errungenschaften des modernen Strafrechts wie beispielsweise die einen Rechtsstaat prägende Unschuldsvermutung und das Legalitätsprinzip sowie sonstige strafprozessuale, straf- und verfassungsrechtliche Grundsätze verletzt werden.

Alles in allem ist festzuhalten, dass bei konsequenter Umsetzung der theoretischen Ansätze die österreichische Vorschrift vom Anwendungsbereich her enger begrenzt ist als die deutsche, wobei die Gefahr von Abweichungen von diesen Grundsätzen in beiden Ländern nicht zu unterschätzen ist. Dabei dürfte in Hinblick auf die typische Fallstruktur im Bereich der Wirtschaftskriminalität eine besonders gesteigerte Gefahr für eine missbräuchliche Anwendung bestehen. Dies ist damit zu begründen, da gerade dort oftmals tatsächlich komplexe Fälle zur Betrachtung stehen, deren - den Anwendungsvoraussetzungen entsprechenden - Aufklärungen zum Teil mit erheblichen Aufwänden verbunden sein dürften, welche jedoch durch eine Missachtung der aufgezeigten Anforderungen verkürzt werden können. Vor derartigen, insbesondere durch die Ungenauigkeit der österreichischen Regelung sowie durch das Fehlen einer geschriebenen deutschen Regelung begünstigten Handhabungen

¹⁴³ Vgl dazu *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 428; *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 39f.

¹⁴⁴ Treffend *Widmaier*, Münchner Anwaltshandbuch, Strafverteidigung § 3 Rn 137.

¹⁴⁵ Das Gericht kennt das Recht.

ist abschließend schärfsten zu warnen, um insbesondere das Legalitätsprinzip und die Unschuldsvermutung nicht völlig auszuhöhlen. Insoweit ist hervorzuheben, dass bei derartigem Vorgehen aufgrund der eigentlichen Pflicht zu folgenloser Einstellung zu Unrecht die Zwangslage auferlegt wird, zwischen einer mit Folgen verbundenen Diversion bzw. Einstellung und einem Strafverfahren mit all seinen stigmatisierenden Wirkungen samt bestehendem Prozessrisiko zu wählen. Es wird daher lediglich eine „scheinbare“ Alternative angeboten. Hinsichtlich der österreichischen Vorschrift ist in diesem Zusammenhang noch auf einen weiteren, die Gefahren noch verschärfenden Aspekt hinzuweisen. So besteht nach der österreichischen Meinungslage regelmäßig die Möglichkeit, dass das jeweils verfahrensleitende Organ eine Verantwortungsübernahme bzw. Schuldeinsicht zwingend für ein diversionelles Vorgehen voraussetzt, was bei einem Leugnen der Tat nicht anzunehmen sei.¹⁴⁶ In Kombination mit einer nicht ausreichenden Verurteilungswahrscheinlichkeit erscheint eine solche Forderungen jedoch geradezu als Abschied von jeglichen straf-, strafprozess- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen.

¹⁴⁶ Vgl. zur bestehenden Meinungslage unter D, III, 3, a, (2).

2. SCHULDBEZOGENE ANWENDUNGSVORAUSSETZUNGEN

a. Österreichische Anwendungsvoraussetzung

(1) Inhalt und Anwendungsbereich

Die Anwendungsvoraussetzung des § 198 Abs 2 Z 2 öStPO „die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer (§ 32 StGB) anzusehen wäre“ wird durch eine mögliche Auflagenerfüllung nicht beeinflusst. Der Wortlaut und die Systematik der Vorschrift sind insoweit eindeutig. Die Anwendungsvoraussetzung wird daher auch als „absolute Grenze“¹⁴⁷ bezeichnet.

Die Schuld im Sinne der Anwendungsvoraussetzung ist an der Strafzumessungsschuld zu orientieren. Der Gesetzgeber hat dies im Zuge der Strafprozessrechtsform klargestellt, indem er das Klammerzitat „(§ 32 öStGB)“ in § 198 Abs 2 Z 2 öStPO eingefügt hat.¹⁴⁸ Übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass zur Bestimmung der Strafzumessungsschuld der Handlungs-, Gesinnungs- (täterspezifische Schuld) und Erfolgsunwert sowie sonstige für die Bestimmung der Strafe sonst noch bedeutsamen Umstände iSd §§ 32ff öStGB heranzuziehen sind bzw eine umfassende Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanten Tatumstände im Einzelfall vorzunehmen ist.¹⁴⁹ Damit sind die Strafzumessungsfaktoren der §§ 32ff öStGB und so auch alle Umstände vor, nach und neben der Tatbestandserfüllung heranzuziehen.¹⁵⁰ Nach der herrschenden Auffassung ist auch das Nachtatverhalten zur Schuldbestimmung zu berücksichtigen.¹⁵¹ Präventive Strafzwecküberlegungen sind dagegen nicht einzubeziehen.¹⁵² Maßgeblicher Zeitpunkt zur Bemessung der Schuld ist insoweit der Zeitpunkt der Diversionsbeurteilung und nicht der Zeitpunkt der Tatbegehung.

¹⁴⁷ Schütz, Diversionsentscheidungen 38.

¹⁴⁸ Erläuterungen zu NR: GP XXII RV 25, 237f.

¹⁴⁹ 15 Os 164/01; 13 Os 7/03; ZVR 2003/100, 357; *Fabrizy*, StPO (2008) § 198 Rn 5; *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 14; *Moos*, FS Platzgummer (1995) 74ff; *Seiler*, AnwBl 2001, 450; *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht (2009) Rn 404; *Schütz*, Diversionsentscheidungen 94ff; *ders*, JBl 2001, 330; *ders* in *Miklau/Schroll*, Diversion 24ff; anders in Hinblick auf die Berücksichtigung des Erfolgsunrechts *Jesionek*, JGG (2001) § 7 Anm 30; *Fuchs* in *Miklau/Schroll*, Diversion 47; vgl zu den nach der Praxis und der Literatur konkret zu berücksichtigen Umständen D, III, 2, a, (2).

¹⁵⁰ Vgl *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 24 mwN.

¹⁵¹ 13 Os 1/05d; 15 Os 164/01; *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 25; dagegen *Schütz*, Diversionsentscheidungen 92ff.

¹⁵² *Schütz*, Diversionsentscheidungen 39, 153; *Seiler*, Strafprozessrecht (2009) Rn 691; *Seiler*, AnwBl 2001, 450.

Unter Anlegung der allgemein gebräuchlichen Dreiteilung zur Einteilung möglicher Schuldgrade ist die Schuld nicht als schwer anzusehen, wenn sie gering oder im mittleren Bereich verortet ist.¹⁵³ Mit der herrschenden Meinung ist die Bestimmung der Schuld (-schwere) maßgeblich an den gesetzlichen Strafandrohungen, welche unter anderem Vorbewertungen des Unrechts- und Schuldgehaltes enthalten, auszurichten.¹⁵⁴ Weiters ist ein deliktübergreifender Maßstab anzulegen, was nach der Gesetzesbegründung ebenfalls mit der Einfügung des Klammerzitates „(§ 32 öStGB)“ in § 198 Abs 2 Z 2 öStPO verdeutlicht werden sollte.¹⁵⁵ Entsprechend ist „eine Relation zu den aufgrund ihrer Strafandrohungen insgesamt im Einzugsbereich der Diversion liegenden Delikten herzustellen“¹⁵⁶ und somit ein Gesamtstrafrahmen aus den Strafandrohungen aller diversionstauglichen Delikte zu ermitteln. Wie gesehen ergibt sich unter anderem aus der Anwendungsvoraussetzung des § 198 Abs 2 Z 1 öStPO „die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffengericht oder Geschworenengericht fällt“, dass Delikte nicht herangezogen werden dürfen, deren Strafandrohung fünf Jahre übersteigen, wobei nicht entscheidend ist, ob es sich bei den betreffenden Delikten um Vergehen oder um Verbrechen handelt. Damit reicht der Gesamtstrafrahmen höhenmäßig betrachtet von Geldstrafe bis zu maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe. Der Durchschnittsfall des jeweils verwirklichten Delikts ist dann in Bezug zu dem Gesamtstrafrahmen zu setzen. Von diesem Einstiegspunkt ausgehend ist die konkret verwirklichte Schuld im Gesamtstrafrahmen zu lokalisieren. In der Literatur wird daraus gefolgert, dass bei einem Delikt mit einer geringen Strafandrohung aufgrund der deliktübergreifenden Betrachtungsweise grundsätzlich keine schwere Schuld erreicht werden kann.¹⁵⁷ Abgestellt wird diesbezüglich darauf, dass bei einem solchen Delikt die Verwirklichung des Tatbestandes gegenüber der Verwirklichung eines Delikts mit hohem Strafrahmen grundsätzlich auf kein hohes Maß an krimineller Energie sowie einen nicht erheblichen sozialen Störwert und damit auf einen nicht gesteigerten Unrechtsgehalt

¹⁵³ Schroll, WK StPO § 198 Rn 28, Schütz, Diversionsentscheidungen 77f, 100ff, 151.

¹⁵⁴ 13 Os 111/00; 11 Os 107/97; 15 Os 3/97; Schroll, WK StPO § 198 Rn 28; Schütz, JBl 2001, 330f.

¹⁵⁵ Erläuterungen zu NR: GP XXII RV 25, 237f.

¹⁵⁶ Schroll, WK StPO § 198 Rn 28; ähnlich 15 Os 42/07a, JBl 2008, 129; 15 Os 128/07y; 14 Os 32/08z; 13 Os 135/03; Schütz, Diversionsentscheidungen 99, 102; Seiler, AnwBl 2001, 450f.

¹⁵⁷ Schroll, WK StPO § 198 Rn 28f - „in der Regel“; ähnlich Schütz, Diversionsentscheidungen 78 - „nur selten ein Problem“, 99ff, 152; Michel-Kwapinski/Schütz, RZ 2008, 219f, die dies am Beispiel des § 159 öStGB näher verdeutlichen;

anders Mayerhofer, StPO (2004) § 90a Ziffer 2), der die „Schwere Schuld“ im Bereich der Fahrlässigkeit mit dem zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit gleichsetzt.

hindeutet.¹⁵⁸ Ein durchschnittliches Verschulden rechtfertigt die Annahme einer schweren Schuld im Sinne des § 198 öStPO aus diesem Blickwinkel daher regelmäßig nicht. Konsequenterweise soll aus gleichem Grunde die Schuld auch bei mittelschweren Delikten grundsätzlich nicht als schwer einzustufen sein.¹⁵⁹ Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass nach der Literatur bei Delikten, deren Strafandrohungen klar unter fünf Jahren Freiheitsstrafe verortet sind, Fälle mit schwerer Schuld im Sinne der Anwendungsvoraussetzung aufgrund der deliktübergreifenden Konstruktion nur ausnahmsweise möglich sein sollen.¹⁶⁰ Aus dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität fallen beispielsweise die Bilanzfälschungsdelikte der §§ 255 öAktG und 122 öGmbHG, die mit Strafandrohungen bis höchstens einem Jahr Freiheitsstrafe belegt sind, in diesen Bereich. Als höchstens mittelschwere Delikte sind beispielsweise die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gem § 159 öStGB, welche mit einer Strafe von höchstens zwei Jahren bedroht ist, sowie Schwerer Betrug gem §§ 146 iVm 147 Abs 2 öStGB und Veruntreuung gem § 133 Abs 1, Abs 2 erste Alternative öStGB, die beide mit Strafandrohungen bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe belegt sind, zu nennen. Demgegenüber sollen nach der Literatur bei Delikten, deren maximalen Strafandrohungen nahe bzw bei fünf Jahren Freiheitsstrafe verortet sind, bei durchschnittlicher Tatbegehung erhebliche Milderungsgründe notwendig sein, um eine schwere Schuld im Sinne der diversionellen Anwendungsvoraussetzung ablehnen zu können.¹⁶¹ Als Deliktbeispiel ist insoweit ein Gewerbsmäßiger Betrug gem §§ 146 iVm 148 erste Alternative öStGB, der mit einer Strafandrohungen „mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren“ belegt ist, zu nennen.

Insgesamt lässt sich in der Literatur zwar dahingehende Übereinstimmung vernehmen, dass ein deliktübergreifender Gesamtstrafrahmen zu bilden ist und die Strafandrohungen Vorbewertungen des Gesetzgebers enthalten, die auf die Beurteilung der Schwere der Schuld einzufließen haben. Insoweit scheinen die Literaturansichten eng am deliktübergreifenden Ansatz zu heften. Allerdings sind deliktspezifische Tendenzen insoweit zu erkennen, als dass in den Literaturansichten unabhängig von den Strafandrohungen der Delikte Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen sind, indem nur grundsätzlich von diesen Grundsätzen

¹⁵⁸ Schroll, WK StPO § 198 Rn 28f.

¹⁵⁹ Schütz, Diversionsentscheidungen 152; vgl auch Michel-Kwapinski/Schütz, RZ 2008, 219f, die dies am Beispiel des § 159 öStGB näher verdeutlichen.

¹⁶⁰ Ähnlich Schütz, Diversionsentscheidungen 99.

¹⁶¹ Schroll, WK StPO § 198 Rn 28f.

auszugehen ist. Nähere Anhaltspunkte für konkrete Anwendungsobergrenzen sind nicht zu erkennen.

Im Weiteren soll die Handhabung in der Praxis untersucht werden. Zunächst sind dafür die mengenmäßig dominierenden Praxisentscheidungen zu betrachten, bei denen die Tatvorwürfe auf fahrlässige Körperverletzungen im Sinne des § 88 Abs 1 öStGB lauteten. Gegenstand der Verfahren waren überwiegend Verkehrsunfälle. In der früheren Praxis bestand eine Hauptfrage dieser Verfahren darin, ob bei Ablehnung des Strafbefreiungshindernisses „kein schweres Verschulden“ im Sinne des § 88 Abs 2 öStGB eine Diversion automatisch wegen Nichtvorliegen der diversionellen Anwendungsvoraussetzung „die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer anzusehen wäre“ ausgeschlossen ist. Dies wurde oftmals bejaht.¹⁶² So wurde beispielsweise eine schwere Schuld im Sinne der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung regelmäßig in Fällen angenommen, in denen die Autofahrer durch Übersehen einer roten Ampel oder einer Stopptafel bzw durch Überfahren einer doppelten Sperrlinie Verkehrsunfälle verursachten.¹⁶³ Insgesamt erfolgte daher in Hinblick auf die höchsten drei Monate Freiheitsstrafe vorsehende Strafandrohung des § 88 Abs 1 öStGB bzw aufgrund der Annahme einer schweren Schuld bei nicht als überdurchschnittlich einzuordnenden Begehungsweisen eine als sehr streng und restriktiv einzuordnende Handhabung der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung. Allerdings judiziert der OGH seit 30. Mai 2007¹⁶⁴ in ständiger Praxis¹⁶⁵ davon abweichend, dass die Schuldschwere im Sinne der Anwendungsvoraussetzung der Diversionsvorschrift völlig unabhängig von der Schuldschwere im Sinne des Strafbefreiungshindernisses des § 88 Abs 2 öStGB zu beurteilen ist. Abgestellt wird im wesentlichen darauf, dass der Gesetzgeber bei Delikten mit niedrigen Strafandrohungen einen entsprechend niedrigen sozialen Störwert angesetzt habe und daher bei derartigen Delikten die Grenze zur Annahme einer schweren Schuld im Sinne der diversionellen Anwendungsvoraussetzung im Vergleich zu mit höheren Strafen bedrohten Vergehen oder Verbrechen höher liege. Daran anknüpfend wurde für Fälle des § 88 öStGB

¹⁶² Vgl LGSt Wien ZVR 2001/77; LGSt Wien ZVR 2001/79; LGSt Wien ZVR 2001/80; *Mayerhofer*, StPO § 90a Ziffer 2.), wonach die „Schwere Schuld“ im Sinne des § 88 Abs 2 öStGB im Bereich der Fahrlässigkeit mit dem zivilrechtlichen Begriff der groben Fahrlässigkeit gleichzusetzen und qualitativ über der diversionellen, schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung angesiedelt sein soll.

¹⁶³ Vgl dazu *Soyer*, „Die Presse“, 2003/38/05.

¹⁶⁴ 15 Os 42/07a.

¹⁶⁵ 15 Os 128/07y; 14 Os 32/08z; 15 Os 64/08p; 15 Os 162/08z.

aufgrund der vergleichsweise geringen Strafandrohung gefolgert, dass grundsätzlich keine schwere Schuld im Sinne der diversionellen Anwendungsvoraussetzung gegeben sein könne bzw bei Fällen des § 88 Abs 1 öStGB ein diversionelles Vorgehen nur in „besonderen Ausnahmefällen“¹⁶⁶ ausgeschlossen sei. Der Oberste Gerichtshof spricht insoweit von der Notwendigkeit, dass „ein außergewöhnlich gravierender Sorgfaltsverstoß vorliegt, der einen Schadenseintritt mehr als wahrscheinlich erscheinen lässt, wobei die Tat mit einem erheblichen sozialen Störwert einhergehen muss.“¹⁶⁷ Diesbezüglich ist eine obergerichtliche Entscheidung von August 2008 zu nennen, indem der Oberste Gerichtshof einen solchen Ausnahmefall annahm.¹⁶⁸ Tatsächlich ging es darum, dass ein alkoholisierter Verdächtiger dem Opfer Bier ins Gesicht schüttete und dabei das Bierglas am Kinn des Opfers zerbrach, was zu Schnittverletzungen am Kinn führte. Zur Begründung der als auffallend und ungewöhnlich eingestuften Unwerthöhe von Handlungs- und Gesinnungsunwert stellte das Gericht maßgeblich darauf ab, dass es sich um eine einer vorsätzlichen Tat angenäherte, vollkommen grundlose Aggressionshandlung handele sowie auf das mehr als geringfügig verschuldete Erfolgsunrecht und die erhebliche, in der Tat deutlich werdende, täterspezifische Schuld.

Insgesamt ist eine begrüßenswerte Abkehr¹⁶⁹ von der bisherigen, äußerst restriktiven Praxis zu § 88 öStGB zu erkennen. Allerdings ist die Abkehr nicht überzubewerten, da die vorgesehene Ausnahmemöglichkeit erhebliche deliktspezifische Tendenzen vermittelt, indem die Annahme einer schweren Schuld im Sinne der Anwendungsvoraussetzung selbst bei nur höchstens mit drei Monaten Freiheitsstrafe bedrohten, fahrlässigen Körperverletzungen im Sinne des § 88 öStGB nicht ausgeschlossen ist.

Deliktspezifische Anwendungstendenzen sind in der Praxis zudem auch bezüglich vorsätzlich verwirklichter Delikte zu erblicken. So wurde beispielsweise auch bei einer Bestechung im Sinne des § 307 Abs 2 öStGB, die lediglich mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen belegt ist, eine schwere Schuld im Sinne der diversionellen, schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung angenommen.¹⁷⁰ Ebenso wurde in der Praxis bei einer falschen Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde im Sinne des

¹⁶⁶ 15 Os 42/07a.

¹⁶⁷ 15 Os 42/07a.

¹⁶⁸ 15 Os 64/08p.

¹⁶⁹ Ähnlich *Burgstaller*, JBl 2008, 129; Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 553f.

¹⁷⁰ 12 Os 45/04 - zu den Umständen der Tat vgl genauer D, III, 2, a, (2).

§ 289 öStGB, bei der die Strafandrohungen bei höchstens einem Jahr Freiheitsstrafe verortet ist, schweres Verschulden im Sinne der Anwendungsvoraussetzung bejaht.¹⁷¹ Demgegenüber stehen die erfolgten Diversionen in der Causa S., der Causa Lombard Club als auch in der Causa Hypo Alpe Aria, wobei nähere Informationen zum angelegten Wertungsmaßstab nicht vorhanden sind, jedoch aufgrund der erfolgten Diversionen eher auf eine breiter gefächerte Auslegung zu schließen sein dürfte. Auffällig erscheint insoweit, dass in Abgrenzung zu den meisten genannten Entscheidungen keine Körperverletzungsdelikte Gegenstand der Verfahren waren. Zur möglichen Handhabung bei Delikten mit hohen Strafandrohungen sind verbindliche Schlussfolgerungen aufgrund der vorhandenen Informationslage sowie in Hinblick auf den bestehenden Zwiespalt zwischen scheinbarer theoretischer Einigkeit betreffend der in Ansatzbringung aller diversionstauglichen Delikte auf der einen Seite und quasi umgekehrter, (deliktspezifisch-) restriktiver Handhabung auf der anderen Seite so gut wie nicht möglich. Allerdings dürfte die Gefahr groß sein, dass bei derartigen Delikten Erst-Recht eine sehr restriktive Handhabung erfolgt. Als Indiz dafür dürfte zu werten sein, dass keine (aktuellen) Praxisfälle zu derartigen Delikten bekannt sind. Hinsichtlich der Causa S. ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass der Gesetzgeber nach der Entscheidung eine Gesetzesänderung durchführte, wodurch Insiderdelikte mit erlangten Vermögensvorteilen von über 50.000 Euro trotz der Strafandrohung von höchstens fünf Jahren nicht mehr diversionstauglich sind.

Insgesamt erfolgte oftmals eine als äußerst restriktiv einzuordnende bzw von rein deliktübergreifenden Maßstäben entfernte Praxis, wobei die Fallbeispiele als „Ausreißer“ einzuordnen sind. Verallgemeinerungsfähige Informationen zu konkreten Anwendungsobergrenzen sind den Praxisentscheidungen nicht zu entnehmen.

Alles in allem ist sowohl in der Praxis als auch in der Literatur eine konsequente Anwendung eines deliktübergreifenden Maßstabs bzw eine Ausschöpfung der theoretisch möglichen Weite nicht zu erkennen. Vielmehr sind zum Teil sehr restriktive Tendenzen zu vernehmen, wobei die Literaturansichten gegenüber vielen Praxisentscheidungen vergleichsweise weit erscheinen. Klare Anwendungsobergrenzen können der Literatur und der Praxis nicht entnommen werden sind. Aus präjudiziellem Blickwinkel bleibt für

¹⁷¹ 13 Os 35/07g - zu den Umständen der Tat vgl genauer D, III, 2, a, (2).

Wirtschaftsfallkonstellationen mit betroffenen Vermögensdelikten in Hinblick auf die begleitenden Fallbeispiele zu vermerken, dass die dort getroffenen Beurteilungen insbesondere gegenüber den Körperverletzungskonstellationen als vergleichsweise extensiv erscheinen.

(2) Heranzuziehende Umstände

Nach Feststellung der abstrakten Inhalte der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung soll nun aufgezeigt werden, inwieweit diese im Sinne der diversionsbezogenen Literatur und Praxis zu konkretisieren sind. Aufgrund der getroffenen Fokussierungen bzw in Hinblick auf die Suche nach den Anwendungsobergrenzen der Vorschriften ist der Schwerpunkt der Prüfung darauf gerichtet, welche qualitativen Stellenwerte den für den Bereich der Wirtschaftskriminalität typischen Umständen beizumessen bzw wo Grenzbereiche verortet sind. Eine Bezugnahme zur umfangreichen Strafzumessungsrechtsprechung bzw hinsichtlich dort erfolgter Konkretisierungen wird jedoch trotz der inhaltlichen Nähe nicht vorgenommen. Dies ist insbesondere damit zu begründen, dass nach der Konstruktion der Diversionsvorschrift eine inhaltlichen Trennung in eine schuld- und eine präventionsbezogene Anwendungsvoraussetzung und damit eine Trennung zwischen schuld- und präventionsbezogenen Umständen erfolgt, eine derart randscharfe Abgrenzung in der Strafzumessungsrechtsprechung aber grundsätzlich nicht aufzufinden ist.¹⁷² Zudem ergeben sich aus der Betrachtung der Rechtsprechung zur Strafzumessung keine konkret übertragbaren Erkenntnisse, inwieweit Umstände diversionsausschließend wirken können bzw für die schwerpunktmäßig interessierenden Fragen, wo mögliche Grenzbereiche der diversionellen (schuldbezogenen) Anwendungsvoraussetzung verortet sind. Dies ist damit zu begründen, dass beispielsweise aus der Einordnung in stark schuld- bzw strafferhöhend mangels inhaltlich fehlender Deckungsgleichheit der Prüfungsziele keine diesbezüglich zwingend „übersetzbaren“ Information zu entnehmen sind. Gleichwohl können die in der Strafzumessungsrechtsprechung getroffenen Einordnungen in mildernde oder erhöhende Umstände sowie das jeweils angenommene Gesamtverhältnis der Umstände zueinander als

¹⁷² Vgl dazu *Schütz*, Diversionsentscheidungen 79.

gewisse abstrakte Orientierungshilfe für das wertungsmäßige Verständnis verfahrensleitender Organe herangezogen werden. Allerdings sind darüber hinausgehende Schlussfolgerungen aufgrund des mit dem System der Strafzumessung nicht deckungsgleichen Systems der Gesamtbegrenzung der Diversionsvorschrift mit großer Vorsicht zu genießen.

Unter dem Gesichtspunkt verschuldeter Schädigungen oder Gefährdungen soll nach der Literatur im Rahmen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung ein absichtlich herbeigeführter, erheblicher Delikterfolg besonders schwer auf die Schuldschwere wirken.¹⁷³ Dagegen soll die bedingt vorsätzlich verursachte Schädigung weniger stark und die unbewusst fahrlässige Verursachung auch bei erheblichen Tatfolgen nur minimal wiegen.¹⁷⁴ Bezugnehmend auf die Ausführungen zur subjektiven Begehungsweise ist aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität eine als begrüßenswertere konkret zu bezeichnenden, kurz nach der Causa Lombard Club erfolgte Entscheidung des Obersten Gerichtshof¹⁷⁵ zu nennen, indem er eine schwere Schuld im Falle eines versuchten Kartellmissbrauches nach § 129 Abs 1 des Kartellgesetzes¹⁷⁶ durch Beeinflussung eines Bieter- bzw Ausschreibungswettbewerbes angenommen hat. Konkret führte er an, dass das „gezielt auf Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtete Vorgehen einen deutlich überdurchschnittlichen Handlungs- und Gesinnungsunwert signalisiert, demzufolge die Schuld des Angeklagten unter Abwägung aller schuldrelevanten Strafzumessungsfaktoren bereits als schwer einzustufen ist.“¹⁷⁷ Diese Bewertung scheint den aufgezeigten Literaturansätzen zu entsprechen. Gegenteilig erscheinen dagegen die Causa Lombard Club, in der nach der Verdachtslage ein vergleichbares Vorgehen aufzufinden ist, sowie die Causa S., in der nach der Verdachtslage auf eine gezielte Eigenbereicherung zu schließen ist, trotzdem aber diversionell vorgegangen wurde. Insoweit sind bei diesen Entscheidungen deutliche Abweichungen von den oben genannten Literaturgrundsätzen zu erkennen. Zudem zeigt sich in der bekannten Praxis oftmals ein anderes Bild als in der Literatur, indem wie oben gesehen selbst bei fahrlässig herbeigeführter Körperverletzungen mit geringen Tatfolgen regelmäßig auf eine schwere Schuld geschlossen

¹⁷³ Schroll, WK StPO § 198 Rn 16.

¹⁷⁴ Schroll, WK StPO § 198 Rn 16; Schütz, JBl 2001, 330.

¹⁷⁵ 13 Os 135/03.

¹⁷⁶ BGBl I 1988/600.

¹⁷⁷ 13 Os 135/03.

wurde.¹⁷⁸ Insgesamt sind mehrfach Abweichungen von den Literaturansätzen sowohl hinsichtlich der Behandlung der subjektiven Seite als auch hinsichtlich der Behandlung der Tatfolgen zu erkennen, wobei diese in den Fallbeispielen aufgrund der vergleichsweise zurückhaltenden Einordnungstendenzen von nach den Verdachtslagen vorsätzlich verursachten, hohen betroffenen Vermögenswerten besonders auffällig sind. Letzteres erscheint insbesondere in Hinblick auf die im Bereich der Wirtschaftskriminalität typischerweise vorkommenden Vermögensdelikte von außerordentlicher Bedeutung.

Damit eng verknüpft ist die Kompensationswirkung nachträglicher Wiedergutmachungsleistungen. Hinsichtlich der Causa S. ist insofern anzumerken, dass vor dem diversionellen Vorgehen eine Spende des durch die mutmaßliche Tat erlangten Gewinnes erfolgte, allerdings konkrete Informationen hinsichtlich der durch das Gericht angenommenen Bedeutung nicht vorhanden sind. Aufgrund der erfolgten Diversion und der Tatsache, dass dieser Umstand trotz der wenigen Informationen bekannt ist, ist aber zu vermuten, dass diesem Umstand beträchtliche Kompensationswirkung beigemessen wurde. Ähnlich wird der Wiedergutmachung in Teilen der Literatur eine „erhebliche“¹⁷⁹ Kompensationskraft bezüglich des Erfolgsunwertes beigemessen. In der sonstigen Praxis sind diverse Entscheidungen zu finden, in denen dem Aspekt der Schadensgutmachung ebenfalls schuld-mildernde Wirkung beigemessen worden ist,¹⁸⁰ jedoch qualitativ überragende Stellenwerte nicht zu erkennen sind.¹⁸¹ Außerdem findet sich in der Literatur auch eine gegenteilige Ansicht, wonach derartige Handlungen als Nachtatverhalten das feststehende Handlungsunrecht nicht verändern könnten und daher nur bei der Beurteilung der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung berücksichtigt werden dürfen.¹⁸² Die herrschende Literatur tritt dieser Argumentation allerdings mit dem Verweis auf die im

¹⁷⁸ Vgl D, III, 2, a, (1).

¹⁷⁹ Schroll, WK StPO § 198 Rn 16; für die Ausgleichbarkeit des Erfolgsunwertes *Fuchs* in *Miklau/Schroll*, Diversion, 47.

¹⁸⁰ 13 Os 1/05d; 15 Os 110/02; 15 Os 164/01.

¹⁸¹ Vgl beispielhaft 15 Os 164/01, in der OGH trotz kompletter Schadensgutmachung und Unbescholtenheit des Verdächtigen eine Kompensation der negativ bewerteten Umstände verneinte und eine schwere Schuld im Sinne der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung annahm; vgl auch 15 Os 110/02, wo trotz Schadensgutmachung und Fürbitte ein diversionelles Vorgehen abgelehnt wurde – Beachte aber: beide Fälle lagen nicht im Bereich der Wirtschaftskriminalität; Deliktbereiche: Im erstgenannten Fall Beitragstat zu schwerem Diebstahl (§§ 12 dritter Fall, 127, 128 Abs 1 Z 2 öStGB) und im zweitgenannten Fall vorsätzliche Körperverletzung (§ 83 Abs 1 öStGB).

¹⁸² Schütz, Diversionsentscheidungen 92ff.

Rahmen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung maßgebliche Strafzumessungsschuld entgegen, die sowohl durch die Betrachtung der Tatschuld als auch nach allen sonstigen Strafzumessungsfaktoren zu bestimmen sei.¹⁸³ Insgesamt ist überwiegend eine maßgebliche, aber nicht alles überragende (Kompensations-) Bedeutung von Wiedergutmachungsleistungen zu erkennen. Bezüglich der Bedeutung für Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität ist indes zu bedenken, dass bei diesen oftmals Vermögensdelikte Gegenstand der Verfahren sind und mit diesen in der Regel ausgleichbare Vermögensschäden einhergehen. Zudem ist für die Beurteilung der Bedeutung bemerkenswert, dass Schadenwiedergutmachungen grundsätzlich unabhängig von der Schadenshöhe positiv zu berücksichtigen sind.

Schuldsteigernde Momente wurden in der Praxis teilweise aus der Verletzung von aus beruflichen Stellungen folgenden Verantwortungen hergeleitet. So wurde die Diversionseignung wegen der Schwere der Schuld für einen Fall verneint, indem ein Streifenpolizist eine Falschaussage vor einer Verwaltungsbehörde im Sinne des § 289 öStGB getätigt hat.¹⁸⁴ Aufgrund seines Amtes sei er zu besonderer Gesetzestreue verpflichtet gewesen. Dabei kam nach Ansicht des Gerichts dem bisherigen, ordentlichen Lebenswandel und der geständigen Verantwortung keine ausreichende Kompensationskraft zu, um den vorgenannten Umstand auszugleichen. Dies lässt sodann Rückschlüsse auf eine beachtliche qualitative Wertung zu. Weiters wurde in einem Verfahren wegen versuchten schweren Betruges gem §§ 15, 146, 147 Abs 2 öStGB aufgrund Vortäuschens eines erhöhten Honoraranspruchs gegen einen Rechtsanwalt eine schwere Schuld im Sinne der diversionellen Anwendungsvoraussetzung angenommen. Dabei wurde neben der „eklatanten“¹⁸⁵ Überschreitung der in § 147 Abs 2 öStGB vorgesehenen Höhengrenze die „besondere Vertrauensstellung“¹⁸⁶ eines Rechtsanwaltes bzw Verteidigers zur Begründung angeführt. Außerdem wurde eine schwere Schuld im Sinne der diversionellen Anwendungsvoraussetzungen im Verfahren gegen einen Rechtsanwalt wegen versuchter Nötigung im Sinne der §§ 15, 105 Abs 1 öStGB bejaht, in dem dieser einer Rechtsunkundigen zu Unrecht rechtliche Folgen für den Fall der Einlegung von Einwendungen in einem

¹⁸³ Schroll, WK StPO § 198 Rn 25.

¹⁸⁴ 13 Os 35/07g.

¹⁸⁵ 14 Os 38/02.

¹⁸⁶ 14 Os 38/02.

Baurechtsverfahren androhte.¹⁸⁷ Dabei stellte das Gericht insbesondere auf die Rechts- und Standespflichten eines Rechtsanwaltes bzw die daraus hervorgehenden Verantwortungen sowie die öffentliche Vertrauensstellung ab. Zudem ist zu entnehmen, dass nach Ansicht des Gerichts die disziplinarrechtlichen Folgen der Tat nicht zur Kompensation des begründeten Gesinnungsunwertes geeignet waren. Dies lässt wiederum Rückschlüsse auf die angenommenen, qualitativen Bewertungen zu. Ferner wurde bei einem Tatvorwurf nach §§ 12 zweiter Fall, 120 Abs 1 öStGB die Ausnutzung einer Führungsposition in der Strafrechtspflege, namentlich die Funktion als Kommandant einer Polizeiinspektion, zur Anstiftung eines untergeordneten Polizeibeamten zu einer illegalen Abhöraktion andere Polizeibeamter als entscheidendes Kriteriums zur Annahme einer schweren Schuld angenommen.¹⁸⁸ Insgesamt ist angesichts dieser Praxis ein diversionelles Vorgehen bei der Verletzung von mit rechtspflegenden Berufen zusammenhängenden oder aus Beamtenstellungen folgenden Pflichten und Verantwortungen selten zu erwarten, wobei dies für den Bereich der Wirtschaftskriminalität eher selten von Relevanz sein dürfte. Demgegenüber ist aus den Diversionen in den Fallbeispielen zumindest zu folgern, dass den angeblichen Verletzungen der aus den unternehmensbezogenen Führungspositionen folgenden Verantwortungen und Pflichten keine diversionsausschließenden Wirkungen beigemessen wurden. Damit sind diversionsausschließende Tendenzen mangels dahingehender Entscheidungen selbst bei Verletzungen von aus hohen Führungspositionen in Unternehmen folgenden Pflichten und Verantwortungen eher selten zu erwarten. Für die Beurteilung von Fällen aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität ist dies von herausragender Bedeutung, da die Verdächtigen typischerweise gehobene berufliche Stellungen innehaben bzw verletzen.

Desweiteren sollen nach der Literatur unter dem Aspekt des Gesinnungsunwerts der Tat täterspezifische Beurteilungskriterien wie die Erkenntnisfähigkeit bzw die tatsächliche Erkenntnis des Unrechts oder die Zumutbarkeit rechtstreuen Verhaltens relevant sein.¹⁸⁹ Konkret soll beispielsweise ein Handeln aus Not als positiv zu bewertender Umstand zu berücksichtigen sein, als negativ zu berücksichtigender Umstand dagegen gewerbsmäßiges

¹⁸⁷ 12 Os 18/03.

¹⁸⁸ 14 Os 76/07v.

¹⁸⁹ Schroll, WK StPO § 198 Rn 20; Moos, FS Platzgummer 74ff.

Handeln.¹⁹⁰ In der Praxis wurde beispielsweise ein „besonders hoher Grad verwerflicher Gesinnung“¹⁹¹ in einen Bestechungsfall im Sinne des § 307 Abs 2 öStGB angenommen, indem die Verdächtigen durch Schmiergeldzahlungen bzw Bestechungen behördliche Genehmigungen erlangten.¹⁹² Gegen ein diversionelles Vorgehen bzw für die Annahme einer schweren Schuld wurden die erheblichen, durch die Verdächtigen an die Beamten gewährten Zuwendungen, die Vielzahl der Handlungen sowie die sich über Jahre erstreckende, „planmäßig auf eine regelrechte Korrumpierung der von den Angeklagten in Anspruch genommenen Dienststelle abzielende Delinquenz“¹⁹³ angeführt. Allerdings ging diese Entscheidung ähnlich wie die vorstehend genannten „Rechtsanwalts- und Beamtenentscheidungen“ in gewisser Weise über den „privatwirtschaftlichen Bereich“ hinaus, wodurch eine Übertragbarkeit auf den überwiegenden Bereich der Wirtschaftskriminalität mit Vorsicht zu genießen ist. Im weiteren ist auch hier die Causa Lombard Club zu nennen, in der die Beteiligten nach der Verdachtslage über mehrere Jahre auf allen Unternehmensebenen Organisationseinheiten gebildet und versucht haben, die Taten durch verschiedene Maßnahmen systematisch zu tarnen und zu verschleiern, trotzdem aber diversionell vorgegangen bzw eine schwere Schuld nicht angenommen wurde. Zudem erscheint in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass in Hinblick auf die vorhandenen Informationen nicht aus Not gehandelt worden zu sein scheint und auch dies nicht zum Anlass genommen wurde, um auf eine schwere Schuld zu schließen. Letzteres dürfte mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch auf die anderen Fallbeispiele übertragbar sein. Insgesamt dürfte die Annahme einer schweren Schuld mangels klarer gegenteiliger Praxistendenzen bei Konstellationen, in denen die genannten Umstände der Causa Lombard Club vergleichbar sind, nicht zwingend zu erwarten sein. Dies ist für den durch intelligente Tatausführungen gekennzeichneten Bereich der Wirtschaftskriminalität als wesentlich zu vermerken.

Insbesondere in Zusammenhang mit den zuvor erläuterten Umständen Verletzung von beruflichen Pflichten und Erkenntnisfähigkeit des Unrechts ist die positive Würdigung des Gerichtes in der Causa Hypo Alpe Adria herauszustellen, die es der von Thomas M. zuvor vorgenommen Erkundigung bei seinem Vorstandskollegen nach der Ordnungsgemäßheit der

¹⁹⁰ Schroll, WK StPO § 198 Rn 20.

¹⁹¹ 12 Os 45/04.

¹⁹² 12 Os 45/04.

¹⁹³ 12 Os 45/04.

vorgenommen Bilanzierung und seinem Vertrauen auf die bejahende Antwort beigemessen hat,¹⁹⁴ um das diversionelle Vorgehen trotz der offensichtlich nicht vorgenommenen eigenen Nachforschungen und darin liegenden Verletzungen seiner (Vorstands-)Sorgfaltspflichten zu rechtfertigen. Abstrakter gesprochen hat das Landesgericht die Nähe zu Rechtsirrtümern berücksichtigt, was für den Bereich der Wirtschaftskriminalität aufgrund der oftmals vorkommenden, rechtlich schwierigen und teilweise unerforschten Materien bedeutungsvoll ist.

Außerdem wurden in der Praxis wiederholt bestehende Vorbelastungen oder fehlende Vorbelastungen berücksichtigt. Beispielsweise wurde bei einem Tatvorwurf wegen vorsätzlicher Körperverletzung im Sinne des § 83 Abs 1 öStGB in Hinblick auf drei einschlägige Vorbelastungen in Kombination mit mehreren Faustschlägen eine schwere Schuld im Sinne der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung angenommen, obwohl der Verdächtige den Schaden wiedergutmacht hat und „Fürbitte“¹⁹⁵ tätigte.¹⁹⁶ Insofern lässt dies auf einen großen qualitativen Stellenwert schließen, den das Gericht den konkreten Vorbelastung zugeordnet hat. In der überwiegenden Praxis finden sich dagegen keine vergleichbar konkreten Hinweise. Vielmehr werden Vorbelastungen nur eher beiläufig ohne nähere Erläuterungen im Rahmen der Gesamtabwägungen genannt. Auf der anderen Seite wurden in der Praxis fehlende Vorbelastungen bzw ein bisher ordentlicher Lebenswandel des Verdächtigen positiv berücksichtigt.¹⁹⁷ Insgesamt kann in Betracht der Praxis sicher festgestellt werden, dass fehlende Vorstrafen regelmäßig positiv und bestehende Vorstrafen regelmäßig negativ in die Schuldbewertung eingeflossen sind. Zudem fielen einschlägige Vorstrafen stärker ins Gewicht als nicht Einschlägige. Nähere Schlussfolgerungen sind auf Basis der vorhandenen Informationen in Betracht der erheblichen Anzahl möglicher Vorbelastungskonstellationen aber nicht möglich. Abschließend ist noch auf eine sehr differenziert auf die Gefahren von zu pauschalen Beurteilungen von einschlägigen Vorbelastungen eingehende Literaturansicht zu verweisen, wonach selbst einschlägige Vorstrafen nicht grundsätzlich diversionsausschließend wirken sollen.¹⁹⁸

¹⁹⁴ „<http://www.wirtschaftsblatt.at/home/oesterreich/unternehmen/kaernten/351361/index.do>.“ – 28.11.2008.

¹⁹⁵ 15 Os 110/02.

¹⁹⁶ 15 Os 110/02.

¹⁹⁷ 14 Os 32/08z; 15 Os 1/02; 13 Os 35/07g.

¹⁹⁸ Vgl Schütz, Diversionsentscheidungen 82ff, 109; ähnlich Löschnig-Gspandl in Miklau/Schroll, Diversion 92.

Aus dem Bereich des Nachtatverhaltens wurde in der Praxis neben dem oben genannten Umstand der Schadensgutmachung eine „geständige Verantwortung“¹⁹⁹ schuld mindernd berücksichtigt. Ähnlich sollen nach der Literatur ein Geständnis oder ein Beitrag zur Wahrheitsfindung im Sinne des § 34 Abs 1 Z 17 öStGB zu berücksichtigen sein, wobei näheren Konkretisierungen fehlen. Hervorzuheben ist jedoch, dass Forderungen nach zwingendem Vorliegen dieser Merkmale im Rahmen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung nicht vorhanden sind.²⁰⁰

Insgesamt ist als wesentliches Ergebnis der Analyse festzuhalten, dass eine als vollständig zu bezeichnende Orientierungshilfe hinsichtlich anzulegender Stellenwerte von Umständen für den Rechtsanwender aus Literatur und Praxis nicht extrahiert werden kann. Dies ist insbesondere auf die wenigen konkreten, die Stellenwerte der Umstände näher erläuternden Ausführungen zurückzuführen. Zudem sind im Vergleich zur Strafzumessungsrechtsprechung nur wenige Entscheidungen vorhanden. Immerhin lässt sich in Hinblick auf zukünftige Fallkonstellationen aus dem insbesondere durch Vermögensdelikte geprägten Bereich der Wirtschaftskriminalität festhalten, dass die Gesamtheit der angenommenen Umstände in den Fallbeispielen keinen derart hohen Grad erreichte, der einen Diversionsausschluss gerechtfertigt hätte. Insoweit ist hinsichtlich kommender Beurteilungen vergleichbarer Fälle insbesondere konkret zu vermerken, dass nach den Verdachtslagen angenommene Umstände wie hohe betroffene Vermögenswerte, eine systematische und langjährige Tatbegehung, eigengewinnorientiertes Verhalten sowie die Verletzung hoher beruflicher Verantwortungen diversionellem Vorgehen nicht entgegengestanden haben, bzw beispielsweise durch Umstände wie Wiedergutmachungsleistung, irrtümliches Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Verhaltens nach erfolgter Rückfrage und fehlende Vorbelastungen kompensiert worden sind. Hinsichtlich der in der Praxis feststellbaren, gegenteilig klingenden Wertungen in Fällen aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität ist zu bemerken, dass diese oftmals in den „privatwirtschaftlichen Bereich“ überschreitenden Fallkonstellationen erfolgt sind und daher nur selten auf den Bereich der Wirtschaftskriminalität ausstrahlen dürften.

¹⁹⁹ 13 Os 35/07g.

²⁰⁰ Schroll, WK StPO § 198 Rn 25.

b. Deutsche Anwendungsvoraussetzung

(1) Inhalt und Anwendungsbereich

Die Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“ wird durch eine Auflagenerfüllung nicht beeinflusst. Insoweit ist der Wortlaut der Vorschrift eindeutig. Eine Beseitigungsmöglichkeit ist allein im Rahmen der Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“ enthalten und gilt allein für diese. Die Anwendungsvoraussetzung „die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“ statuiert aus diesem Blickwinkel eine absolute Grenze. Weiters wird diese Anwendungsvoraussetzung als eigenständige Anwendungsvoraussetzung neben der Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“ verstanden.²⁰¹

Die Schuld im Sinne der Anwendungsvoraussetzung ist nach herrschender Ansicht an der Strafzumessungsschuld zu orientieren.²⁰² Diese wird in der Praxis und Literatur als das Maß der Vorwerfbarkeit bei der Verwirklichung des tatbestandlichen Unrechts verstanden,²⁰³ wobei zur Bestimmung der Schwere der Schuld neben dem verwirklichten Unrecht täterspezifische Kriterien bzw die Persönlichkeit des Verdächtigen heranzuziehen sind.²⁰⁴ Insofern ist auf alle Umstände abzustellen, die für die Strafhöhenermittlung zu betrachten sind und somit maßgeblich auf die Umstände im Sinne des § 46 Abs 2 dStGB.²⁰⁵ Präventive

²⁰¹ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 32; *Meyer-Goßner*; StPO § 153a Rn 7; *Schirmacher*, Reaktionen 72f; a.A. *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 27, die davon spricht, dass „der Schuldschwerefloskel nicht die Bedeutung einer weiteren materiellen Bedingung oder Zweckbeschreibung für diesen Erledigungstyp zukommt“, sondern „bloß der Richtigkeitskontrolle für die zu treffende Einstellungsentscheidung dient.“.

²⁰² So *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 33, § 153 Rn 21, 24, 27; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 7, § 153 Rn 4; *Schoreit*, KK StPO § 153a Rn 11, 153 Rn 18; *Boxdorfer*, NJW 1976, 318; *Fezer* ZStW 106 (1994), 28; *Hobe*, FS Leferenz (1983) 634ff; *Hünerfeld*, ZStW 90 (1978), 919;

a.A.: *Bloy*, GA 1980, 172 und *Paschmanns*, Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach §§ 153, 153a StPO (1988) 136, nach denen die Schuld an der Tatschuld zu orientieren ist.

²⁰³ BGHSt 2, 200ff; BGH StV 1982, 336; *Stree*, Schönke/Schröder StGB (2006) § 46 Rn 9a mwN; *Theune*, LK StGB (2006) § 46 Rn 4f.

²⁰⁴ *Stree*, Schönke/Schröder StGB § 46 Rn 8ff mwN; zur Frage, ob die Täterpersönlichkeit nur schuldrelevant sein kann, wenn sie sich in der Tat unmittelbar ausgewirkt hat *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen (2002) IX Rn 420 mwN.

²⁰⁵ Vgl *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 33; § 153 Rn 24, 27 mwN; wonach alle strafzumessungsrelevanten Umstände zu berücksichtigen sind.

Strafzwecküberlegungen sind aber nicht zu berücksichtigen.²⁰⁶ Nach überwiegender Ansicht ist entscheidend, wie die Schuld im Zeitpunkt der Sanktionierung zu beurteilen ist, so dass zum Beispiel auch das Nachtatverhalten wie das Bemühen um Schadenwiedergutmachung oder eine überlange Verfahrensdauer zu berücksichtigen sind.²⁰⁷ Die Umstände müssen also nicht in direkten Zusammenhang mit der Tat stehen, sondern können ihr vorausgehen oder danach folgen. Insgesamt hat eine Einzelfallabwägung stattzufinden, in der die einzelnen Umstände, die sowohl schärfende als auch mildernde Wirkung haben können, gegeneinander abzuwägen sind.²⁰⁸

Übereinstimmung herrscht in der Literatur insoweit, dass die Schwere der Schuld dann nicht entgegensteht, wenn die Schuld entweder gering ist oder im mittleren Bereich liegt, wobei der Schuldmaßstab nach überwiegender Ansicht deliktspezifisch zu ermitteln ist.²⁰⁹ Unter letzterem ist zu verstehen, dass nur auf den Strafraumen des konkret in Frage stehenden Delikts Bezug zu nehmen und dieser unter Anlehnung an die in der Literatur gebräuchliche Dreiteilung aufzuspalten ist. Ausgehend vom „gedachten“ Durchschnittsfall ist die ermittelte Schuld dann in Bezug zu dem so aufgeteilten Strafraumen zu setzen und als gering, mittel oder hoch einzuteilen, bzw in einen Schweregrad zu „übersetzen“. Die deliktspezifische Betrachtungsweise führt theoretisch dazu, dass keine gemeinsame Höchstgrenze besteht, sondern bei jedem Delikt ein grundsätzlich einstellungsgerechter Bereich vorhanden ist.²¹⁰ So kann theoretisch beispielsweise bei einem Hausfriedensbruch gem § 123 Abs 1 dStGB mit einer Strafanordnung von bis zu einem Jahr Strafanordnung eine Einstellung unter Umständen abzulehnen sein, wohingegen bei einer schweren Untreue oder einem besonders schweren Fall des Betruges trotz der erheblich weiteren Strafanordnungen (bis zu zehn Jahren) Einstellungen theoretisch denkbar sind. Am Beispiel der Strafanordnungen der zuletzt genannten Delikte wird deutlich, dass bei konsequenter Anlegung eines deliktspezifischen

²⁰⁶ A.A.: Weßlau, SK StPO § 153a Rn 27.

²⁰⁷ Vgl zum maßgeblichen Zeitpunkt *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 33, § 153 Rn 21, 24, 27 mwN; vgl zur Berücksichtigung des Nachtatverhaltens LG Bonn NSTZ 2001, 378; LG Aachen JZ 1971, 519; vgl zur Berücksichtigung einer überlangen Verfahrensdauer BGH NSTZ 1999, 181f.; *Stree*, Schönke/Schröder StGB § 46 Rn 57 mwN.

²⁰⁸ Vgl zu den nach Praxis und Literatur zu berücksichtigenden Umständen D, III, 2, b, (2).

²⁰⁹ Vgl zur mittleren Schuld *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 33; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 7; *Plöd*, KMR StPO (2009) § 153a Rn 12; *Schellenberg*, Die Hauptverhandlung im Strafverfahren (2000) 204; *Schoreit*, KK StPO § 153a Rn 11; vgl zum deliktspezifischen Maßstab *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 32f, 153 Rn 21, 25, *Meyer-Goßner*, StPO § 153 Rn 4; *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 15; *Weßlau*, SK StPO § 153 Rn 18; *Fezer*, ZStW 106, 28; *Hobe*, FS Leferenz 633; *Meyer*, GA 1997, 405; *Rieß*, NSTZ 1981, 8; dagegen *Schirrmacher*, Reaktionen 79, die auf einen deliktübergreifenden Maßstab bzw auf ein generelles Maßsprinzip abstellt.

²¹⁰ Dagegen *Schirrmacher*, Reaktionen 76ff.

Maßstabes bzw. bei Zugrundelegung der allgemeingebräuchlichen Dreiteilung der Schuld theoretisch ein sehr weiter Anwendungsbereich denkbar ist.

Der aktuellen, herrschenden Literatur ist über die geschilderten Grundsätze hinaus nur ein sehr vages, überwiegend begründungsentkleidetes Bild zur möglichen Handhabung bzw. zu möglichen Anwendungsobergrenzen zu entnehmen. So finden sich teilweise keine konkreten Hinweise zu Anwendungsobergrenzen, wobei zu differenzieren ist, ob nach der Ansicht der Verfasser gar keine bestehen sollen,²¹¹ oder diese nur nicht näher definiert werden. In die zuletzt genannte Richtung gehend, sind beispielsweise ablehnende Tendenzen bezüglich einer zu weitgehenden Anwendung der Vorschrift zu vernehmen, ohne dass sonstige Erläuterungen zu möglichen, konkreten Anwendungsobergrenzen erfolgen.²¹² Vergleichsweise konkret wird demgegenüber die nach den oben geschilderten Grundsätzen mögliche Weite als vom Gesetzgeber bezweckt dargestellt, allerdings trotzdem eine Anwendung des § 153a dStPO mangels geringer oder mittlerer Schuld nicht für möglich gehalten, wenn eine Freiheitsstrafe nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden kann.²¹³ Zudem wird tendenziell ebenfalls an die nach den oben geschilderten Grundsätzen mögliche Weite anknüpfend davon gesprochen, dass die Vorschrift nicht nur bei Verfahren anwendbar sei, bei denen eine Geldstrafe drohe.²¹⁴ Weiters ist in der aktuelleren Literatur noch eine Ansicht zu finden, wonach eine schwere Schuld immer dann anzunehmen sein soll, soweit eine potentielle Strafe von über 180 Tagessätzen erforderlich ist.²¹⁵ Allerdings liegt dieser Ansicht ein deliktübergreifender Maßstab zugrunde, der von der herrschenden Ansicht nicht vertreten wird.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass in der aktuellen Literatur keine als herrschend zu bezeichnende Anwendungsobergrenze festzustellen ist, immerhin aber überwiegende

²¹¹ So wohl *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 1ff, 27, da in Betracht ihrer gesamten, kritisch anmutenden Ausführungen zu § 153a die Tendenz vermittelt wird, dass die Vorschrift aufgrund ihrer weiten Zielsetzungen und offenen Ausgestaltung so gut wie keinen unüberwindbaren Grenzen mehr hat.

²¹² *Schoreit*, KK StPO § 153a Rn 11, der davon spricht, dass „die Praxis überfordert wäre, wollte sie den ganzen Bereich der mittleren Vergegenskriminalität nach § 153a behandeln.“; *Schellenberg*, Hauptverhandlung 204 und Fn 747, der kritisch davon spricht, „dass man schnell feststellen wird, dass eine Vielzahl der angeklagten Fälle durchaus auch einer Einstellung zugeführt werden könnten, wenn man den kaum definierbaren Bereich der „mittleren“ Schuld am jeweiligen Strafraum festmachen will.“.

²¹³ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 33.

²¹⁴ *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 7.

²¹⁵ *Schirrmacher*, Reaktionen 82ff; vgl. zu früher vertretenen, ebenfalls an Tagessatzgrenzen anknüpfende Ansichten: *Fünfsinn*, NSTz 1987, 101 - 20 Tagessätze bzw. 500 Euro; ähnlich *Boxdorfer*, NJW 1976, 319 - anwendbar bei potentieller Geldstrafe eindeutig unter 30 Tagessätzen (10-20); *Loos*, FS Remmers (1995) 570ff - bis 360 Tagessätze bzw. 720 Tagessätze bei Tatmehrheit, soweit eine Geldstrafe noch ausreicht.

Begrenzungstendenzen zu vernehmen sind, die gegen eine rein deliktspezifische Anwendung gerichtet sind.

Kaum zu überblicken ist die Handhabung in der Praxis. So ist mangels diesbezüglich vorhandener Informationen insbesondere nicht erkennbar, ob die aufgrund des deliktspezifischen Maßstabs bei Delikten mit geringeren Strafandrohungen theoretisch bestehenden Grenzen in der Praxis angewandt werden. In Betracht der zum Teil sehr undifferenzierten, weitgehenden Anwendung der deutschen Vorschrift dürfte jedoch die Vermutung nahe liegen, dass eine Vielzahl der Rechtsanwender bei Delikten mit geringen Strafandrohungen einen Gesamtzusammenhang zu anderen bekannten Fällen herstellen bzw einen deliktübergreifenden Maßstab anlegen, indem sie im Sinne von „Erst-Recht bei kleinen Delikten“ Einstellung vornehmen. Dieser nicht näher belegbare Eindruck wird dadurch bestärkt, dass die vorhandene Literatur in diesen Bereich eher rudimentär ist und kaum explizite Differenzierungen vorhanden sind. Weiters sind der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Praxis bezüglich höherwertiger Delikte keine verallgemeinerungsfähigen Hinweise zu den höchstmöglichen Anwendungsobergrenzen für die Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“ zu entnehmen. Zwar findet sich beispielsweise in den Ausführungen des Landgerichts Bonn in der CDU-Spendenaffäre der Hinweis, dass die Schwere der Schuld nicht entgegenstehen darf, weiters eine umfassende Abwägungen schuldrelevanter Umstände und die Schlussfolgerung, dass die Schwere der Schuld nicht entgegengestanden hat. Zudem wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass „selbst im Falle einer Anklageerhebung und eventueller Verurteilung [...] nur eine Geldstrafe in Betracht käme“.²¹⁶ Doch ist diesen Aspekten gemeinsam, dass sie keine eindeutigen Hinweise zu einer maximalen Anwendungsobergrenze enthalten. So ist insbesondere aus dem zuletzt genannten Punkt nicht herzuleiten, ob nach Ansicht des Gerichts, zum Beispiel im Falle einer notwendigen Freiheitsstrafe, die Schwere der Schuld entgegengestanden hätte. Gleiches gilt auch für die Causa Mannesmann, obwohl das Landgericht Düsseldorf explizit auf die Grundsätze der Geldstrafenbemessung und damit auf die dort bestehenden Grenzen Bezug genommen hat. So führte es aus, dass es „nicht unberücksichtigt lassen konnte, dass gegen ihn

²¹⁶ LG Bonn NStZ 2001, 376.

(Anmerkung des Verfassers: Dr. Josef A.) als Gesamtgeldstrafe maximal 720 Tagessätze zu je 5.000 Euro (§§ 40 Abs 2 zweiter Satz, 54 Abs 2 dStGB), also insgesamt 3,6 Millionen Euro, hätten verhängt werden dürfen.“²¹⁷ Zudem sprach es davon, dass die Vorschriften für die Bemessung einer Geldstrafe zumindest „mittelbare Bedeutung“²¹⁸ für die Bemessung einer Geldauflage im Sinne des § 153a Abs 2 zweiter Satz dStPO haben, da letztere „in einem angemessenen Verhältnis zu der Sanktion stehen muss, die bei der Verurteilung zu erwarten gewesen wäre“.²¹⁹ Allerdings ist auch daraus nicht zwingend zu entnehmen, ob nach Ansicht des Gerichts beispielsweise im Falle einer notwendigen Freiheitsstrafe die Schwere der Schuld entgegengestanden hätte. Im Übrigen ist, abgesehen von der Causa Mannesmann, insbesondere vielfach unklar, wie die Staatsanwaltschaften oder die Gerichte bei der Bemessung der Geldauflagen vorgegangen sind, dh ob sie sich beispielsweise (allein) am Tagessatzsystem orientiert haben oder an den Schadenssummen.²²⁰ Immerhin lässt sich aber aus diesen Entscheidungen sowie aus allen anderen höhenmäßig bekannten Einstellungsentscheidungen sicher entnehmen, dass in diesen Fällen die Schwere der Schuld nicht entgegengestanden hat. Hervorzuheben ist insoweit die Causa Mannesmann, in der Dr. Josef A. eine Geldauflage auferlegt wurde, die rechnerisch 640 Tagesätzen zu je 5.000 Euro entsprach und angedeutet wurde, dass nach Ansicht des Gerichts eine Auflage von maximal 720 Tagessätze zu je 5.000 Euro, dh 3,6 Millionen Euro möglich sei. Insofern kann in Betracht der bekannten deutschen Fälle immerhin festgestellt werden, dass die Ansätze, nach denen die Höhen der Geldauflagen rechnerisch die Anzahl von 180 Tagessätzen unterschreiten müssen, nicht mit der bekannten deutschen Praxis zu vereinbaren sind. Vielmehr sind bereits höhere Geldauflagen erteilt worden bzw Einstellungen gem § 153a dStPO nicht nur in Fällen der Bagatellkriminalität, sondern auch in großen, beweisschwierigen Verfahren mit großen Schäden und erheblicher wirtschaftlicher, politischer, kriminalpolitischer und etc Bedeutung erfolgt.²²¹ Dagegen sind aufgrund der bestehenden Unsicherheiten allein aus den bekannten Geldauflagehöhen keine verallgemeinerungsfähigen Schlussfolgerungen zu höchstmöglichen Anwendungsobergrenzen zu ziehen.

²¹⁷ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 3.

²¹⁸ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 3.

²¹⁹ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 3.

²²⁰ Vgl dazu genauer unter D, III, 3, b, (1).

²²¹ Im Ergebnis übereinstimmend *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 57, *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 3.

Insgesamt ist eine konsequente Anlegung eines rein deliktspezifischen Maßstabes und eine Ausschöpfung der danach theoretisch denkbaren Weite in Hinblick auf die bekannten Praxisentscheidungen und die Literatur nicht zu erkennen. Übereinstimmend ist weiter zu konstatieren, dass klare Anwendungsobergrenzen aus Literatur und Praxis nicht herzuleiten sind und einige Literaturansichten Anwendungsobergrenzen vorsehen, von denen die bisherigen bekannten Praxisentscheidungen weit entfernt waren. Für den Bereich der Wirtschaftskriminalität bleibt festzuhalten, dass die erörterten bzw. die höchsten bekannten Praxisfälle allesamt aus diesem Bereich stammten.

(2) Heranzuziehende Umstände

Im Folgenden soll eine dahingehende Betrachtung der einstellungsbezogenen Praxis und Literatur erfolgen, inwieweit einzelne Umstände zur Ausfüllung der abstrakten Inhalte der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung heranzuziehen sind. Dabei sollen schwerpunktmäßig auch hier die für den Bereich der Wirtschaftskriminalität fokussierten Umstände insbesondere hinsichtlich möglicher Grenzbereiche beleuchtet werden. Eine Darstellung der Strafzumessungsrechtsprechung soll ebenfalls unterbleiben, wobei hinsichtlich der Begründung vollumfänglich auf die Ausführungen im Rahmen der österreichischen, schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung verwiesen werden kann.²²² Hinsichtlich der Ausführungen der herrschenden Literatur zur schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung des § 153a dStPO ist darauf hinzuweisen, dass bezüglich der zur Ausfüllung der Schuld heranzuziehenden Umstände oftmals Verweise auf die Ausführungen zu § 153 dStPO²²³ erfolgen.²²⁴ Dies ist auf die inhaltlich übereinstimmenden Schuldbegriffe in § 153 dStPO und in § 153a dStPO zurückzuführen, da in beiden die Strafzumessungsschuld in Ansatz zu bringen ist. Allerdings ist immer zu bedenken, dass die Vorschriften unterschiedlich hohe Schuldmaße und somit unterschiedliche Grenzen beinhalten, so dass die

²²² Vgl. D, III, 2, a, (2).

²²³ § 153 dStPO normiert die „Einstellung wegen Geringfügigkeit“ unter anderem unter der Voraussetzung, dass die Schuld des Verdächtigen gering ist.

²²⁴ Vgl. *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 33, § 153 Rn 24ff; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 7f, § 153 Rn 3ff; *Schoreit*, KK StPO § 153a Rn 11, § 153 Rn 15ff.

im Rahmen des § 153 dStPO getroffenen Stellenwertbeurteilungen lediglich als Orientierungshilfe heranzuziehen sind.²²⁵

Nach der Literatur sollen nicht zu erhebliche, verschuldete Tatfolgen schuld-mildernd wirken, wobei genauere, auf § 153a dStPO bezogene Konkretisierungen nicht zu finden sind.²²⁶ Demgegenüber wurden in den Fallbeispielen erhebliche Vermögenswerte als Grundlage der Tatvorwürfe angenommen, die nicht zu Einstellungsausschlüssen führten. Bemerkenswert ist diesbezüglich, dass jegliche negativen Würdigungen fehlen. Noch bemerkenswerter ist sodann, dass in der CDU-Spendenaffäre explizit positiv berücksichtigt wurde, dass der Verdächtige „den der CDU entstandenen finanziellen Nachteil, soweit er von ihm zu verantworten ist, bei weitem wiedergutmacht hat.“²²⁷ Auch in der Literatur findet sich der Umstand der Schadenswiedergutmachung sowie schon das Streben nach Schadenwiedergutmachung mehrfach.²²⁸ In Hinblick auf die weitgehende Einigkeit in der Literatur sowie unter Bezugnahme auf die im genannten Fallbeispiel durchgeführte Schadenswiedergutmachung und die letztlich erfolgte Einstellung scheint diesem Umstand eine nicht unbedeutende, jedoch nicht näher konkretisierbare, schuld-mildernde Wirkung beizumessen sein. Für den Bereich der Wirtschaftskriminalität erscheint dies wesentlich, da aufgrund der typischen Fallstruktur oftmals Vermögensdelikte wie beispielsweise Betrug oder Untreue vorkommen, bei denen regelmäßig wiedergutmachbare Vermögensschäden vorliegen. Im Übrigen ist von beachtlicher Bedeutung, dass selbst mangelnde Gutmachungsbereitschaft eines bestreitenden Beschuldigten unter dem Gesichtspunkt rechtmäßigen Verhaltens im Prozess nach der Literatur nicht schuld-steigernd anzulasten sein sollen.²²⁹

Aus gleichem Grunde soll im Übrigen nach der Literatur ein fehlendes Geständnis nicht schuld-steigernd anzulasten sein.²³⁰ Dies scheint im Hinblick auf die typische Täterstruktur

²²⁵ Die Ausführungen zu § 153 dStPO helfen diesbezüglich nämlich nur bedingt weiter, da sie von der Suche nach Grenzen der geringen Schuld geprägt sind.

²²⁶ Vgl. dazu *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 19; *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 27; vgl. auch *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 8, der wenig konkret andeutet, dass ein typischer Anwendungsfall des § 153a dStPO vorläge, wenn bei Wirtschafts- und Steuerstraftaten „der Schaden nicht zu erheblich ist und es sich um ein einmaliges Fehlverhalten handelt.“

²²⁷ LG Bonn NSTZ 2001, 378; vgl. auch LG Aachen JZ 1971; 518ff; AG Nürnberg NJW 1974, 1668f.

²²⁸ *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 27; *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 19.

²²⁹ *Plöd*, KMR StPO § 153a Rn 10; *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 27.

²³⁰ *Plöd*, KMR StPO § 153a Rn 10; *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 27.

insbesondere insoweit beachtlich, als dass die Verdächtigen regelmäßig der mittleren oder oberen Mittelschicht angehören bzw höhere Berufspositionen inne haben, die in der Regel auf eine gewisse finanzielle Stärke und daher auf ausreichende Mittel für eine aufwendige Verteidigung schließen lassen.

Desweiteren sollen nach der Literatur bei der Beurteilung der Schuld für den Verdächtigen positiv zu berücksichtigende Umstände eine geringfügige kriminelle Intensität, nicht verwerfliche Motive sowie eine nicht verwerfliche Gesinnung, wie beispielsweise eine Tatbegehung aus einer Notlage heraus, sein.²³¹ In diesem Zusammenhang ist die vom Landgericht Bonn in der CDU-Spendenaffäre zugunsten des Verdächtigen vorgenommene Würdigung der fehlenden persönlichen Bereicherung zu nennen.²³² Diesbezüglich ist anzumerken, dass Dr. Helmut K. sich durch die anonym verbuchten Spenden nicht selber finanziell bereichert hat und die Spenden - zumindest vor dem Bekanntwerden der Tat - der Partei geholfen haben dürften. Allerdings wurde nicht berücksichtigt, dass mit der Verwendung der Spenden erhebliche politische Vorteile für seine Person verbunden waren. Insoweit ist zu bedenken, dass er durch die eigenmächtige Verwendung der Spenden seine innerparteiliche Position stärken konnte, indem parteiinterne Konkurrenten derartige Verteilungsprivilegien nicht hatten und eigene Befürworter gegenüber Kritikern bei der Verteilung besser gestellt gewesen sein dürften.²³³ Insgesamt kann letztlich eine qualitativ erhebliche Positivberücksichtigungstendenz hergeleitet werden. Betreffend des Aspektes, dass eine Vielzahl der Wirtschaftsstraftäter davon auszugehen, gute Gründe wie beispielsweise die Förderung von Unternehmensinteressen für die Taten zu haben, erscheint die genannte Schlussfolgerung durchaus beachtlich.

Ebenso bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass in den begleitenden Fallbeispielen trotz der nach den Verdachtslagen differenzierten Begehungsweisen keine ausdrücklichen, schuldbezogenen Negativwürdigungen stattfanden. Diesbezüglich ist insbesondere die CDU-Spendenaffäre hervorzuheben, da Dr. Helmut K. nach der Verdachtslage über mehrere Jahre gegen die Vorschriften des Parteiengesetzes verstoßen und dabei ein System der Täuschung

²³¹ *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 27; *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 18.

²³² LG Bonn NStZ 2001, 378.

²³³ So auch *Saliger*, GA 2005, 171.

und Tarnung installiert haben dürfte. So habe er „die Spenden zunächst mit Hilfe von eng vertrauten Mitarbeitern auf Treuhandanderkonten eingezahlt“²³⁴ und „später die Beträge auf dem Umweg über Festgeldkonten zum größten Teil entweder für Werbemaßnahmen der Parteien (einschließlich Landesverbände) unmittelbar verwendet oder als „sonstige Einnahmen“ in das Rechenwerk der Bundespartei eingestellt“²³⁵ Anknüpfend an die typischerweise oftmals durchgeplanten, komplexen Fallkonstellationen im Bereich der Wirtschaftskriminalität erscheinen diese Beurteilungen von nicht zu unterschätzender Relevanz für die Behandlung dort angesiedelter Fälle.

Unter dem Gesichtspunkt des Maßes der Pflichtwidrigkeit hat das Landgericht Bonn das angenommene Verhalten Dr. Helmut K.'s in Hinblick auf seine damalige Funktion, dh die Stellung als Parteivorsitzender und Bundeskanzler, negativ eingeordnet.²³⁶ So führte es aus, dass er wegen seiner Funktionen „gerade in Hinblick auf die in den 80'er Jahren geführte Debatte um die Spendensammelpraxis der Parteien zu besondere Sorgfalt Anlass gehabt hätte und insoweit auch seiner Vorbildfunktion besser hätte Rechnung tragen müssen.“²³⁷ Hinsichtlich des Stellenwertes ist anzumerken, dass allein diese Tatsache vom Landgericht Bonn ausdrücklich negativ in die Abwägung eingestellt wurde. Dagegen wurden in der Einstellungsbegründung der Causa Mannesmann die beruflichen Positionen und die damit verbundenen Verantwortungen aus diesem Blickwinkel überhaupt nicht erwähnt. Insgesamt kann gefolgert werden, dass die genannten Aspekte in den begleitenden Fallbeispielen nicht zur Annahme einer schweren Schuld geführt haben bzw im Rahmen der Gesamtabwägungen kompensiert wurden. Für den Bereich der Wirtschaftskriminalität ist dies in präjudizieller Hinsicht von beachtlicher Bedeutung, da die Täter wie gesehen typischerweise höhere Berufspositionen mit entsprechend großen Verantwortungs- und Pflichtbereichen inne haben, die in typischen Fallkonstellationen regelmäßig verletzt werden.

Durchaus beachtlich ist in diesem Zusammenhang auch, dass in der CDU-Spendenaffäre die aus der beruflichen Stellung folgende, tatsächliche Möglichkeit zur vorgeworfenen Tat zugunsten des Verdächtigen gewürdigt wurde. So erfolgte eine positive Berücksichtigung der

²³⁴ LG Bonn NStZ 2001, 376.

²³⁵ LG Bonn NStZ 2001, 376.

²³⁶ LG Bonn NStZ 2001, 378.

²³⁷ LG Bonn NStZ 2001, 378.

Tatsachen, dass die Tat „im Beziehungsgeflecht seines politischen Engagements stand“²³⁸ und er „ohne sein hohes Ansehens in den bereits erwähnten Ämtern wohl kaum in die Versuchung hätte kommen können, größere Spenden ohne ordnungsgemäße Verbuchung anzunehmen.“²³⁹ Diese Wertungen scheinen entgegenkommend, da beispielsweise bei Amtsdelikten das Amt an sich, welches überhaupt die Möglichkeit zu derartigen Delikten ermöglicht, nicht strafmildernd zu berücksichtigen ist.²⁴⁰ Vielmehr wirkt dies strafbegründend, indem bzw obwohl sich durch die Eigenschaft ein eigener Deliktbereich öffnet.

Zudem sollen nach der Literatur Verhaltensweisen mindestens nahe von Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen gegen eine schwere Schuld im Sinne des § 153a dStPO sprechen.²⁴¹ In diese Richtung gehend dürfte das Landgericht Düsseldorf argumentiert haben, indem es als „maßgeblichen Grund“²⁴² gegen eine Schwere der Schuld die vorherige Konsultierung von Rechtsrat und den nicht erfolgten Rat, auf die Zuwendungen zu verzichten, angeführt hat.²⁴³ In Hinblick auf die ausdrückliche Nennung der Maßgeblichkeit dieses Umstandes kann diese Würdigung unter Stellenwertgesichtspunkten nicht genug hervorgehoben werden. Zudem ist zu bedenken, dass den Verdächtigen dadurch letztlich die wenig erforschte Rechtslage und die damit verbundenen Unsicherheiten zugutegekommen sind, was bei Fällen aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität oftmals Bedeutung erlangen kann. Wie gesehen liegen nämlich typischerweise Vermengungen mit zivil-, öffentlich-rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Materien vor. Zudem gibt es im Rahmen der Wirtschaftskriminalität eine Vielzahl rechtlich wenig erforschter Problembereiche.

Der Aspekt rechtlicher Schwierigkeiten kann weiters oftmals in einem anderen Zusammenhang Bedeutung erlangen. Wie oben gesehen zeichnen sich Wirtschaftsverfahren regelmäßig aufgrund ihrer tatsächlichen und rechtlichen Komplexität durch erhebliche Verfahrensdauern aus, die in der Literatur²⁴⁴ und der Praxis als schuld-mildernd eingestuft

²³⁸ LG Bonn NStZ 2001, 378.

²³⁹ LG Bonn NStZ 2001, 378.

²⁴⁰ Saliger, GA 2005, 171.

²⁴¹ Vgl dazu Beulke, LR StPO § 153 Rn 26; Kunz, Das strafrechtliche Bagatelprinzip (1984) 229ff; Meinberg, Geringfügigkeitseinstellung 43.

²⁴² LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1.

²⁴³ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1.

²⁴⁴ Vgl Schoreit, KK StPO § 153 Rn 15 mwN.

sind. So vertrat das Landgericht Düsseldorf im Rahmen der Einstellungsbegründung in der Causa Mannesmann, dass mit zunehmender Verfahrensdauer die Schuld geringer werde und berücksichtigte dies zugunsten der Verdächtigen.²⁴⁵ In die gleiche Richtung dürfte das Landgericht Bonn argumentieren, indem es zur Begründung der Einstellungsentscheidung auf eine scheinbar bestehende Rechtspraxis verweist, wonach auch bei offenen tatsächlichen oder rechtlichen Fragen Einstellungen erfolgen können, soweit die Aufklärung einen gegenüber der zu erwartenden Strafe unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.²⁴⁶ Alles in allem dürfte dem Umstand „Länge des Verfahrens“ in Hinblick auf die typischen Fallstrukturen bei Fällen aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität regelmäßig schuld-mildernde Bedeutung zukommen.

Letztlich erscheinen aufgrund der Tatsache, dass Wirtschaftsstraftäter oftmals nicht unvorbelastet waren, die in der Literatur und der Praxis oftmals genannten Aspekte der Vorbelastungen bzw. fehlenden Vorbelastungen besonders beachtenswert. Allerdings sind tiefergehende Konkretisierungen dieser Umstände zu § 153a dStPO sowohl in Praxis als auch in Literatur kaum vorhanden, was wegen der großen Vielfalt möglicher Vorstrafenkonstellationen äußerst problematisch erscheint. So ist den begleitenden Fallbeispielen lediglich zu entnehmen, dass die Verdächtigen laut den gerichtlichen Ausführungen allesamt nicht vorbestraft waren.²⁴⁷ Desweiteren findet sich in der Literatur der rudimentäre Hinweis, dass ein typischer Einstellungsfall im Sinne des § 153a dStPO bei Wirtschafts- und Steuerstraftaten mit nicht zu erheblichen Schaden und einmaligen Fehlverhalten vorläge.²⁴⁸ Nach einem weiteren, ähnlich rudimentären Hinweis soll zu berücksichtigen sein, dass der Verdächtige einschlägig vorbelastet sei.²⁴⁹ Eine weitere Ausführung beschränkt sich lediglich auf den Hinweis, fehlende Vorbelastungen seien mildernd zu berücksichtigen.²⁵⁰ Insgesamt können daraus nur einige wenige Tendenzen extrahiert werden. Klar ist, dass fehlende Vorstrafen positiv und bestehende negativ in die Schuldbewertung einfließen sollen, wobei einschlägigen Vorstrafen stärkeres Gewicht

²⁴⁵ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 2.

²⁴⁶ LG Bonn NStZ 2001, 378; vgl. dazu auch *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 429.

²⁴⁷ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1; LG Bonn NStZ 2001, 376.

²⁴⁸ *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 8.

²⁴⁹ *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 19.

²⁵⁰ *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 27.

zuzumessen sein dürfte als nicht Einschlägigen. Weitere Schlussfolgerungen sind dagegen nicht möglich.

Im Gesamtkontext Vorleben des Verdächtigen ist noch die Bewertung des Landgerichts Bonn beachtlich, wonach Dr. Helmut K.'s „über 50 Jahre währendes Engagement für die staatliche Gemeinschaft auf allen Ebenen der Politik“²⁵¹ sowie seine „unbestrittenen Verdienste um die Schaffung einer europäischen Friedenszone im allgemeinen, um die Aussöhnung mit den Nachbarn Deutschlands und um die deutsche Einheit im besonderen“²⁵² zu seinen Gunsten berücksichtigt wurde. Damit hat das Landgericht Bonn mit der Tat nicht direkt in Zusammenhang stehende, positive Lebensleistung in einem sehr weitem Maße berücksichtigt, was für den Bereich der Wirtschaftskriminalität unter dem Aspekt, dass Wirtschaftsstraftäter vergleichsweise oft eine vorteilhafte Vita aufweisen dürften, durchaus relevant ist.

Insgesamt fördert die Analyse auch hier ein wenig klares Bild für den Rechtsanwender zu Tage, inwieweit einzelne Umstände zu gewichten bzw wo Grenzbereiche verortet sind. Zwar sind den beiden näher erläuterten Fallbeispielen gewisse Konkretisierungen zu entnehmen, die teilweise an die Literatur anknüpfen zu scheinen. Allerdings reichen diese bei Weitem nicht aus, die äußerst rudimentären Literaturausführungen mit Leben zu füllen. Problematisch wirkt besonders, dass den gerichtlichen Ausführungen zu den begleitenden Fallbeispielen kaum genaue Bewertungen der qualitativen Bedeutungen der einzelnen Umstände zu entnehmen sind, bzw positiv gewertete Umstände nicht ins Verhältnis zu negativ zu bewertenden Umständen gesetzt wurden. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass in den Ausführungen eine Einstellung und eine Zustimmung im Sinne des § 153a dStPO begründet und (weitestgehend)²⁵³ ergebnisorientiert nur positiv zu berücksichtigende Umstände erläutert worden sind. Ablehnende Entscheidungen mit einem Schwerpunkt auf negativ zu würdigenden Umständen sind demgegenüber nicht vorhanden. Immerhin kann aus den genannten Begründungen rückgeschlossen werden, dass die angenommenen Umstände insgesamt nicht in einer Größenordnung vorgelegen haben, die eine Einstellung gerechtfertigt hätten. In Betracht dessen bleibt für die Beurteilung zukünftiger Fallkonstellationen im

²⁵¹ LG Bonn NStZ 2001, 378.

²⁵² LG Bonn NStZ 2001, 378.

²⁵³ So findet sich in den Erläuterungen des Landgericht Düsseldorf in der Causa Mannesmann kein negativ zu berücksichtigender Umstand und in der CDU-Spendenaffäre lediglich der Hinweis, dass Dr. Helmut K. seiner mit den Ämtern verbundene Verantwortung besser hätte nachkommen müssen.

vermögensdeliktgeprägten Wirtschaftskriminalitätsbereich festzuhalten, dass sogar nach den Verdachtslagen zu vermutende Verletzungen erheblicher Vermögenswerte, raffinierte Tatplanungen, Verletzungen qualitativ hochwertiger, beruflicher Pflichten bzw Verantwortungen im Rahmen der Gesamtabwägungen für kompensierbar gehalten worden sind. Als positiv berücksichtigte Umstände sind beispielsweise Wiedergutmachungsleistungen, fehlende Vorbelastungen, die Länge des Verfahrens sowie insbesondere das Vertrauen auf eingeholten Rechtsrat und fehlende Bereicherungsabsicht zu festzuhalten.

c. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen

Konstruktiv übereinstimmend statuieren die schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzungen in beiden Ländern von möglichen Aufлагenerfüllungen unabhängig zu beurteilende, „absolute“ Grenzen.

Dagegen besteht ein Unterschied dahingehend, dass die österreichische Vorschrift durch das im Rahmen der Strafprozessrechtsreform aufgenommene Klammerzitat bzw den Verweis auf § 32 öStGB hinsichtlich der Fragen, um was für eine Art von Schuld es sich handelt und welcher Maßstab bei der Schuldmaßbestimmung anzulegen ist, bestimmter ist als die deutsche Vorschrift.

Inhaltlich herrscht aber insoweit Übereinstimmung, als dass die Schuld in beiden Ländern an der Strafzumessungsschuld zu orientieren ist, wobei auch hinsichtlich des Inhaltes der Strafzumessungsschuld bzw der Strafzumessungskriterien in Deutschland und in Österreich keine nennenswerten Unterschiede bestehen. Entsprechend ähneln sich die zur Ausfüllung der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzungen heranzuziehenden Umstände. Für die abstrakten, qualitativen Wertungsmaßstäbe, dh das beispielsweise erhebliche Tatfolgen negativ und geringe Tatfolgen positiv zu bewerten sind, ist dies klar ersichtlich. Hinsichtlich konkreter Maßstäbe, dh wann beispielsweise Tatfolgen als erheblich zu beurteilen sind, bzw hinsichtlich möglicher Grenzbereiche fehlt es dagegen in beiden Ländern überwiegend an verallgemeinerungsfähigen Informationen. Immerhin ist aber länderübergreifend für die oben fokussierten Umstände aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität feststellbar, dass die in

den Fallbeispielen angenommenen Umstände den hier beleuchteten Erledigungsweisen trotz der zum Teil wertigen Erscheinungsformen nicht entgegengestanden haben bzw kompensierbar waren.

Ein zentraler, systematischer Unterschied besteht insofern, als dass in Österreich ein deliktübergreifender und in Deutschland ein deliktspezifischer Maßstab bei der Bestimmung des Schuldmaßes anzulegen ist. Damit sind die Bezugspunkte anders. So ist theoretisch bei Betrachtung nur eines Delikts (deliktspezifischer Maßstab) immer ein Bereich geringer, mittlerer und schwerer Schuld vorhanden und Tatbegehungen mit schwerer Schuld bei jedem Delikt möglich. Demgegenüber ist bei Anlegung eines deliktübergreifenden Maßstabes jedes Delikt im Gesamtkontext zu beurteilen, wodurch beispielsweise theoretisch Tatbegehungen mit schwerer Schuld bei Delikten mit geringen Strafandrohungen nicht möglich sind. Entsprechend wäre der einstellungsgerechte Bereich in Deutschland aufgrund der Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“ bei Delikten mit geringen Strafandrohungen einschränkt, in Österreich dagegen aufgrund der Anwendungsvoraussetzung des § 198 Abs 2 Z 2 öStPO „die Schuld des Beschuldigten nicht als schwer (§ 32 StGB) anzusehen wäre“ nicht. Gleiches gilt theoretisch auch bei Delikten, bei denen die Strafandrohungen darüber liegen, aber noch nicht im Bereich von Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren liegen. Insoweit sind die vorstehenden Überlegungen weitgehend übertragbar. Dabei ist indes zu bedenken, dass sich die Unterschiede relativieren, je weiter die vorhandenen Strafandrohungen in Richtung fünf Jahre Freiheitsstrafe tendieren. Dies ist damit zu begründen, dass bei Strafandrohungen von höchstens fünf Jahren Freiheitsstrafe trotz der unterschiedlichen Ansätze theoretisch keine Unterschiede in den Ländern bestehen. Unterschiede bestehen jedoch bei Delikten mit Strafandrohungen von über fünf Jahre Freiheitsstrafe, da sich insoweit die unterschiedlich ausgestaltenden deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzungen auswirken. Wie gesehen dürfen in Österreich Delikte höchstens mit einer Strafandrohung von fünf Jahren Freiheitsstrafe belegt sein, wohingegen in Deutschland auch Delikte mit Strafandrohungen bis zu zehn Jahren zugelassen sind.

Die Betrachtung der Literatur und der Praxis offenbart jedoch in beiden Ländern ein weitgehend anderes Bild. So scheint in Deutschland nicht unwahrscheinlich, dass insbesondere bei Delikten mit geringen Strafandrohungen unter dem Gesichtspunkt „Erst-Recht bei kleinen Delikten“ deliktübergreifende Maßstäbe angelegt werden. Demgegenüber

sind in der österreichischen Literatur und Praxis deliktspezifische Tendenzen zu vernehmen. Besonders auffällig sind diese in der österreichischen Praxis im Bereich von Delikten mit geringen Strafandrohungen, wo zum Teil äußerst restriktiv vorgegangen wurde. Ein vergleichbar enges Vorgehen ist in Deutschland nicht nachweisbar.

In Hinblick auf die (höchst-)möglichen Anwendungsobergrenzen in beiden Ländern kann übereinstimmend festgestellt werden, dass genaue und verallgemeinerungsfähige Angaben zu solchen fehlen. Immerhin ist in Hinblick auf die in den bekannten Fällen vorliegenden Tatvorwürfe und auferlegten Geldauflagehöhen vergleichend feststellbar, dass die deutschen Entscheidungen oftmals qualitativ auf viel höheren Ebenen lagen und daher eine vergleichsweise weite Anwendung der deutschen schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung zu erkennen ist. So wurde in der höchsten bekannten Einstellungsentscheidung in Deutschland eine Geldauflage in Höhe von 3,2 Millionen Euro (640 Tagessätze zu je 5.000 Euro) auferlegt, wohingegen in der summenmäßig höchsten bekannten Diversionsentscheidung in Österreich ein Geldbetrag von 114.000 Euro (54.000 Euro zuzüglich Verfahrenskosten in Höhe von 60.000 Euro) zu zahlen war. Nach einem vereinzelt Hinweis in der deutschen Praxis (bis 720 Tagessätze zu je 5.000 Euro) und Teilen der deutschen Literatur (bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe, soweit diese zur Bewährung ausgesetzt werden kann) sollen sogar noch weitergehende Anwendungen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung möglich sein. Eine volle Ausschöpfung der theoretisch möglich Weiten ist in beiden Ländern nicht erfolgt.

Alles in allem ist in Hinblick auf die Tatsache, dass vergleichbar Weite Entscheidungen aus anderen Bereichen nicht bekannt sind, länderübergreifend für den Bereich der Wirtschaftskriminalität eine als vergleichsweise weitgehend einzustufende Betrachtungsweise der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung zu erkennen, wobei dies für die deutsche Vorschrift in viel stärkerem Maße gilt.

3. PRÄVENTIONSBEZOGENE ANWENDUNGSVORAUSSETZUNGEN UND GELDAUFLAGENREGELUNGEN

a. Österreichische Anwendungsvoraussetzung

(1) Inhalt und Anwendungsbereich

Im Rahmen der österreichischen Anwendungsvoraussetzung des § 198 Abs 1 öStPO „nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken“ ist zu prüfen, ob generalpräventive oder spezialpräventive Interessen einem diversionellem Vorgehen entgegenstehen bzw eine Verurteilung erfordern. In spezialpräventiver Hinsicht kommt es darauf an, ob voraussichtlich schon ein diversionelles Vorgehen ausreicht, den Verdächtigen von weiteren Straftaten abzuhalten. In generalpräventiver Hinsicht ist zu beurteilen, ob ein diversionelles Vorgehen dafür ausreicht, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Nach der herrschenden Meinung²⁵⁴ ist die sogenannte „positive Generalprävention“²⁵⁵, worunter „die sozialpsychologisch wirksame Bekräftigung der Normgeltung trotz des mit dem begangenen Delikt offenbar gewordenen Normbruchs“²⁵⁶ verstanden wird, primär maßgeblich. Insoweit ist entscheidend, ob die Bevölkerung die konkrete diversionelle Maßnahme als ausreichende, „spürbare Reaktion“ auf die konkrete Tat empfindet.²⁵⁷ Hier wird deutlich, dass zur Beurteilung der Anwendungsvoraussetzung der mögliche Sanktionsrahmen heranzuziehen ist. Dies ergibt sich daraus, dass die Anwendungsvoraussetzung keine starre Grenze zieht, sondern von der Kompensations- bzw Wechselwirkung der Sanktion wesentlich mitbestimmt wird.²⁵⁸ Dies folgt aus dem Wortlaut bzw der Systematik der Vorschrift. Die Anwendungsvoraussetzung steht nämlich in Zusammenhang mit der Geldauflagenmöglichkeit gem §§ 198 Abs 1 Z 1 iVm 200 öStPO. Konkret ist zu fragen, ob eine Bestrafung aufgrund der Zahlung eines

²⁵⁴ Burgstaller/Grafl, FS Miklau (2006) 127; Schwaighofer, JBl 1997, 160f, Venier, JRP 1999, 105f, Moos, JBl 1997, 347f; Burgstaller, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995) 142ff; Seiler, AnwBl 2001, 456.

²⁵⁵ Burgstaller/Grafl, FS Miklau 127; Burgstaller, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995), 142ff.

²⁵⁶ Burgstaller/Grafl, FS Miklau 127.

²⁵⁷ Burgstaller/Grafl, FS Miklau 127; Schütz, Diversionsentscheidungen 112; Fuchs, JAP 1990/91, 140.

²⁵⁸ Vgl dazu Schroll, WK StPO § 198 Rn 33f mwN.

Geldbetrages nicht geboten erscheint, um den Verdächtigen von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.²⁵⁹ Diversionelles Vorgehen ist damit nur zulässig, soweit die mögliche Auflage ausreicht, um den Verdächtigen von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.²⁶⁰ Die vorgenannten Punkte sind im Rahmen einer Einzelfallabwägung bzw anhand einer „umfassenden Fallbewertung unter Einbeziehung der Wirkung einer vom Beschuldigten erst zu erfüllenden Verpflichtung zu prüfen“^{261 262}. Im Rahmen der Einzelfallabwägung sind verschiedene Umstände gegeneinander zu gewichten, wobei positive durch negative Umstände gegeneinander ausgeglichen werden können.²⁶³

Die höchstmöglichen Anwendungsobergrenze der Geldauflage - die im Rahmen der Diversionsregelungen die schwerwiegendste und „strafnächste“ Reaktionsmöglichkeit darstellt - ²⁶⁴ ergibt sich aus § 200 Abs 2 öStPO, wonach „der Geldbetrag den Betrag nicht übersteigen darf, der einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zuzüglich der im Fall einer Verurteilung zu ersetzenden Kosten des Strafverfahrens (§§ 389 Abs 2 und Abs 3, 391 Abs 1) entspricht.“ Wie gesehen lag die höchstmögliche Tagessatzhöhe gem § 19 Abs 2 öStGB bis zum 17.06.2009 bei 500 Euro,²⁶⁵ so dass eine höchstmögliche Geldauflage von 90.000 Euro zuzüglich Verfahrenskosten möglich war. Vor diesem Zeitpunkt lag die höchstmögliche Tagessatzhöhe bei 327 Euro, so dass eine Geldauflage von maximal 58.860 Euro zuzüglich Verfahrenskosten auferlegt werden konnte. Für die im Jahre 2002 abgeschlossene Causa S. sowie für die im Jahre 2003 abgeschlossene Causa Lombard Club lässt sich sodann folgern, dass die dort auferlegten Gelbeträge in Höhe von 50.000 Euro nahe an die betragsmäßige Höchstgrenze heranreichten, wobei nähere Schlussfolgerungen mangels Kenntnis der Bemessungsgrundlage bzw -maßstäbe nicht möglich sind. Letzteres gilt ebenfalls für die summenmäßig betrachtet höchste bekannte Entscheidung Causa Hypo Alpe Adria (54.000 Euro zuzüglich 60.000 Euro Verfahrenskosten) sowie für die obergerichtlichen,

²⁵⁹ So auch *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 33.

²⁶⁰ *Schroll*, WK StPO § 198 StPO Rn 33.

²⁶¹ *Schroll*, WK StPO § 198 StPO Rn 33.

²⁶² 15 Os 128/07y; *Schroll*, ZVR 2001, 298; *Schütz*, Divisionsentscheidungen 104f.

²⁶³ Vgl zu den nach Praxis und Literatur konkret zu berücksichtigen Umständen D, III, 3, a, (2).

²⁶⁴ Vgl dazu *Schütz*, Divisionsentscheidungen 122f, der diese für die „in quantitativer Hinsicht bedeutendste“ und strafähnlichste Divisionsart“ hält, die im Gegensatz zu den anderen Divisionsmaßnahmen „das breiteste Anwendungsspektrum umfasst“.

²⁶⁵ BGBl 2004/136.

diversionsablehnenden Entscheidungen. Entsprechend unklar ist die Lage in der Literatur. So wird beispielsweise vertreten, dass an die Grundsätze der Strafzumessung bzw an das Gewicht der in Frage stehenden Tat und an die Einkommens- und Vermögenssituation des Verdächtigen,²⁶⁶ dass an die Höhe der hypothetischen Geldstrafe,²⁶⁷ oder primär an die präventiven Voraussetzungen anzuknüpfen sei.²⁶⁸ Insgesamt ist eine herrschende Linie nicht erkennbar. Einigkeit ist demgegenüber insoweit zu vernehmen, dass bei der Bemessung der Geldauflage zugunsten des Verdächtigen zu berücksichtigen ist, dass im Rahmen eines diversionellen Vorgehens keine bedingte Strafnachsicht gem § 43 öStGB möglich ist, dh dass der Verdächtige bei diversionellem Vorgehen in jedem Falle tatsächlich zahlen muss, wohingegen eine Geldstrafe bei einem Unbescholtenen bedingt nachgesehen kann.²⁶⁹ Abschließend betrachtet bleibt festzuhalten, dass aufgrund der klaren Höchstgrenze zu fragen ist, ob die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe von maximal 180 Tagessätzen eine Bestrafung aus präventiver Hinsicht entbehrlich macht. Für die allesamt dem Bereich der Wirtschaftskriminalität zuzuordnenden Fallbeispiele, die wie gesehen von den auferlegten Geldbeträgen her betrachtet die höchsten bekannten Entscheidungen darstellen bzw in denen die auferlegten Geldbeträge überwiegend relativ nahe an die möglichen Höchstgrenzen heranreichten, ist insoweit festzuhalten, dass nach Ansicht der verfahrensleitenden Organe die auferlegten Gelbeträge zur Beseitigung präventiver Interessen ausreichen.

Als Ausprägung der in § 206 Abs 1 erster Satz öStPO normierten Anordnung, dass „stets die Interessen des Opfers zu prüfen und in größtmöglichem Ausmaß zu fördern“ sind, ist sodann zu verstehen, dass bei einem diversionellen Vorgehen gegen Zahlung eines Geldbetrages nur bei Vorliegen „besonderer Gründe“ iSd § 200 Abs 3 öStPO darauf verzichtet werden kann, den Rücktritt von der Verfolgung von einer innerhalb von sechs Monaten erfolgten Schadensgutmachung abhängig zu machen. In der Literatur wird § 200 Abs 3 öStPO so verstanden, dass grundsätzlich von vornherein der gesamte Schaden wiedergutzumachen ist, wobei dies eine Ausweitung gegenüber der zuvor geltenden Vorschrift (§ 90c Abs 3 der zuvor geltenden öStPO)²⁷⁰ darstellen soll, da im Rahmen dieser eine volle Ausgleichspflicht nicht

²⁶⁶ Schroll, WK StPO § 200 Rn 2.

²⁶⁷ Pleischl in Miklau/Schroll, Diversion 100.

²⁶⁸ Schütz, Diversionsentscheidungen 126.

²⁶⁹ Schütz, Diversionsentscheidungen 126f; Miklau in Miklau/Schroll, Diversion 36; Venier, JRP 1999, 104.

²⁷⁰ In der Fassung der Strafprozessnovelle 1999 - BGBl I 1999/55.

von vorherein bestanden habe.²⁷¹ In Betracht der alten und der neuen Regelung ist jedoch fraglich, ob dieser Schluss zwingend ist. Zunächst ist festzustellen, dass keine Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung vorhanden sind, dass eine Verschärfung erfolgen sollte bzw was unter „besonderen Gründen“ verstanden werden soll. So ist lediglich ein vager Hinweis des Justizausschusses zum StPO-Reformgesetz vorhanden.²⁷² Allerdings unterscheiden sich die Wortlaute und Systematiken der alten und der neuen Vorschrift zum Teil, wobei die Beschreibung des auszugleichenden Schadens „aus der Tat entstandenen Schaden gutmacht“ unverändert geblieben ist, jedoch die Systematiken verändert worden sind. So war gem § 90c Abs 3 öStPO eine Schadensgutmachung erst notwendig, soweit sie „möglich und zweckmäßig“ war, wohingegen sie nun gem § 200 Abs 3 öStPO grundsätzlich erforderlich ist, soweit „nicht aus besonderen Gründen darauf verzichtet werden kann“. Insoweit ist von der Systematik her betrachtet eine Verschärfung zu erkennen und der genannten Ansicht insoweit zuzustimmen, da nun grundsätzlich von vornherein - ohne dass erst bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen - eine Schadengutmachungspflicht besteht, von der lediglich ausnahmsweise abzuweichen ist.²⁷³ Dies hat entscheidende Bedeutung, da die gesetzliche Regel-Ausnahmekonstruktion dazu führt, dass eine Schadensgutmachungspflicht grundsätzlich besteht und erst ein Absehen von einer Schadensgutmachung in den Händen des verfahrensleitenden Organs und somit im unberechenbaren subjektiv bestimmten Bereich liegt. Zuvor oblag dagegen schon die Entscheidung, ob überhaupt eine derartige Pflicht besteht, in den Händen des verfahrensleitenden Organs bzw bestand auf dieser Ebene ein Spielraum. Insoweit ist der Entscheidungsspielraum eingeschränkt worden.

Gleiches gilt konsequenterweise auch für das notwendige Ausmaß der Schadenwiedergutmachung. Grundsätzlich ist nach dem Wortlaut des § 200 Abs 3 öStPO der gesamte entstandene Schaden gutzumachen,²⁷⁴ wobei davon notwendige Abweichungen in der Hand des verfahrensleitenden Organes liegen. Hinsichtlich der diesbezüglich zu treffenden Beurteilung ist festzustellen, dass keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass

²⁷¹ Schroll, WK StPO § 200 Rn 7; zur alten Rechtslage Schütz, Diversionsentscheidungen 136; Pleischl in Miklau/Schroll, Diversion 102.

²⁷² Bericht des Justizausschusses: NR GP XXII, 406 dB, 21 - „wobei es stets darum geht, möglichen Schadensersatz auch tatsächlich zu effektuieren, nicht aber die Diversion in Fällen zu inhibieren, in denen Schadensersatzleistungen nicht in Betracht kommen, nicht (in vollem Umfang) geleistet werden können oder unverhältnismäßig wären“.

²⁷³ Birklbauer, JSt 4/2004, 114; Schroll, WK StPO, Vor §§ 198-209 Rn 5a; Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 555.

²⁷⁴ Vgl dazu Schroll, WK StPO, Vor §§ 198-209 Rn 5a.

eine Verschärfung des notwendigen Ausmaßes der Schadensgutmachung durch die Veränderung der Begrifflichkeiten von „zweckmäßig“ im Sinne des § 90c Abs 3 öStPO zu „besonderen Gründen“ im Sinne des § 200 Abs 3 öStPO erfolgen sollte. So ist nach den Wortlauten beider Vorschriften möglich, dass eine partielle oder eine volle Schadenwiedergutmachung oder ein kompletter Verzicht „zweckmäßig“ bzw aus „besonderen Gründen“ gerechtfertigt sein kann. Wie gesehen ergeben sich zudem aus den Gesetzesmaterialien keine gegenteiligen Anhaltspunkte, da konkrete Hinweise fehlen, was unter „besonderen Gründen“ zu verstehen ist. Auch ergeben sich auch aus der Betrachtung des § 206 öStPO, in der sich Regelungen zu den Rechten und Interessen des Opfers finden, keine gegensätzlichen Anhaltspunkte. Zwar sind diese nach § 206 Abs 1 erster Satz öStPO „im größtmöglichen Ausmaß“ zu fördern, doch folgt daraus nicht, dass dazu immer ein voller Schadenausgleich notwendig ist.²⁷⁵ Weiters wird in § 206 Abs 1 dritter Satz öStPO ein Recht zur Stellungnahme begründet, soweit noch keine volle Schadensgutmachung erfolgt ist, woraus man folgern könnte, dass letztere immer erforderlich sein muss, damit jedem Opfer ein solches Recht zukommt. Allerdings ist zu bedenken, dass gem § 200 Abs 3 dritter Satz öStPO ein Stellungnahmerecht auch dann besteht, soweit dies zur Wahrung der Opferinteressen geboten erscheint, so dass auch daraus keine Unterschiede herzuleiten sind. Damit ist die Schadensgutmachung bzw der notwendige Umfang der Schadensgutmachung unverändert insbesondere nach präventiven (Zweckmäßigkeits-) Gesichtspunkten unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Verdächtigen zu bestimmen, so dass auch weiterhin eine partielle und eine volle Schadensgutmachung sowie ein kompletter Verzicht zur Auswahl stehen.²⁷⁶ Insgesamt ist hinsichtlich der Frage, ob eine Schadensgutmachung auferlegt werden muss oder nicht, festzuhalten, dass eine derartige Leistung gem § 200 Abs 3 öStPO bei vorhandenem Schaden für die Diversion gegen Zahlung eines Geldbetrages eine grundsätzlich bestehende und eigenständige, dh neben der Zahlung eines Geldbetrages stehende Leistung bzw Anwendungsvoraussetzung, darstellt. Ausnahmen sind letztlich nur durch die verfahrensleitenden Organe möglich. Insoweit ist eine Verschärfung der Regelung erfolgt und dem Aspekt Wahrung der Opferinteressen stärker Rechnung getragen worden.²⁷⁷

²⁷⁵ Schroll, WK StPO, Vor §§ 198-209 Rn 5b; zB könnte eine Versicherung einen Teil des Schadens ausgeglichen haben.

²⁷⁶ Fuchs in Miklau/Schroll, Diversion 43; Miklau in Miklau/Schroll, Diversion 37; Schütz, Divisionsentscheidungen 137f; Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 555.

²⁷⁷ Vgl dazu Birklbauer, JSt 4/2004, 114, der unter Bezugnahme auf den Bericht des Justizausschusses: NR GP XXII, 406 dB, 21 davon spricht, dass durch die verstärkte Schadensgutmachung nur der Opferschutz forciert

Klarzustellen ist, dass kein direkter Zusammenhang zwischen der Bemessung der Geldauflage bzw der gesetzlich normierten, höhenmäßigen Geldauflagenobergrenze und der Schadenwiedergutmachung besteht. Dies ist damit zu begründen, dass die Schadensgutmachungsleistung einen davon getrennten Posten darstellt. Daher findet die Schadensgutmachung lediglich als strafzumessungsrelevanter Umstand indirekt Eingang in die Höhenbemessung bzw in die Beurteilung, ob eine Diversion möglich ist. Damit können bei Diversionen gegen Geldauflagen tatsächlich Zahlungen erfolgen, die rechnerisch die Summe von 180 Tagessätzen zuzüglich Verfahrenskosten überschreiten.

Hinsichtlich der praktischen Handhabung der gesetzlichen Anordnung können jedoch keine Aussagen getroffen werden. Zwar ist zum Bereich der Schadensgutmachung im österreichischen Sicherheitsbericht aus dem Jahre 2007 ein „Überblick über die Schadensgutmachung“ zu finden, dem beispielsweise zu entnehmen ist, dass im Jahre 2007 in 29,13% der diversionell erledigten Fälle überhaupt kein Schaden vorlag oder schon zuvor gutgemacht worden ist, wobei eine nähere Differenzierung fehlt.²⁷⁸ Weiters ist zu entnehmen, dass in 32,94% der Fälle Schäden durch Dritte (zB Versicherungen) abgedeckt worden sind.²⁷⁹ Ebenso erkennbar ist, dass in 18,60% der Fälle eine Schadensersatzleistung oder ein Tatfolgenausgleich aufgetragen wurde, wohingegen in 19,33% der Fälle keine derartigen Leistungen verlangt worden sind.²⁸⁰ Allerdings ist aus diesen Informationen nicht herzuleiten, inwieweit Schadensgutmachung und Zahlungsaufgabe voneinander abhängig gemacht worden sind, da eine derartige Differenzierung fehlt. Auch den Fallbeispielen sind keine verwertbaren Informationen zu entnehmen. So fehlte es in der Causa Lombard Club und in der Causa Hypo Alpe Adria schon an bezifferbaren Schäden. Weiters hat Franz S. den erlangten Gewinn vor der diversionellen Erledigung gespendet. Letztlich ist den obergerichtlichen Praxisentscheidungen teilweise lediglich zu entnehmen, dass Schadenwiedergutmachungen mildernd in die Bewertungen eingeflossen sind.

werden sollte, ohne dass dem Verdächtigen zugleich unsachliche Nachteile erwachsen und diversionelle Erledigungen zurückgedrängt würden.

²⁷⁸ Sicherheitsbericht 2007, Tabelle 143, S. 530.

²⁷⁹ Sicherheitsbericht 2007, Tabelle 143, S. 530.

²⁸⁰ Sicherheitsbericht 2007, Tabelle 143, S. 530.

(2) Heranzuziehende Umstände

Im weiteren soll ein Überblick darüber gegeben werden, inwieweit einzelne Umstände nach der diversionsbezogenen Praxis und Literatur zur Ausfüllung der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung heranzuziehen sind, wobei schwerpunktmäßig auch hier die für den Bereich der Wirtschaftskriminalität fokussierten Umstände unter dem Blickwinkel möglicher Grenzbereiche betrachtet werden sollen. Ebenfalls soll eine Untersuchung der Strafzumessungsrechtsprechung aus den oben genannten Gründen unterbleiben.²⁸¹ Einleitend ist außerdem noch zu bemerken, dass Erläuterungen zu einzelnen Umständen, die bei Beurteilung präventiver Erfordernisse zu berücksichtigen sind, in Literatur und Praxis im Vergleich zur schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung nur in geringer Anzahl und Ausführlichkeit zu finden sind. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass es sich bei den weit überwiegenden, bekannten Entscheidungen um obergerichtliche handelt, in denen Diversionsrügen schon aufgrund der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung abgelehnt wurden und in der Regel nur vergleichsweise rudimentäre Ausführungen zur präventiven Anwendungsvoraussetzung vorhanden sind.²⁸²

Eine beachtliche Anzahl der Entscheidungen sowie ein Großteil der Literatur behandelt den Themenkomplex, ob bzw inwieweit eine Übernahme der Verantwortung bzw Schuldeinsicht erforderlich ist, damit einer Diversion keine spezialpräventiven Erfordernisse entgegenstehen.²⁸³ In der früheren Praxis wurde diesbezüglich vertreten, dass ein diversionelles Vorgehen zwingend von Schuldeinsicht und insoweit von der Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme für die Tat abhängt und infolgedessen wegen Bestreiten und Leugnen des Verdächtigen Diversionshindernisse angenommen.²⁸⁴ In zeitlich nachfolgenden Entscheidungen wurden dagegen sogar komplett leugnende Verantwortungen lediglich als „durchaus beachtlich“²⁸⁵ in die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Bestrafung eingestellt.

²⁸¹ Vgl dazu D, III, 2, a, (2).

²⁸² Nicht verwunderlich ist daher auch, dass in der Literatur Umstände genannt werden, die in der Rechtsprechung der 90er Jahre berücksichtigt worden sind - zB Tendenz einer unangebrachten Bagatellisierung der eigenen Tat - 11 Os 74/90 - genannt bei *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 37.

²⁸³ Bezüglich der Frage des Stellenwertes dieses Umstandes ist zu bemerken, dass in der Rechtsprechung oftmals zu diesem Themenkomplex Stellung genommen worden ist, obwohl meist schon das Vorliegen einer schweren Schuld festgestellt wurde.

²⁸⁴ 15 Os 1/02; 11 Os 126/03.

²⁸⁵ 14 Os 76/07v; 14 Os 84/06v.

Demgegenüber strenger wurde in einer im Juni 2009 ergangenen Entscheidung²⁸⁶ entsprechend der herrschenden Literatur vertreten, dass spätestens bei Durchführung einer diversionellen Maßnahme „im Regelfall eine zumindest bedingte Unrechtseinsicht oder eine partielle (...) Übernahme der Verantwortung für das Bewirken der eine strafrechtliche Haftung begründenden Tatsachen“²⁸⁷, nicht aber ein Geständnis²⁸⁸ erforderlich sei, um ein diversionelles Vorgehen statt einer Bestrafung zu rechtfertigen. Im konkreten soll eine solche Verantwortungsübernahme nach der Literatur grundsätzlich gegeben sein, soweit die Bereitschaft des Verdächtigen für ein diversionelles Vorgehen bestehe²⁸⁹ und er nicht bis zum Schluss leugne.²⁹⁰ Die engen Tendenzen sind in der österreichischen Literatur jedoch nicht unbestritten. So wird angeführt wird, dass der Wortlaut der Vorschrift dem grundsätzlichen Erfordernis einer Verantwortungsübernahme entgegenstehe, da explizit nur im Rahmen des außergerichtlichen Tatausgleiches die Bereitschaft gefordert werde, „für die Tat einzustehen“ (§ 204 Abs 1 öStPO).²⁹¹ Daher sei eine Diversion bei fehlender Verantwortungsübernahme nicht grundsätzlich ausgeschlossen, jedoch könne dieser Umstand negativ in die präventive Beurteilung einfließen.²⁹² Entsprechend soll ein diversionelles Vorgehen auch dann möglich sein, wenn der Verdächtige bestreitet oder schweigt.²⁹³

Insgesamt ist ein uneinheitliches Bild in Praxis und Literatur festzustellen. Sicher feststellbar ist immerhin, dass einer Verantwortungsübernahme bzw einem Geständnis mildernde Wirkung beigemessen wird. Dagegen ist Uneinigkeit bezüglich der Frage zu konstatieren, ob bzw inwieweit eine Verantwortungsübernahme aus spezialpräventiver Hinsicht vorliegen muss. So ist nach Teilen der Praxis und der Literatur trotz Bestreiten oder Leugnen der Tat durch den Verdächtigen eine diversionelle Erledigung nicht zwingend ausgeschlossen, nach der herrschenden Literatur und insbesondere einer kürzlich erfolgten Gerichtsentscheidung dagegen schon. Insgesamt ist eine vorhersehbare Anwendung aufgrund der beiden

²⁸⁶ 15 Os 26/09a.

²⁸⁷ So Schroll, WK StPO § 198 Rn 36, 41; vgl auch Moos, JBl 1997, 351; Höpfel, FS Jesionek 330; Löschnig-Gspandl in Miklau/Schroll, Diversion 91; Fabrizy, StPO § 198 Rn 6.

²⁸⁸ 15 Os 26/09a; 13 Os 16/04; Schroll, WK StPO § 198 Rn 36; ders, FS Miklau 504; ebenso Schütz, Divisionsentscheidungen 55.

²⁸⁹ Miklau in Miklau/Schroll, Diversion 91; Jesionek, JGG § 7 Anm 18, 22, 24f.

²⁹⁰ Schroll, WK StPO § 198 Rn 36 mit Bezugnahme auf 15 Os 1/02; a.A.: Hochmayr, RZ 2003, 278ff.

²⁹¹ Hochmayr, RZ 2003, 278ff, Kienapfel/Höpfel, AT E 10 Rn 14; Schütz, Divisionsentscheidungen 55 Fn 190.

²⁹² Schütz, Divisionsentscheidungen 55 Fn 190.

²⁹³ Schütz, Divisionsentscheidungen 55.

gewichtigen, gegenüberstehenden Strömungen kaum zu erwarten bzw maßgeblich von der nicht kalkulierbaren Ansicht des verfahrensleitenden Organs abhängig.

Vergleichsweise wenig Ausführungen finden sich dagegen in Praxis und Literatur betreffend der spezialpräventiven Behandlung von Vorbelastungen und fehlenden Vorbelastungen des Verdächtigen. Konkrete Schlussfolgerungen für die Rechtsanwender betreffend dieser, für den Bereich der Wirtschaftskriminalität durchaus beachtlichen Umstände sind daher kaum zu ziehen. Zumindest ist sicher feststellbar, dass Vorbelastungen negativ in die Gesamtabwägung einfließen, was für einschlägige und kurz zurückliegende Vorbelastungen in viel stärkerem Maße gilt.²⁹⁴ Umgekehrt sind mangelnde Vorbelastungen mildernd zu berücksichtigen.²⁹⁵ Desweiteren kann dahingehende Einigkeit in Praxis und Literatur vernommen werden, dass Vorstrafen nicht grundsätzlich zum Ausschluss eines diversionellen Vorgehens führen sollen.²⁹⁶ Dies soll auch für einschlägige Vorstrafen gelten, soweit die neuerliche Tat eine erheblich geringere kriminelle Energie beinhaltet.²⁹⁷ Wann Diversionen jedoch im konkreten ausgeschlossen sein sollen, bleibt unklar. Zwar ist beispielsweise eine Entscheidung bekannt, in der ein diversionelles Vorgehen bei einem Tatvorwurf wegen Raubes gem § 142 Abs 1, Abs 2 öStGB aufgrund spezialpräventiver Hindernisse wegen einer etwa einen Monat zurückliegenden Vorbestrafung wegen Einbruchsdiebstahles im Sinne der §§ 127, 129 Z 1 und 3 öStGB sowie unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach § 136 Abs 1, Abs 2 öStGB abgelehnt wurde.²⁹⁸ Der Oberste Gerichtshof folgerte daraus einen „Hang zur Kriminalität, welchem nur durch den Ausspruch einer Strafe begegnet werden kann.“²⁹⁹ Zudem findet sich in diese Richtung gehend in der Literatur der Umstand der Überzeugungs- und Hangtäterschaft, der diversionsausschließend sein soll.³⁰⁰ Allerdings bieten diese vereinzelt Anhaltspunkte aufgrund der Vielzahl möglicher Vorbelastungskonstellationen keine ausreichende Basis für verallgemeinernde und abschließende Schlussfolgerungen zu konkreten Grenzbereichen.

²⁹⁴ 11 Os 126/03; 14 Os 109/06w; *Schroll*, StPO WK § 198 Rn 38.

²⁹⁵ 15 Os 162/08z; 13 Os 7/03.

²⁹⁶ ZB 14 Os 109/06w; *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 38; *Kienapfel/Höpfel*, AT E 10 Rn 14; *Schütz*, Diversionsentscheidungen 82ff, 109.

²⁹⁷ *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 38; 14 Os 109/06w.

²⁹⁸ 11 Os 126/03.

²⁹⁹ 11 Os 126/03.

³⁰⁰ *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 35, 37; *Burgstaller*, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995) 141.

Unter dem Aspekt der Art und Weise der Tatbegehung ist eine Gerichtsentscheidung betreffend eines Bestechungsvorwurfs gem § 307 Abs 1 Z 1 öStGB bemerkenswert, in der auf die „Vielzahl der auf eine geradezu systematische Unterminierung der Verwaltung in diesem Bereich gerichteten deliktischen Angriffe über einen langen Zeitraum hindurch“³⁰¹ abgestellt worden ist. So hielt der Oberste Gerichtshof aufgrund dieser Umstände eine Bestrafung in spezialpräventiver Hinsicht für erforderlich, um den Verdächtigen die Verwerflichkeit ihrer Handlungen zu verdeutlichen. Demgegenüber steht die Causa Lombard Club. Auch diese war nach der Verdachtslage durch über lange Zeit erfolgte, systematische Verletzungshandlungen gekennzeichnet, wobei diese Umstände nicht zum Ausschluss eines diversionellen Vorgehens führten. Allerdings dürfte ein wesentlicher Grund für die unterschiedlichen Bewertungen darin liegen, dass im zuvor genannten Fall in die Ordnungsgemäßheit der Verwaltung eingegriffen und damit der „privatwirtschaftliche Bereich“ überschritten wurde, wodurch auch hier eine verallgemeinernde Übertragung dieses Falles auf Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität mit Vorsicht zu genießen ist.³⁰² Insgesamt bleibt insbesondere in Hinblick auf den grundsätzlich durch intelligente Tatausführungen geprägten Bereich der Wirtschaftskriminalität die getroffene Wertung in der Causa Lombard Club zu vermerken. Der zuvor genannte Bestechungsfall ist im Übrigen auch aus generalpräventivem Blickwinkel beachtlich. So hielt das Gericht ein nicht diversionelles Vorgehen für notwendig, um „Beamte als auch die Öffentlichkeit von gesetzwidriger Einflussnahme auf das Verwaltungshandeln abzuhalten.“³⁰³ Aus generalpräventiven Blickwinkel ist zudem eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu nennen, in der bei einem gewerbsmäßigen schweren Betrug nach §§ 146, 147 Abs 3, 148 zweiter Fall öStGB wegen Submissionsabsprachen gegen ein diversionelles Vorgehen die für den Auftraggeber nachteiligen Wirkungen der Unterbindung eines gerechten Ausschreibungswettbewerbs angeführt wurden.³⁰⁴ Außerdem wurde in der Praxis aus der Stellung als Rechtsanwalt ein besonderes Vertrauen der Bevölkerung in rechtstreues Verhalten sowie eine besondere Wertschätzung gefolgert und die tatbedingten Verletzungen dieser Aspekte aus generalpräventiver Hinsicht zu einem Ausschluss diversionellen Vorgehens herangezogen.³⁰⁵ Insgesamt findet sich in der Praxis auch hier die

³⁰¹ 12 Os 45/04.

³⁰² Vgl dazu D, III, 2, a, (2).

³⁰³ 12 Os 45/04.

³⁰⁴ 13 Os 135/03.

³⁰⁵ 12 Os 18/03.

Tendenz zum erhöhten Schutz von Bereichen, die den „privatwirtschaftlichen Bereich“ in gewisser Weise überschreiten, indem dem Schutz einer unbeeinflussten Verwaltung, dem Schutz der rechtmäßigen Ausübung rechtspflegender Berufe sowie dem Schutz von öffentlichen Ausschreibungen maßgeblich diversionshindernde Bedeutungen beigemessen worden sind. Insoweit scheinen die Chancen auf diversionelles Vorgehen in vergleichbaren Konstellationen schlecht zu stehen. Demgegenüber kann wie im Rahmen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung auch hier für die Fallbeispiele eine vergleichbar negative Beurteilung der angeblichen Verletzungen der aus den beruflichen Positionen folgenden Verantwortungen aufgrund der erfolgten Diversionen ausgeschlossen werden, was für den Bereich der Wirtschaftskriminalität von immenser Bedeutung ist.

Ansonsten finden sich in der Praxis³⁰⁶ und der Literatur³⁰⁷ weitgehend nur sehr allgemeine Hinweise bezüglich generalpräventiver Erfordernisse bei der Diversion. Beispielsweise wird regelmäßig verdeutlicht, dass auch Geldbußen spürbare Reaktionen darstellen, die der Öffentlichkeit ein Signal der Rechtsbewährung vermitteln. Allerdings soll dies nach Teilen der Literatur und der Praxis jedoch nur dann möglich sein, soweit eine zumindest bedingte Unrechtseinsicht vorliegt.³⁰⁸

Ähnlich wie im Rahmen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung kann lediglich ein sehr unvollständiges Bild festgestellt werden, inwieweit einzelne Umstände zur Beurteilung der präventiven Erfordernisse im Rahmen der Diversion heranzuziehen sind bzw. wo mögliche Grenzbereiche liegen. Sicher erkennbar ist allerdings, dass ein maßgeblicher Scheidepunkt auf dem Weg zu einer diversionellen Erledigung bei der Beurteilung des Umstandes der Verantwortungsübernahme bzw. der Schuldeinsicht angesiedelt ist. So ist in Teilen der Praxis und der Literatur eine Tendenz zu erkennen, die eine Verantwortungsübernahme für ein diversionelles Vorgehen für zwingend notwendig erachten. Bedeutsam für zukünftige Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität kann zudem aufgrund der in begleitenden Fallbeispielen ergangenen Diversionsentscheidungen immerhin festgehalten werden, dass das Vorliegen präventiver Hindernisse auf Basis der zugrunde

³⁰⁶ 14 Os 32/08z, 15 Os 162/08z sowie 15 Os 128/07y mit Verweis auf *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 41.

³⁰⁷ *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 41 mwN.

³⁰⁸ Vgl. *Schroll*, WK StPO § 198 Rn 41 mit Verweis auf Rn 36 mwN.

gelegten Umstände nach Ansicht der verfahrensleitenden Organe nicht zu rechtfertigen war. Insoweit ist insbesondere die nach der Verdachtslage erkennbare, systematische und über mehrere Jahre erfolgte Tatbegehungen im Rahmen der Causa Lombard-Club hervorzuheben. Demgegenüber bleiben die negativ in die Beurteilung der präventiven Erfordernisse eingestellten Umstände wie die Verletzung von spezifischen Pflichten, die mit rechtspflegenden Berufen zusammenhängen, die Verletzung der Ordnungsgemäßheit der Verwaltung sowie der Beeinträchtigungen öffentlicher Ausschreibungen festzuhalten, wobei diese vergleichsweise selten bedeutsam werden dürften.

b. Deutsche Anwendungsvoraussetzung

(1) Inhalt und Anwendungsbereich

In Deutschland zeichnen sich die Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“ und die Geldauflagenauflagenmöglichkeit des § 153a Abs 1 Z 2 dStGB „einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen“ durch ihre weitgehenden Unbestimmtheiten aus, da das öffentliche Interesse gesetzlich nicht definiert und die Geldauflagenmöglichkeit höhenmäßig nicht beschränkt ist. Zudem ist aus der Regelung der Geldauflagenmöglichkeit nicht zu entnehmen, wie die Geldauflage zu bemessen ist, dh ob zum Beispiel das bei der Geldstrafe maßgebliche Tagessatzsystem zugrunde zu legen ist.

Nach herrschender Ansicht sind zur Bestimmung des öffentlichen Interesses materiellstrafrechtliche, general- und spezialpräventive Strafzwecküberlegungen maßgeblich.³⁰⁹ Zur konkreten Ausfüllung sind sodann Umstände heranzuziehen, die präventiv begründbare Funktionen aufweisen.³¹⁰ Das so zu begründende öffentliche Interesse muss

³⁰⁹ H.M.: *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 34ff, § 153 Rn 28ff; *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 22; *Meyer-Goßner*, StPO § 153 Rn 7; *Bloy*, GA 1980, 174f.; *Boxdorfer*, NJW 1976, 319; *Eckel*, JZ 1975, 100; *Fezer*, ZStW 106 (1994), 29f; *Gillmeister* in *Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle*, Strafverteidigung in der Praxis, Band 1 (2004) § 7 Rn 42; *Hanack*, FS Gallas 354; *Hobe*, FS Leferenz 640ff; *Rieß*, NSTZ 1981, 8; zur Begrenzung explizit *Hobe*, FS Leferenz 640; a.A.: *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 27.

³¹⁰ Vgl aber auch *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 31, 33 mwN, wonach auch Umstände ohne präventiv begründbare Funktionen in Ausnahmefällen ein öffentliches Interesse begründen können sollen; allerdings scheint es sich jedoch um vernachlässigbare Gedanken zu handeln, da in Literatur und Praxis weitestgehend große

durch eine Auflagenerfüllung beseitigt werden können, wie dies aus dem klaren Wortlaut und der Systematik der Vorschrift folgt. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO sind nämlich „dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen zu erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“. Übereinstimmung herrscht inhaltlich dahingehend, dass die Auflagenerfüllung Kompensationswirkung besitzt und insoweit „Wechselwirkungen zwischen Auflagenerfüllung und dem zu beseitigenden öffentlichen Strafverfolgungsinteresse bestehen“³¹¹. Konkret ist daher zu prüfen, ob sich der Verdächtige durch eine Einstellung bzw der damit verbundenen Auflagenerfüllung abhalten lässt, weitere Straftaten zu begehen und ob eine Einstellung bzw die damit verbundene Auflagenerfüllung ausreicht, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Insoweit hat eine Einzelfallabwägung zu erfolgen, in der verschiedene, für die Bestimmung des öffentlichen Interesses maßgebliche Umstände gegeneinander abzuwägen sind, wobei positive durch negative Umstände gegeneinander ausgeglichen werden können bzw die mit einer Auflagenerfüllung verbundenen Wirkungen einzustellen ist.³¹²

Fraglich ist, ob bzw wo und in welcher Form in der Anwendungsvoraussetzung eine Anwendungsobergrenze verortet ist. Dafür ist maßgeblich, inwieweit Geldauflagen geeignet sein können, ein bestehendes öffentliches Strafverfolgungsinteresse zu beseitigen, bzw inwieweit der Sanktionsrahmen der unbegrenzten Geldauflagenmöglichkeit für die zur Ahndung anstehenden Sachverhalte ausreichend ist.³¹³

In der aktuellen Literatur werden oftmals keine näher bestimmten, verallgemeinernd formulierten Anwendungsobergrenzen für die Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“ genannt, sondern lediglich auf die zu treffenden Einzelfallabwägungen, die höhenmäßig unbeschränkte Auflagenmöglichkeit und die zugrunde zulegenden Umstände hingewiesen.³¹⁴ Allerdings

Zurückhaltung zu vernehmen ist und diese Umstände in der aktuelleren Praxis sogar „umgekehrt“ zugunsten der Verdächtigen gewürdigt worden sein dürfen - vgl dazu genauer D, III, 3, b, (2).

³¹¹ So treffend zusammenfassend *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 36.

³¹² Vgl zu den nach Praxis und Literatur zu berücksichtigenden Umständen unter D, III, 3, b, (2).

³¹³ Ähnlich *Kausch*, Der Staatsanwalt - Ein Richter vor dem Richter? 112; *Hanack*, FS Gallas 353.

³¹⁴ Vgl *Beulke*, LR StPO §153a 34ff, 55ff; *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 16, 26ff; *Gillmeister* in *Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle*, Strafverteidigung § 7 Rn 42; zeitlich weiter zurückliegend: *Hanack*, FS Gallas 353ff; *Hobe*, FS Leferenz 629ff.

finden sich im Rahmen dieser Erläuterungen regelmäßig Einordnungen in einstellungshindernde und einstellungsfördernde Umstände, woraus immerhin zu schließen ist, dass die Verfasser eine Anwendung des § 153a dStPO trotz unbeschränkter Auflagenmöglichkeit nicht immer für möglich halten.³¹⁵ Dagegen werden aktuell kaum Begrenzungsansätze vertreten, in denen Anwendungsobergrenzen angenommen und für den Rechtsanwender verallgemeinernd greifbar gemacht werden, indem sie in bekannte, gesetzlich vorgesehene „Größen“ übersetzt werden, bei deren Erreichung das öffentliche Interesse durch Auflagenerfüllung trotz der höhenmäßig unbegrenzten Auflagenmöglichkeit nicht mehr beseitigt werden kann. Beispielsweise wird angedeutet, dass eine Einstellung gem § 153a dStPO nicht mehr möglich sein soll, wenn eine Freiheitsstrafe zu erwarten sei, die nicht mehr zu Bewährung ausgesetzt werden könne.³¹⁶ Desweiteren besteht nach anderer Ansicht die Möglichkeit der Beseitigung des öffentlichen Interesses durch Zahlung nur bei „gewissen Erscheinungsformen der Kriminalität [...], bei denen von vornherein „die Öffentlichkeit“, bzw einzelne Teilnehmer am Leben in der Rechtsgemeinschaft persönlich nicht stark betroffen waren.“³¹⁷ Dies sei beispielsweise bei Ladendiebstählen, Verkehrsstrafsachen, Unterhaltspflichtverletzungen und Verstößen gegen das Ausländergesetz der Fall. Nach anderer Ansicht soll die Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“ eine Höchstgrenze des Anwendungsbereiches des § 153 a dStPO für solche Fälle statuieren, bei denen bei einer Anklageerhebung eine Freiheitsstrafe in Betracht käme bzw eine Geldstrafe nicht mehr ausreichend erscheine.³¹⁸ Allerdings ist dieser Ansatz Teil eines Gesamtbegrenzungskonzeptes, wonach aus der zuvor zu prüfenden, schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung schon eine Begrenzung auf Fälle erfolgen soll, bei denen die

³¹⁵ Vgl zB die Übersicht bei *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 38 mwN - zB „in der Regel [...] einschlägige oder sonstige erhebliche Vorstrafen“;

Beachtlich *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 1ff, 27f, die in Betracht ihrer gesamten, kritisch anmutenden Ausführungen zu § 153a die Tendenz vermittelt, dass die Vorschrift aufgrund ihrer weiten Zielsetzungen und offenen Ausgestaltung so gut wie keine unüberwindbaren Grenzen mehr hat.

³¹⁶ Vgl *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 2, der zwar nicht konkret bezüglich der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung, aber in seinen einleitenden Bemerkungen zu § 153a dStPO davon spricht, dass „das Verfahren kriminalpolitisch eine Variante zur Strafaussetzung zur Bewährung darstellt, die jedoch rechtstechnisch ganz anders ausgestaltet ist.“; ähnlich allgemein *Götz*, NJW 2007, 422, der davon spricht, dass „ein Freikauf nicht nur von eventuell zu verhängenden Geldstrafen, sondern auch von Freiheitsstrafen zulässig ist.“; *Fezer*, ZStW 106 (1994), 32; *Waller*, DRiZ 1986, 51.

³¹⁷ *Schoreit*, KK StPO § 153a Rn 13.

³¹⁸ *Schirmacher*, Reaktionen 87.

erforderliche Geldauflage 180 Tagessätze überschreiten würde.³¹⁹ Wie oben geschildert basiert dieser Lösungsansatz entgegen der herrschenden Meinung auf einem deliktübergreifenden Schuldmaßstab, so dass diesem Ansatz nicht weiter nachgegangen werden soll.³²⁰

Insgesamt kann der deutschen Literatur eine als herrschend zu bezeichnende, klar definierte Anwendungsobergrenze nicht entnommen werden. Als Gemeinsamkeit kann lediglich festgestellt werden, dass Begrenzungstendenzen bestehen bzw präventive Interessen nicht immer durch Zahlung eines Geldbetrages ausgeglichen werden können sollen.

Ähnlich unklar ist die Lage in der Praxis. Sinngemäß kann mangels anderweitiger, konkreter Informationen auf die Erwägungen und Ergebnisse bezüglich der bekannten höhenmäßigen Geldauflagenhöhen im Rahmen der deutschen schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung verwiesen werden.³²¹ So ist auch bezüglich der präventivbezogenen Anwendungsvoraussetzung lediglich sicher erkennbar, dass diese in den bekannten Einstellungsfällen nicht entgegengestanden hat bzw die präventiven Interessen durch die auferlegten Geldbetragsauflagen beseitigt werden konnten. Insoweit ist auch hier die Causa Mannesmann als Entscheidung mit der bekanntermaßen höchsten auferlegten Geldauflage (640 Tagessätze zu je 5.000 Euro) zu nennen bzw darauf hinzuweisen, dass nach Ansicht des Gerichts theoretisch bis zu 720 Tagessätze auflegbar gewesen wären. Weitergehende Schlussfolgerungen betreffend eine maximale Anwendungsobergrenze sind dagegen auch hier nicht möglich, da den bekannten Entscheidungen diesbezüglich verallgemeinerungsfähige Informationen nicht zu entnehmen sind.

Erschwerend wirkt in diesem Zusammenhang, dass wie oben angedeutet bezüglich der genauen Maßstäbe, die bei der Bemessung der Geldauflagen anzulegen sind, Unklarheit besteht. Der Wortlaut des § 153a dStPO gibt darüber nämlich keinen Aufschluss bzw spricht dafür, dass keine festen Regeln bei der Bemessung bestehen. Entsprechend vage ist die Lage in der Literatur und der Praxis. So ist weitgehende Übereinstimmung lediglich insoweit zu vernehmen, als dass eine inhaltliche Ähnlichkeit zwischen der Bemessung des Geldbetrages

³¹⁹ Schirmacher, Reaktionen 85ff, vgl oben D, III, 2, b, (1).

³²⁰ Schirmacher, Reaktionen 85ff, vgl oben D, III, 2, b, (1).

³²¹ Vgl oben D, III, 2, b, (1).

in § 153a dStPO und der Bemessung einer Geldstrafe angenommen wird.³²² Allerdings ist unklar, inwieweit diese reichen soll bzw inwieweit eine Orientierung an einer hypothetischen Geldstrafe möglich ist. So wird beispielsweise eine Orientierung an den Grundsätzen der Bemessung einer Geldstrafe ausdrücklich für sinnvoll erachtet,³²³ wohingegen dies andere für „mißverständlich“³²⁴ oder „zweifelhaft“³²⁵ halten. Vielmehr seien primär Umstände wie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Verdächtigen,³²⁶ das Ausmaß der Rechtsfriedensstörung³²⁷ oder die Unzumutbarkeit bei offensichtlichem Missverhältnis zur Tatschuld bzw der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz maßgeblich.³²⁸ Hinsichtlich der konkreten Bemessung in der Praxis wird der Verdacht geäußert, dass „wohl eher eine simple Orientierung an dem Ausmaß des durch die Tat verursachten Schadens“³²⁹ stattfindet, was in Hinblick auf die so gut wie nicht vorhandenen Informationen über die Bemessungsgrundlagen nicht widerlegt werden kann. Insoweit stellt die Causa Mannesmann, in der eine explizite Bezugnahme auf die Geldstrafenzumessung erfolgte,³³⁰ eine vom Informationsgehalt her begrüßenswerte, aber nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahme dar.

Insgesamt ist über die allgemeinen Grundsätze hinaus weitestgehend Unklarheit in Literatur und Praxis erkennbar. So unterscheiden sich die Literaturansichten hinsichtlich der möglichen Anwendungsobergrenzen teilweise erheblich und den Praxisentscheidungen sind keine diesbezüglich verallgemeinerungsfähigen Informationen zu entnehmen. Klar ist aber, dass in der Literatur auch Anwendungsobergrenzen zu finden sind, die selbst die bisher weiteste Praxisentscheidung übertreffen. Auch hier bleibt für den Bereich der Wirtschaftskriminalität festzuhalten, dass die höchsten bekannten Praxisfälle allesamt aus diesem Bereich stammten.

Im Besonderen für Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität ist weiter von Interesse, ob eine Schadenwiedergutmachungsleistungen bei einer Einstellung gegen Zahlung eines Geldbetrages im Sinne des § 153a Abs 1 Z 2 dStPO zwingenderweise anzuordnen ist oder

³²² *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 57; *Fünfsinn*, NStZ 1987, 101f; *Schirrmacher*, Reaktionen 158; *Plöd*, KMR StPO § 153a Rn 21; *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 42.

³²³ *Schirrmacher*, Reaktionen 158; *Plöd*, KMR StPO § 153a Rn 21; *Fünfsinn*, NStZ 1987, 101f.

³²⁴ *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 42.

³²⁵ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 57.

³²⁶ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 57; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 19; *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 42.

³²⁷ *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 42.

³²⁸ *Weßlau*, SK StPO § 153a Rn 42.

³²⁹ So *Schirrmacher*, Reaktionen 158 mwN.

³³⁰ Vgl dazu LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 3.

nicht. Eine gesetzliche Verpflichtung zu einer derartigen Kombination fehlt jedoch, so dass eine Schadenswiedergutmachungsleistung keine gesetzliche Anwendungsvoraussetzung für ein Vorgehen im Wege des § 153 Abs 1 Z 2 dStPO darstellt. Allerdings besteht die rechtliche Möglichkeit einer solchen Kombination, da alle im deutschen Auflagen- und Weisungskatalog enthaltenden Auflagen und Weisungen kombiniert werden können.³³¹ Im Konkreten kann somit beispielsweise neben der Geldbetragsauflage im Sinne des § 153a Abs 1 Z 2 dStPO zugleich eine Wiedergutmachungsleistung des durch die Tat verursachten Schadens gem § 153a Abs 1 Z 1 dStPO als auch eine Täter-Opfer-Ausgleichsverpflichtung gem § 153a Abs 1 Z 5 dStPO auferlegt werden. Insgesamt ist maßgeblich, dass die Entscheidung über die Auferlegung einer (partiellen oder kompletten) Schadenwiedergutmachungsleistung allein in den Händen des verfahrensleitenden Organs liegt. Abschließend ist noch zur Klarstellung darauf hinzuweisen, dass eine Schadenwiedergutmachungsleistung einen von der Geldauflage getrennten Posten darstellt, der jedoch im Rahmen der Bemessung der Geldauflage positiv berücksichtigt werden und damit indirekt Einzug in die Geldauflagenbemessung finden kann.

Inwieweit Schadenwiedergutmachung und Geldbetragsauflage in der Praxis voneinander abhängig gemacht worden sind, ist mangels diesbezüglicher Informationen nicht zu eruieren. Zwar geben die vorhandenen Statistiken darüber Aufschluss, wie oft Schadenwiedergutmachungen als eigene Auflagen im Sinne des § 153 Abs 1 Z 1 dStPO auferlegt worden sind. Allerdings ist daraus beispielsweise nicht herzuleiten, ob in derartigen Fällen gleichzeitig Geldbetragsauflagen auferlegt worden sind. Zudem ist nicht erkennbar, ob in den gegen Geldbetragsauflage eingestellten Fällen überhaupt wiedergutmachbare Schäden vorlagen bzw wie mit diesen verfahren worden ist (zB ob diese schon vor einer Einstellungsentscheidung gutgemacht worden sind). Auch eine Betrachtung der Fallbeispiele hilft nicht weiter. So wurde in der CDU-Spendenaffäre schon im Vorfeld der angenommene Schaden bereinigt. Weiters sind für die Causa Mannesmann diesbezügliche Feststellung aufgrund diverser Unklarheiten nicht möglich. Klar ist zwar, dass die den Verdächtigen angeblich zugeflossenen Leistungen von diesen nicht rückerstattet worden sind und auch die auferlegten Geldauflagen diese nicht abdeckten. So habe zum Beispiel Dr. E. 16 Millionen Euro als Anerkennungsprämie erhalten, jedoch nur 1,5 Millionen Euro als Geldauflage zahlen

³³¹ Meyer-Goßner, StPO § 153a Rn 14.

müssen, wobei das Landgericht Düsseldorf dazu rechtfertigend ausführt, dass die Firma Vodafone, die im Zeitpunkt der Zahlungen etwa 98% der Aktien hielt, diesen zugestimmt hatte.³³² Dies erscheint insofern beachtlich, da zumindest etwa 2% der Aktien im Eigentum Anderer standen, deren Interessen dadurch theoretisch beeinträchtigt gewesen sein dürften. Allerdings sind weitere Schlussfolgerungen nicht möglich, da die genaue Intention des Gerichts nicht erkennbar ist. Fraglich ist zum Beispiel, ob das Gericht lediglich keine wiedergutmachbaren Schäden der übrigen Aktionäre erkannte und daher keine Schadenwiedergutmachung gefordert hat oder stattdessen einen Schaden sah, aber trotzdem keine Schadenwiedergutmachung gefordert hat.

(2) Heranzuziehende Umstände

Desweiteren soll aufgezeigt werden, inwieweit insbesondere die oben fokussierten Umstände nach der Praxis und der Literatur zur Ausfüllung der abstrakten Inhalte der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung einzusetzen sind, wobei ein Überblick über die Strafzumessungsrechtsprechung auch hier aus den oben genannten Gründen unterbleiben soll.³³³ Einleitend ist ferner anzumerken, dass in der Literatur zur präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung des § 153a dStPO ähnlich wie im Rahmen der Ausführungen zur schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung oftmals Verweise auf die Ausführungen zu § 153 dStPO³³⁴ vorhanden sind. Dies ist hier auf die inhaltlich übereinstimmenden Begriffe des öffentlichen Interesses in § 153 dStPO und in § 153a dStPO zurückzuführen. Gegen eine diesbezügliche inhaltliche Bezugnahme ist daher nichts einzuwenden. Demgegenüber enthalten die Ausführungen keine Antworten auf die Frage, inwieweit das öffentliche Interesse gegen Zahlung eines Geldbetrages zu beseitigen ist und damit keine Hinweise für mögliche Grenzbereiche. Dies ist damit zu begründen, dass in § 153 dStPO allein das Nichtbestehen eines öffentlichen Interesses vorausgesetzt und keine Auflagenmöglichkeit vorgesehen ist.

³³² LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 2.

³³³ Vgl D, III, 2, a, (2).

³³⁴ § 153 dStPO normiert die „Einstellung wegen Geringfügigkeit“ unter anderem unter der Voraussetzung, dass ein öffentliches Strafverfolgungsinteresse nicht entgegensteht.

Anwendungsfördernd sollen nach der Literatur „vor allem geringe Tatfolgen sein“³³⁵. Näher erläutert ist aber nicht, was als gering zu verstehen ist. Demgegenüber nennt das Landgericht Bonn „außergewöhnliche Tatfolgen für den Tatgeschädigten oder die Allgemeinheit“³³⁶ als Negativkriterium, wobei eine subsumierende Bezugnahme bzw eine ausdrückliche Negativberücksichtigung trotz der expliziten Nennung dieses Kriteriums und trotz eines angenommenen Schadens in Höhe von 265.000 Deutsche Mark nicht vorgenommen wurde. Letztlich kann wie im Rahmen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung sicher nur gefolgert werden, dass die vorgeworfenen Tatfolgen sowohl in der CDU-Spendenaffäre als auch in der Causa Mannesmann einer Einstellung nicht entgegengestanden haben. Für vergleichbare Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität ist dies besonders hervorzuheben, da in diesem Bereich typischerweise Vermögensdelikte samt (hoher) betroffener Vermögenswerte einhergehen.

Unter Kompensationsgesichtspunkten ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass den im Bereich der Wirtschaftskriminalität regelmäßig relevanten Umständen des Schadensausgleiches sowie schon dem Bemühen darum auch im Rahmen dieser Anwendungsvoraussetzung oftmals positive Wirkungen von der Literatur³³⁷ und der Praxis³³⁸ zugemessen werden. Mangels näherer Information betreffend der qualitativen Stellenwerte dieser Umstände sind weitergehende Schlussfolgerungen nicht möglich.

In Hinblick auf den Umstand „besondere kriminelle Intensität“³³⁹, der nach der Literatur anwendungshemmend sein soll, erscheint insbesondere die vom Gericht zugrunde gelegte Tatbegehung in der CDU-Spendenaffäre erwähnenswert. Diese zeichnete sich nämlich nach der Verdachtslage durch ein durchdachtes, systematisches und langwieriges Vorgehen aus. Trotzdem stellte das Landgericht Bonn die Tatbegehung nicht ausdrücklich in ihrer Gesamtabwägung ein. Letztlich kann aufgrund der erfolgten Einstellung sicher darauf geschlossen werden, dass es diese für kompensierbar befand. In Hinblick auf die regelmäßig raffinierten Tatausführungen im Bereich der Wirtschaftskriminalität ist diese Bewertung als äußerst bedeutungsvoll einzustufen. Unter dem Blickwinkel möglicher

³³⁵ Beulke, LR StPO § 153a Rn 38.

³³⁶ LG Bonn NStZ 2001, 376.

³³⁷ Beulke, LR StPO § 153a Rn 38.

³³⁸ LG Bonn NStZ 2001, 377.

³³⁹ Beulke, LR StPO § 153a Rn 38.

Kompensationsfähigkeit scheint in diesem Zusammenhang insbesondere der in der Literatur als anwendungsfördernd kategorisierte Umstand der nachvollziehbaren Motivlage des Verdächtigen relevant.³⁴⁰ Indes sind jedoch nähere inhaltliche Ausführungen insbesondere zu möglichen Stellenwerten bei der Beseitigungsfrage nicht vorhanden, so dass nähere Schlussfolgerungen zu diesem für den Bereich der Wirtschaftskriminalität relevanten Umstand nicht möglich sind.

Weiters soll nach der Literatur und der Praxis ein längerfristig zurückliegender Tatzeitpunkt bzw insoweit das strafloses Verhalten bis zum Entscheidungszeitpunkt positiv für den Verdächtigen wirken.³⁴¹ In diese Richtung gehend führte das Landgericht Bonn aus, dass „die Ausräumung der Wiederholungsgefahr vom Zeitpunkt der Einstellung an“³⁴² zu berücksichtigen sei, ohne jedoch näher subsumierend darauf einzugehen. Konkreter führte das Landgericht Düsseldorf zugunsten der Verdächtigen aus, dass die vorgeworfenen Taten sechs Jahre zurücklagen.³⁴³ Zudem berücksichtigte das LG Frankfurt a.M. im sogenannten Holzschutzmittelprozess als wesentlichen Einstellungsgrund, dass über zwölf Jahre seit der Einleitung des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens vergangen sind.³⁴⁴ Insgesamt wurde diesen Umständen vergleichsweise regelmäßig beachtliche Bedeutung zugemessen, was für den Bereich der Wirtschaftskriminalität aufgrund der typischerweise sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht sehr komplexen Fallkonstellationen von erheblicher Relevanz ist. Letzteres ist auf den eng mit den vorherigen Umständen zusammenhängenden, positiv zugunsten der Verdächtigen zu berücksichtigend Umstand der langen Verfahrensdauer zu übertragen.³⁴⁵ Konkret argumentierte das Landgericht Düsseldorf in der Causa Mannesmann diesbezüglich, dass die Klärung der offengebliebenen tatsächlichen und rechtlichen Fragen nicht in einem überschaubaren Zeitraum möglich gewesen wäre und anerkannterweise das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung mit zunehmender Verfahrensdauer geringer werde.³⁴⁶ Dabei berücksichtigte es in Hinblick auf die erhebliche Gesamtdauer des Verfahrens

³⁴⁰ *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 38.

³⁴¹ LG Frankfurt aM NJW 1997, 1994f; LG Bonn NStZ 2001, 376; LG Bonn NStZ 2001, 376; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 13; *Beulke*, LR StPO § 153a Rn 38.

³⁴² LG Bonn NStZ 2001, 376.

³⁴³ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1.

³⁴⁴ LG Frankfurt aM NJW 1997, 1994.

³⁴⁵ LG Frankfurt aM NJW 1997, 1994; *Meyer-Goßner*, StPO § 153a Rn 13.

³⁴⁶ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 2.

die von einem Strafverfahren selbst ausgehenden Belastungen sowie das überragende öffentliche Interesse am Strafverfahren zugunsten der Verdächtigen.³⁴⁷ Ähnlich argumentiert das Landgericht Bonn in der CDU-Spendenaffäre unter Verweis auf eine angebliche bestehende Praxis, dass aufgrund der ungeklärten Rechtsfragen ein zum Tatvorwurf unverhältnismäßiger zeitlicher und tatsächlicher Aufwand erforderlich wäre und würdigte die Unklarheit der Rechtslage als maßgeblichen Einstellungsgrund.³⁴⁸ Alles in allem scheinen erhebliche Chancen auf Einstellungen von Verfahren zu bestehen, wenn diese durch hohe Komplexität in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gekennzeichnet sind und daraus Aufklärungs- oder Bewertungsschwierigkeiten folgen, die sich auf die Verfahrensdauer niederschlagen.

In Hinblick auf die beachtliche Anzahl von vorbelasteten Tätern im Bereich der Wirtschaftskriminalität ist von Bedeutung, dass in den Literaturausführungen zur präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung oftmals Vorbelastungen bzw fehlende Vorbelastungen genannt werden. So wird angeführt, dass öffentliche Interesse sei im Allgemeinen bei Vorstrafen nicht kompensierbar.³⁴⁹ Ähnlich unkonkret wird angeführt, einschlägige oder sonstige erhebliche Vorstrafen seien in der Regel als anwendungshemmend einzustufen, soweit die neue Tat eine andere Bewertung nicht erforderlich mache.³⁵⁰ Außerdem ist der sehr ungenaue Hinweis zu finden, dass einschlägige Vorbelastungen ein Vorgehen gem § 153a dStPO gänzlich ausschließen könnten.³⁵¹ Demgegenüber sollen fehlende kriminelle Vorbelastungen als anwendungsfördernd zu bewerten sein.³⁵² Entsprechend stellte das Landgericht Düsseldorf in der Causa Mannesmann die fehlenden Vorstrafen der Verdächtigen explizit in die Gesamtabwägung bezüglich der Beurteilung der Anwendungsvoraussetzung ein.³⁵³ Insgesamt muss jedoch auch hier in Betracht der möglichen Vielfalt möglicher Vorbelastungskombinationen ein weitgehend unvollständiges Bild festgestellt werden. Sicher feststellbar ist nur, dass fehlende Vorbelastungen positiv und

³⁴⁷ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1.

³⁴⁸ LG Bonn NSTZ 2001, 377 – vgl zu den damit möglicherweise verbundenen Komplikationen mit der ungeschriebenen Anwendungsvoraussetzung des hinreichenden Tatverdachts oben unter D, III, 1, b.

³⁴⁹ Meyer-Goßner, StPO § 153a Rn 13.

³⁵⁰ Beulke, LR StPO § 153a Rn 38.

³⁵¹ Schoreit, KK StPO § 153a Rn 14.

³⁵² Beulke, LR StPO § 153a Rn 38.

³⁵³ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1.

Vorbelastungen negativ ins Gewicht fallen sollen. Desweiteren sollen Vorbelastungen Erledigungen gem § 153a dStPO nicht zwingend ausschließen, wobei einschlägigen Vorbelastungen deutlich negative Wirkung beigemessen wird. Ansonsten sind nähere Schlussfolgerungen insbesondere aufgrund der Ungenauigkeit von Angaben wie beispielsweise „in der Regel“ nicht möglich.

Große Zurückhaltung ist in der Literatur bezüglich der Umstände „Interesse der Öffentlichkeit an der Klärung einer bestimmten Rechtsfrage“³⁵⁴ bzw „Justizinteresse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung aus reinen Rechtsgründen“³⁵⁵ zu vernehmen. Entsprechend würdigte das Landgericht Düsseldorf in der Causa Mannesmann quasi umgekehrt als anwendungsfördernden Umstand, dass im Rahmen des Strafverfahrens über dieses hinaus entscheidende Rechtsfragen geklärt worden seien.³⁵⁶ Zudem führte das Landgericht Düsseldorf scheinbar inhaltlich auf die Literatur beziehend aus, dass die Beantwortungen noch offengebliebener tatsächlicher und rechtlicher Fragen insbesondere unterbleiben könnten, da diese über den vorliegenden Fall nicht von allgemeiner Bedeutung seien bzw es sich nur um allgemein interessierende Rechtsfragen handele.³⁵⁷ Insgesamt kann der Einstellungsentscheidung in der Causa Mannesmann allein eine für die Verdächtigen positive, inhaltliche Bezugnahme auf die in der Literatur genannten Umstände entnommen werden. Nicht erkennbar ist dagegen, ob das Gericht offene Fragen von allgemeinem Interesse als einstellungshindernd eingestuft hätte. Insgesamt ist aufgrund der kritischen Tendenzen auf eine geringe Negativbedeutung dieser Umstände zu schließen. Die angenommen Positivwirkungen sind letztlich wiederum auf den Gesichtspunkt der Komplexität der Verfahren zurückzuführen. Hinsichtlich der Bedeutung für den Bereich der Wirtschaftskriminalität kann daher auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden. Deutliche Zurückhaltung ist in der Literatur auch hinsichtlich der Umstände „Position des Beschuldigten im öffentlichen Leben“³⁵⁸ sowie „großes Interesses in der Öffentlichkeit an der

³⁵⁴ *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 33 mwN - „scheiden in der Regel aus“; vgl auch den kritischen Überblick bei *Meyer*, GA 1997, 415ff.

³⁵⁵ *Meyer-Goßner*, StPO § 153 Rn 8 mwN - „im Allgemeinen nicht“.

³⁵⁶ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 1f.

³⁵⁷ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 2.

³⁵⁸ *Meyer-Goßner*, StPO § 153 Rn 7 - „unter Umständen“ - verweisend auf *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 429; *Beulke*, LR StPO § 153 Rn 33 - „scheiden in der Regel aus“; *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 25.

Tat“³⁵⁹ zu vernehmen. Aus den vorhandenen Praxisausführungen zur CDU-Spendenaffäre und zur Causa Mannesmann ist diesbezüglich zu folgern, dass diese Aspekte nicht ausschlaggebend negativ berücksichtigt worden sind bzw stattdessen eine gegenteilige Argumentationslinie verfolgt wurde. Insofern ist zu bedenken, dass in beiden Fällen massives Interesse in der Öffentlichkeit herrschte, ein Teil der Verdächtigen wesentliche Stellungen im öffentlichen Leben innehatten und erhebliche Bekanntheit genossen. Trotzdem erfolgten in beiden Fällen Einstellungen. Besonders hervorzuheben sind diesbezüglich die damaligen Positionen Dr. Helmut K.'s als Fraktions- und Parteivorsitzender der CDU und Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland. Aufgrund dieser dürfte seine damalige Stellung im öffentlichen Leben einen absoluten Maximalwert erreicht haben. Letztlich sind noch die mit dieser Causa verbundenen, schwerwiegenden Erschütterungen der Glaubwürdigkeit der Politik hervorzuheben.³⁶⁰ Diesbezüglich führte das Landgericht Bonn in der CDU-Spendenaffäre aus, parteipolitische Interessen könnten gar nicht und das Medieninteresse an der weiteren Durchführung des Strafverfahrens allein nicht maßgeblich sein.³⁶¹ Vielmehr sei eine ohne das Ansehen der Person berücksichtigende Abwägung zur Bestimmung des öffentlichen Interesses vorzunehmen.³⁶² Dies wurde sogar als „Pflicht der Staatsanwaltschaft und des Gerichts“³⁶³ bezeichnet. Ähnlich argumentiert das Landgericht Düsseldorf zur Verteidigung von Freikaufvorwürfen. So stellte es fest, dass im Sinne einer gleichheitsrechtlich vertretbaren Anwendung des § 153a dStPO auch wohlhabende Verdächtige Anspruch auf ein derartiges Vorgehen hätten.³⁶⁴

Insgesamt scheint es so, dass die Gerichte gerade aufgrund der erheblichen Öffentlichkeit der Verfahren und der teilweise außerordentlichen Stellungen der Verdächtigen im öffentlichen Leben Negativberücksichtigungen dieser Umstände in ihren Beurteilungen geradezu ausgespart haben, um sich nicht dem Vorwurf einer vorurteilsgeprägten und

³⁵⁹ *Schoreit*, KK StPO § 153 Rn 25; *Meyer-Goßner*, StPO § 153 Rn 7; einschränkend *Beulke*, LR StPO § 153 Fn 82 sowie Rn 33 - „scheiden in der Regel aus“.

³⁶⁰ Vgl dazu die erhebliche Kritik gegen eine Einstellung: *Schoreit*, KK StPO § 153a Rn 5; *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 429, die die angenommene Beseitigungsfähigkeit des öffentlichen Interesses insbesondere aufgrund der Nichtalltäglichkeit einer Parteischädigung durch einen Partei- und Fraktionsvorsitzenden bzw unter dem Gesichtspunkt der Ausräumung der Wiederholungsgefahr - „wohl aber besteht ein generalpräventives Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Bestrafung strafbarer Handlungen von Politikern im allgemeinen und strafbarer Verstöße gegen das Vermögen im besonderen“ - anzweifeln.

³⁶¹ LG Bonn NStZ 2001, 376.

³⁶² LG Bonn NStZ 2001, 376.

³⁶³ LG Bonn NStZ 2001, 377.

³⁶⁴ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 3.

gleichheitswidrigen Judikatur auszusetzen. Diese Einschätzungen sind insbesondere für öffentlich interessierende Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität von Bedeutung. Allerdings ist an Betracht der kritischen Stimmen in der Literatur die zukünftige Handhabung schwer einzuschätzen.³⁶⁵

Alles in allem fördert die Analyse insbesondere aufgrund der wenigen und sehr einseitigen Praxisausführungen sowie der äußerst unkonkreten Literatur wenig Klarheit hinsichtlich möglicher Stellenwerte von Umständen bzw möglicher Grenzbereiche für den Rechtsanwender zu Tage. Aus den bekannten Fallkonstellationen kann indes sicher hergeleitet werden, dass in diesen keine Umstände in einer Qualität angenommen wurden, die Einstellungen gerechtfertigt hätten bzw nicht mehr kompensationsfähig gewesen wären. Insoweit sind in präjudizieller Hinsicht neben den, aufgrund der Verdachtsmomente zugrunde gelegten, hohen betroffenen Vermögenswerten besonders die erheblichen Stellungen der in den Fallbeispielen betroffenen Personen im öffentlichen Leben sowie die überragenden Interessen an den Fällen in der Öffentlichkeit zu nennen. Aus Kompensationsgesichtspunkten sind neben fehlenden Vorstrafen insbesondere sämtliche Milderungsmöglichkeiten herauszustellen, die mit der tatsächlichen und der rechtlichen Komplexität der Fallkonstellationen zusammenhängen.

c. Vergleichende Betrachtung und Schlussfolgerungen

In Österreich wird durch die Formulierung des § 198 Abs 1 öStPO „nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken“ explizit auf spezial- und generalpräventive Aspekte abgestellt. Dagegen wird in der deutschen Vorschrift von „öffentlichem Interesse an der Strafverfolgung“ gesprochen und somit ein unbestimmter Rechtsbegriff verwendet wird. Die österreichische Vorschrift zeichnet sich mithin durch ihre Bestimmtheit aus und vermittelt gegenüber der deutschen Vorschrift mehr Rechtssicherheit. Allerdings folgen daraus keine relevanten inhaltlichen Unterschiede, da zur Bestimmung des

³⁶⁵ Vgl beispielsweise *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 429; *Götz*, NJW 2007, 420f; *Saliger*, GA 2005, 175f.

öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung sowohl in der weit überwiegenden deutschen Literatur als auch in den bekannten deutschen Praxisentscheidungen ebenfalls an spezial- und generalpräventive Aspekte angeknüpft wird.

Weiters besteht in beiden Ländern dahingehend Übereinstimmung, dass Wechselwirkungen zwischen Auflagenerfüllung und den präventiven Aspekten bestehen. Daher ist übereinstimmend zu prüfen, ob sich der Verdächtige durch eine Diversion bzw eine Einstellung und der damit verbundenen Auflagenerfüllung abhalten lässt, weitere Straftaten zu begehen und ob eine Einstellung bzw Diversion und die damit verbundene Auflagenerfüllung ausreicht, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Diesbezüglich sind in Österreich und in Deutschland Einzelfallabwägungen durchzuführen, in denen die maßgeblichen Umstände gegeneinander abzuwägen sind, dabei positive durch negative Umstände ausgeglichen werden können sowie die mit einer Auflagenerfüllung verbundenen Wirkungen zu berücksichtigen sind.

Die zur Ausfüllung heranzuziehenden Umstände sowie die getroffenen Wertungen und zugeordneten Stellenwerte ähneln sich überwiegend. Hinsichtlich der abstrakten, qualitativen Wertungsmaßstäbe, dh dass beispielsweise Vorbelastungen grundsätzlich negativ und fehlende Vorbelastungen positiv zu bewerten sind, ist dies klar ersichtlich. Vergleichbare, verallgemeinerungsfähige Informationen hinsichtlich konkreter Maßstäbe sowie insbesondere möglicher Grenzbereiche der Kompensationsfähigkeit präventiver Interessen fehlen dagegen in den beiden Ländern weitestgehend. Für den Bereich der Wirtschaftskriminalität bzw bezüglich der oben fokussierten Umstände kann länderübergreifend festgestellt werden, dass in den Fallbeispielen weitestgehend ähnlich hochwertige Umstände zugrunde gelegt wurden und diese den hier beleuchteten Erledigungsweisen nicht entgegengestanden haben bzw kompensierbar waren.

Wesentliche Unterschiede in den beiden Ländern können allerdings bei der Beurteilung der Notwendigkeit von Unrechtseinsicht bzw Verantwortungsübernahme auftreten. So besteht in Österreich die Möglichkeit, dass aus präventiver Sicht eine Unrechtseinsicht oder Verantwortungsübernahme zwingend für ein diversionelles Vorgehen gefordert wird. Vergleichbare Anforderungen sind dagegen in Deutschland nicht zu erkennen. Vielmehr herrscht Übereinstimmung, dass eine Einstellung auch dann erfolgen kann, wenn der

Verdächtige davon überzeugt ist, dass er sich nicht strafbar gemacht hat³⁶⁶ und die Schuld bestreitet.³⁶⁷ Konkreter gesprochen können im Falle dessen, dass ein österreichisches, verfahrensleitendes Organ eine Verantwortungsübernahme zwingend fordert, praktische Unterschiede von erheblicher Bedeutung erwachsen. Dies wird am Beispiel der Causa Mannesmann deutlich, in der die Verdächtigen bis zum Ende behaupteten, im Zeitpunkt der Taten gedacht zu haben, dass sich die vorgeworfenen Handlungen im Rahmen des Erlaubten befanden. Bei konsequenter Anwendung der teilweise vertretenden österreichischen Lösungsansätze wäre in einer derartigen Fallkonstellation ein diversionelles Vorgehen wohl nicht möglich gewesen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass nach einer gegenteiligen Strömung in der Literatur und der teilweisen Praxis keine Unterschiede bestehen würden. Im Ergebnis ist entscheidend, welchem Lösungsansatz sich das jeweils verfahrensleitende Organ in Österreich anschließt. Weiter folgt aus den Praxisbetrachtungen der wesentliche Unterschied, dass die „Unklarheit der Rechtslage“ bzw die Unverhältnismäßigkeit des Verfahrensaufwands zur Klärung verbleibender rechtlicher, aber auch verbleibender tatsächlicher Unsicherheiten unter dem Aspekt der Verfahrensdauer ausdrücklich allein in Deutschland positiv zugunsten des Verdächtigen berücksichtigt worden ist.³⁶⁸

Auch im Bereich der Anwendungsobergrenzen, dh der Grenzen der Beseitigungsfähigkeit präventiver Interessen, sind erhebliche Differenzen zu vernehmen. So besteht in Österreich eine höhenmäßige Begrenzung der Geldauflagenmöglichkeit auf bis zu 180 Tagessätze zuzüglich Verfahrenskosten. In Deutschland fehlt demgegenüber eine höhenmäßige Begrenzung der Geldauflagenmöglichkeit komplett. So sind in der deutschen Praxis mehrfach Entscheidungen ergangen, bei denen die Geldauflagen höhenmäßig weit mehr als 180 Tagessätzen entsprachen. Wie gesehen lag die höchste auferlegte Geldauflage bei 640 Tagessätzen zu 5.000 Euro. Insofern ist in Deutschland eine viel weitreichendere Ausgleichsfähigkeit präventiver Interessen aufgrund der viel weitreichenden Sanktionsmöglichkeit zu konstatieren. Letztlich ist aber mangels konkreter Anhaltspunkte in der Praxis und mangels einer herrschenden Ansicht in der Literatur völlig unklar, wo die maximale Anwendungsobergrenze der deutschen Anwendungsvoraussetzung angesiedelt ist und insofern auch, wie viel weiter der Anwendungsbereich der deutschen Vorschrift reicht. In

³⁶⁶ Beulke, LR StPO § 153a Rn 41.

³⁶⁷ Meyer-Goßner, StPO § 153a Rn 15.

³⁶⁸ Vgl zur Unvereinbarkeit einer derartigen Vorgehensweise mit der ungeschriebenen deutschen Anwendungsvoraussetzung „hinreichender Tatverdacht“ unter D, III, 1, b.

beiden Ländern bestehen Unklarheiten darüber, welche Maßstäbe bei der Ausgestaltung der Geldauflage anzulegen sind, was in Deutschland zur Verstärkung der bestehenden Unsicherheiten beiträgt, in Österreich dagegen aufgrund der höhenmäßig festgesetzten Maximalgrenze zu vergleichsweise überschaubaren Unsicherheiten führt. Trotz aller Unklarheiten ist in den beiden Ländern dahingehende Übereinstimmung zu erkennen, als dass die höchsten bekannten Entscheidungen allesamt dem Bereich der Wirtschaftskriminalität zuzuordnen und insofern aus präventivem Blickwinkel als vergleichsweise weitreichend einzuordnen sind.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Regelungen in den beiden Ländern besteht weiter darin, dass nur in Österreich die Förderung von Opferinteressen explizit angeordnet ist. In diesem Zusammenhang bemerkenswert sind sodann die bestehenden Unterschiede hinsichtlich der Frage, ob eine Schadensgutmachung neben der Geldbetragsauflage auferlegt werden muss oder nicht. So stellt eine Schadensgutmachungsleistung in Österreich nach herrschender Ansicht eine grundsätzlich bestehende Anwendungsvoraussetzung eines diversionellen Vorgehens gegen Zahlung eines Geldbetrages dar, soweit ein wiedergutmachbarer Schaden vorhanden ist. In Deutschland fehlt es dagegen an einer derartigen Regelung, so dass damit eine Schadenwiedergutmachung von Gesetzes wegen im Rahmen der Einstellung gegen Zahlung eines Geldbetrages nicht erforderlich ist. Allerdings ist eine solche aufgrund des im Gegensatz zu Österreich bestehenden Kombinationsrechts von Auflagen und Weisungen durchaus auflegbar. Damit ist der gesetzlich vorgesehene Entscheidungsspielraum, ob eine Schadenwiedergutmachung zu erfolgen hat, in Österreich erheblich enger ausgestaltet. Insoweit können die Ausführungen³⁶⁹ zur Unterschiedlichkeit der alten und der neuen Fassung der österreichischen Vorschrift auf das Verhältnis der österreichischen und der deutschen Norm übertragen werden. In Österreich besteht damit aufgrund der Regel-Ausnahmekonstruktion grundsätzlich eine Schadensgutmachungspflicht. Erst ein Absehen von einer Schadensgutmachung liegt in den Händen des verfahrensleitenden Organs und somit im unberechenbaren, subjektiv bestimmten Bereich. In Deutschland obliegt dagegen schon die Entscheidung, ob überhaupt eine derartige Pflicht besteht, in den Händen des verfahrensleitenden Organs. Danach besteht in Deutschland mangels Regelung eher die Chance, bei einem bestehenden Schaden auch ohne Schadensgutmachung in den Genuss einer

³⁶⁹ Vgl D, III, 3, a, (1).

Einstellung gegen Zahlung eines Geldbetrages zu kommen. Dies bestärkend ist zudem der oben genannte Aspekt zu wiederholen, wonach in Deutschland unter dem Blickwinkel zulässigen Prozessverhaltens nicht negativ zu würdigen sein soll, wenn eine Schadenswiedergutmachung abgelehnt wird. Allerdings kann aufgrund der vorhandenen Statistiken und sonstigen Praxisinformationen nicht festgestellt werden, ob die theoretischen Unterschiede in der Praxis zu Differenzen geführt haben.

Nicht zuletzt bleibt vergleichend hervorzuheben, dass nur in Deutschland Einstellungen gegen Zahlung eines Geldbetrages mit allen anderweitigen Auflagen und Weisungen kombiniert werden können, wodurch die Sanktionswirkung bzw -weite der deutschen Vorschrift noch weiter gesteigert werden kann. Dies stellt einen erheblichen Unterschied zwischen den Vorschriften dar.

IV. NOTWENDIGE ZUSTIMMUNGSERFORDERNISSE

1. SITUATION IN ÖSTERREICH

Ein diversionelles Vorgehen gegen Zahlung eines Geldbetrages durch Staatsanwaltschaft oder Gericht im Sinne der §§ 200 iVm 198 Abs 1 Z 1, Abs 2, 199 öStPO setzt voraus, dass der Verdächtige zustimmt. In § 207 öStPO ist nämlich geregelt, dass dieser bei einem Vorgehen nach diesem Hauptstück eingehend über seine Rechte und insbesondere über das Erfordernis seiner Zustimmung zu belehren ist. Daraus ergibt sich, dass eine Zustimmung zwingend erforderlich ist. Dementsprechend kann die Erfüllung auferlegter Diversionsmaßnahmen nicht erzwungen werden, so dass ein diversionelles Vorgehen nur bei freiwilliger Erfüllung der auferlegten Diversionsmaßnahmen möglich ist. Von diesem Grundsatz bestehen im Bereich der Diversion gegen Zahlung eines Geldbetrages keine Ausnahmen. Ansonsten sind als „formale“ Voraussetzungen nur Informationspflichten (§ 208 Abs 3 öStPO), Anhörungs- (§ 209 Abs 2 erster Satz öStPO) und Beschwerderechte (§ 209 Abs 2 zweiter Satz öStPO) statuiert. Das Beschwerderecht des § 209 Abs 2 zweiter Satz öStPO steht der Staatsanwaltschaft gegen einen Beschluss des Gerichts, mit dem das Verfahren diversionell eingestellt wird, zu. Mit diesem kann die Staatsanwaltschaft gem § 88 öStPO die Rechtmäßigkeit des Vorgehens und somit die Einhaltung der Diversionsvoraussetzungen bzw der genannten Pflichten überprüfen lassen. Dieses Recht ist jedoch qualitativ nicht mit einer generell erforderlichen Zustimmung gleichzusetzen, da die Erteilung der Zustimmung allein in Hand des Zustimmungsberechtigten liegt, wohingegen die Überprüfung der Rechtmäßigkeit inklusive des damit verbundenen Beurteilungsspielraumes in fremder Hand liegt und zudem erst geltend zu machen ist. Daraus ergibt sich, dass Staatsanwaltschaft oder Gericht, soweit sie die Verfahrensherrschaft innehaben, diversionell entscheiden können, ohne von der Zustimmung des anderen abhängig zu sein. Lediglich die Zustimmung des Verdächtigen ist neben der Entscheidung des die Verfahrensherrschaft innehabenden Organs immer erforderlich.

2. SITUATION IN DEUTSCHLAND

In Deutschland ist eine Einstellung grundsätzlich nur möglich, wenn der Verdächtige, die Staatsanwaltschaft und das Gericht zustimmen. Dieser Grundsatz besteht unabhängig davon, ob die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Verfahrensherrschaft innehat. Dies folgt aus § 153a Abs 1 erster Satz dStPO, wonach „mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten die Staatsanwaltschaft“ einstellen kann, bzw aus § 153a Abs 2 erster Satz dStPO, wonach bei bereits erhobener Klage „das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten“ einstellen kann. Ausnahmen davon bestehen dann, wenn es sich um ein Vergehen handelt, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind (§§ 153a Abs 1 siebter Satz iVm 153 Abs 1 zweiter Satz dStPO). Dann ist eine Zustimmung des Gerichts nicht erforderlich. Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass grundsätzlich zwingend eine „doppelte“ Legitimation der Entscheidung durch staatliche Organe erfolgt, indem die deutsche Einstellungsentscheidung grundsätzlich immer von Staatsanwaltschaft und Gericht zusammen getragen werden muss.

3. VERGLEICHENDE BETRACHTUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

Bei dem Vergleich der Anwendungsvoraussetzungen tritt ein erheblicher Unterschied der beiden Vorschriften zu Tage. Im Gegensatz zu Österreich müssen in Deutschland nach der gesetzlichen Regel neben dem Verdächtigen immer auch gleichzeitig Staatsanwaltschaft und Gericht zu einer Einstellung zustimmen. Insoweit ist in Deutschland ein im Vergleich zu Österreich erhöhtes Maß an Legitimation notwendig bzw eine stärkerer Begrenzung des Anwendungsbereiches durch diese Anwendungsvoraussetzungen vorgesehen.

Konkret gesprochen bestehen keine Unterschiede im Bereich geringfügiger Vergehen im Sinne der §§ 153a Abs 1 siebter Satz iVm 153 Abs 1 zweiter Satz dStPO bzw §§ 153 Abs 2 zweiter Satz iVm 153a Abs 1 siebter Satz iVm 153 Abs 1 zweiter Satz dStPO, da die verfahrensleitenden Organe in derartigen Fällen auch ohne Zustimmung des Gerichts bzw der

Staatsanwaltschaft einstellen können, soweit der Verdächtige zustimmt. Dieser Aspekt hat für die Praxis erhebliche Bedeutung, da die Vorschrift des § 153a in der Vielzahl von Fällen im Bereich der Bagatelldelinquenz zur Anwendung kommt. Für große Wirtschaftsfälle hat diese Regelung jedoch keinerlei Bedeutung, da diese Regelung nur für Vermögensschäden bis etwa 50 Euro gilt,³⁷⁰ bzw in derart zu bezeichnenden Fallkonstellationen keine als geringfügig einzustufenden Vergehen und keine als gering zu bezeichnenden Tatfolgen vorliegen. Demgegenüber bestehen theoretische Unterschiede bei höherwertigen Delikten, da bei diesen in Deutschland immer eine doppelte Legitimation durch staatliche Organe notwendig ist. Die Wichtigkeit ordnungsgemäß zustande gekommener Zustimmungen kann nicht genug hervorgehoben werden. Durch diese wird nämlich ein entscheidender Rechtfertigungsaspekt der weiten deutschen Konstruktion verwirklicht.³⁷¹ Dies ist wie folgt herzuleiten. Bedenkt man unter Rechtfertigungs-Gesichtspunkten die gesetzlich normierte Regel-Ausnahme-Konstruktion der §§ 153a Abs 1 siebter Satz iVm 153 Abs 1 zweiter Satz dStPO bzw §§ 153 Abs 2 zweiter Satz iVm 153a Abs 1 siebter Satz iVm 153 Abs 1 zweiter Satz dStPO, wonach unter den oben genannten Voraussetzungen in geringfügigen Konstellationen keine doppelte Legitimation nötig ist, so kann im Umkehrschluss für qualitativ wertigere Verfahren auf eine maßgebliche Rechtfertigungswirkung dieser Modalitäten für eine weitergehende Anwendung geschlossen werden.

Fraglich ist jedoch, ob die weitergehenden Legitimationserfordernisse in Deutschland auch tatsächlich ihre angedachte Wirkung entfalten. Insoweit ist zu vernehmen, dass Gerichte „stets“³⁷² ihre Zustimmungen zu Einstellungsvorschlägen der Staatsanwaltschaften erteilen, soweit sie nicht beteiligt sind bzw noch kein gerichtliches Verfahren eröffnet worden ist. Dies lässt Zweifel aufkommen, ob die Gerichte in ausreichendem Maße ihrer Kontrollpflicht nachkommen, die insbesondere mangels eigener Ermittlungsmöglichkeiten darin besteht, die Entscheidung der Staatsanwaltschaft daraufhin zu überprüfen, ob Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 153a dStPO richtig angewandt worden sind.³⁷³ Festzustellen ist insoweit, dass die Gerichte grundsätzlich nicht in das staatsanwaltliche Verfahren involviert sind und daher erst nachträglich zur Prüfung - der von den Staatsanwaltschaften fertig vorbereiteten

³⁷⁰ Meyer-Goßner, StPO § 153 Rn 17.

³⁷¹ Vgl BT-Drucks 7/551, 44, wonach durch die gegenseitige Zustimmung von Gericht und Staatsanwaltschaft der Gefahr eines Mißbrauchs der Vorschrift vorgebeugt werde.

³⁷² Meyer-Goßner, ZRP 2000, 351.

³⁷³ Saliger, GA 2005, 172ff.

Entscheidungen - beteiligt werden. Zudem ist zu bedenken, dass die Gerichte einer großen Arbeitsbelastung ausgesetzt sind. Insgesamt steht zumindest der Eindruck im Raum, dass tiefergehende Prüfungen vor Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens nicht an der Tagesordnung sind, wodurch sich der aufgefundene Unterschied erheblich relativieren würde, da Einstellungen überwiegend durch Staatsanwaltschaften erfolgen.³⁷⁴ Allerdings kann dies mangels ausreichender Informationen nicht genauer belegt werden. Positiv beachtlich ist demgegenüber die CDU-Spendenaffäre, in der das Landgericht Bonn dem Einstellungsvorschlag der Staatsanwaltschaft Bonn erst nach genauer Prüfung und ausführlicher – freiwilliger – Begründung zugestimmt hat. Insoweit besteht der Eindruck, dass der Anwendungsvoraussetzung zumindest in großen (Wirtschafts-)Verfahren ausreichend Rechnung getragen werden dürfte.

³⁷⁴ Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht 567.

V. DIE ANWENDUNGSVORAUSSETZUNGEN BZW DIE WESENTLICHEN ERGEBNISSE IM LICHT DER GESAMTBEGRENZUNGSSYSTEME SOWIE ABSCHLIEßENDE BEWERTUNGEN UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. ANWENDUNGSVORAUSSETZUNGEN

Sicher feststellbar ist, dass die deliktbezogenen, starren Anwendungsvoraussetzungen „die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengericht fällt“ gem § 198 Abs 2 Z 1 öStPO und „die Tat nicht den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hat“ gem § 198 Abs 2 Z 3 öStPO in viel weitergehendem Maße begrenzen als die Anwendungsvoraussetzung „Vergehen“ im Sinne des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO. In Betracht der logischen Prüfungsreihenfolge hat der österreichische Gesetzgeber damit eine vergleichsweise große Eintrittsschwelle für den Eintritt in den variablen, entscheidungsspielraumgeprägten Raum der Diversion ausausweichlich festgesetzt und dem aus allen Anwendungsvoraussetzungen bestehenden Gesamtbegrenzungs-system ein vergleichsweise enges Korsett bzw engen Rahmen gegeben. Dies wird bei Fällen aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität mit hohen betroffenen Vermögenswerten besonders deutlich. So kommen den österreichischen Anwendungsvoraussetzungen in diesem Bereich erhebliche begrenzende Wirkungen zu, wohingegen die deutsche Anwendungsvoraussetzung in derartigen Fällen so gut wie keine Grenzfunktionen entfaltet bzw Einstellungen auf qualitativ viel höheren Ebenen wie beispielsweise bei großen Untreuefällen zulässt. Insgesamt stellt diese österreichische Anwendungsvoraussetzung neben den schuld- und präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen die für die Anwendungs-obergrenzen relevanteste Anwendungsvoraussetzung im Gesamtbegrenzungs-system dar. Demgegenüber kommt der deutschen Anwendungsvoraussetzung aufgrund der bestehenden Weite nur marginale praktische Bedeutung zu.

Im Bereich der mit Entscheidungsspielräumen ausgestatteten Anwendungsvoraussetzungen, die in beiden Ländern den Großteil der Anwendungsvoraussetzungen ausmachen, ist als entscheidender Unterschied zwischen der deutschen und der österreichischen Vorschrift

festzustellen, dass die österreichische Vorschrift im Bereich der materiellen, für die Bestimmung der Anwendungsobergrenzen maßgeblichen schuld- und präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen erheblich bestimmter ist als die deutsche Vorschrift. So ist insbesondere durch die in Österreich bestehende Begrenzung der Geldauflagenmöglichkeit auf 180 Tagessätze die höchstmögliche Anwendungsobergrenze der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung und damit die Anwendungsobergrenze der gesamten Vorschrift vom Gesetzgeber höhenmäßig geregelt, was für die Anwendungssicherheit des Gesamtbegrenzungssystems von entscheidender Bedeutung ist. Dagegen fehlen in Deutschland derart bestimmte, materielle Anhaltspunkte bei der Anwendungsvoraussetzung des § 153a Abs 1 erster Satz dStPO „das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“ sowie bei der Geldauflagenmöglichkeit gem § 153a Abs 1 Z 2 dStPO „einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen“ komplett. Dadurch ist in Deutschland nicht nur ein Sammelbecken von Unsicherheiten in Literatur und Praxis bezüglich der Handhabung bzw der möglichen Weite der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung entstanden, sondern auch bezüglich der Handhabung bzw der möglichen Weite der deutschen schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung. Letzteres erscheint beachtlich, da die deutsche schuldbezogene Anwendungsvoraussetzung im Gegensatz zur präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung vergleichsweise bestimmt ist. Der Grund für die Unsicherheiten dürfte darin liegen, dass nach der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung bei konsequenter Anwendung der bestehenden Anhaltspunkte eine erhebliche Weite möglich ist und aufgrund einer fehlenden feststehenden Grenze der anderen materiellen Anwendungsvoraussetzung versucht wird, die mögliche Weite irgendwie zu bewältigen. Bemerkenswerterweise sind aber auch in der österreichischen Literatur und Praxis Begrenzungstendenzen bei der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzungssetzung zu erkennen, die bei objektiver Betrachtung dieser Anwendungsvoraussetzung bzw aus deliktübergreifendem Blickwinkel sowie in Hinblick auf die klar begrenzte präventive Anwendungsebene und das Verhältnis „absolute schuldbezogene“ gegenüber „flexible präventionsbezogene“ Grenze nicht zwingend ersichtlich sind. So ist mit Blick auf das Gesamtbegrenzungssystem gesprochen aufgrund der sehr restriktiven Handhabung der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung der Weg zur vergleichsweise klar und eng begrenzten präventiven Ebene neben der engen, deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzung

tatsächlich noch mit einem weiteren stark begrenzenden Hindernis, nämlich der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung, versehen. In Deutschland ist dagegen eine vergleichbar enge Handhabung der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung nicht feststellbar und auch in der überwiegenden Literatur nicht gefordert. Erschwerend wirkt für die Handhabung bzw für die Suche nach den Anwendungsobergrenzen weiter, dass in beiden Ländern für keine der zur Ausfüllung der schuld- und präventionsbezogenen, materiellen Voraussetzungen heranzuziehenden Umstände sicher feststellbar ist, ob und ab wann diese aufgrund ihrer Qualität in jedem Fall die Überschreitung der durch die Anwendungsvoraussetzungen gesetzten Grenzen bewirken können. Für den Verdächtigen ist dies von erheblicher Bedeutung, da er sich auch insoweit mangels konkret definierter „Umstandsgrenzen“ automatisch in einem subjektiv bestimmten Bereich befindet, indem jegliche Umstände grundsätzlich gegeneinander abgewogen werden müssen. Lediglich einzelne, ungefähre Grenzbereiche sind fassbar. So dürften die Chancen auf ein Vorgehen im Wege der Diversion bzw Einstellung aus präventiver Sicht erheblich geschmälert sein, soweit der Verdächtige einschlägig und kurz zurückliegend vorbestraft ist. Zudem ist in Österreich immer damit zu rechnen, dass das verfahrensleitende Organ eine Verantwortungsübernahme aus präventiver Sicht als „Anwendungsvoraussetzung“ für ein diversionelles Vorgehen ansieht. In derartigen Fällen würden eine „Umstandsgrenze“ und ein erheblicher Unterschied zur deutschen Vorschrift bestehen. Ansonsten sind derart verallgemeinerungsfähige Schlussfolgerungen zu möglichen Grenzbereichen von im Bereich der Wirtschaftskriminalität relevanten Umständen mangels ähnlich fassbarer Wertungen nicht möglich.

Insgesamt ist in beiden Ländern eine klar voraussehbare Anwendung kaum zu erwarten, wobei die Unsicherheiten in Österreich aufgrund der begrenzten Geldauflagenmöglichkeit zumindest hinsichtlich der Höchstgrenze nicht bestehen. Mit Blick auf das Gesamtbegrenzungssystem wird das Ausmaß der Problematik der weitgehenden Unbestimmtheiten der entscheidenden materiellen, schuld- und präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen und daraus folgenden Unsicherheiten der deutschen Vorschrift noch deutlicher. Denn aufgrund der sehr weiten starren, deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzungen kommt diesen maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung der Anwendungsobergrenzen zu. Insoweit bleibt festzuhalten, dass allein die österreichische Vorschrift aufgrund der engeren deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzungen und der

expliziten Begrenzung der Geldauflagenhöhe hinsichtlich der Anwendungsobergrenzen ausreichend Bestimmtheit und dadurch ausreichend Rechtssicherheit vermittelt.

Trotz aller Unsicherheiten ist sicher feststellbar, dass die deutsche Vorschrift tatsächlich in viel weitgehendem Maße bzw auf qualitativ viel höheren Ebenen angewendet wurde als die österreichische. So lag die höchste bekannte deutsche Einstellungsentscheidung, nämlich die Causa Mannesmann, hinsichtlich der auferlegten Tagessatzzahl rechnerisch knapp viermal so hoch wie die höchstmögliche Anzahl von Tagessätzen in Österreich (640 Tagessätze in der Causa Mannesmann gegenüber 180 Tagessätze im Sinne der §§ 200 Abs 2 iVm 198 Abs 1 Z 1, Abs 2, 199 öStPO). Bezugnehmend auf die tatsächlich zu zahlenden Geldbeträge lag die genannte deutsche Entscheidung rechnerisch ungefähr 32 mal so hoch wie die höchste bekannte österreichische Diversionsentscheidung (3,2 Millionen Euro gegenüber Dr. A. in der Causa Mannesmann zu 114.000 Euro gegenüber Thomas M. (54.000 Euro zuzüglich 60.000 Euro Verfahrenskosten) in der Causa Hypo Alpe Adria). Zudem ist auch nicht auszuschließen, dass die deutsche Vorschrift noch weiter angewendet wird, da in Literatur und Praxis durchaus Ansätze vorhanden sind, die dies für vertretbar halten. Im Übrigen ist noch in diesem Zusammenhang hinsichtlich der möglichen Ausgestaltung der Sanktionsmöglichkeiten zu bedenken, dass nur in Deutschland die Möglichkeit der Kombinierbarkeit jeglicher Auflagen und Weisungen besteht, gleichwohl aber die Schadenswiedergutmachung nicht als Anwendungsvoraussetzungen ausgestaltet ist. Die Sanktionsbreite ist somit in Deutschland deutlich flexibler und weiter ausgestaltet, wohingegen in Österreich konstruktiv den Aspekten der Rechtssicherheit aufgrund der klaren Begrenzung und des Opferschutzes aufgrund der expliziten Anordnung in § 206 Abs 1 erster Satz öStPO zur größtmöglichen Förderung der Opferinteressen bzw der engeren Ausgestaltung im Bereich der Schadensgutmachungspflicht vergleichsweise große Bedeutungen beigemessen worden sind.³⁷⁵ Wie gesehen bleibt aber verborgen, ob sich letzteres auch in der Praxis niederschlägt.

³⁷⁵ Für den Bereich des Opferschutzes gilt dies selbst unter dem Blickwinkel, dass die in § 206 Abs 1 erster Satz öStPO enthaltende Anordnung bzw die Schadensgutmachungspflicht nicht prozessual durchsetzbar sind - vgl dazu Schroll, WK StPO § 206 Rn 1 sowie Fuchs in Miklau/Schroll, Diversion 45f, der von „weichen“ Rechten spricht.

Den sonstigen Anwendungsvoraussetzungen ist gemeinsam, dass sie keinen Einfluss auf die Anwendungsobergrenzen der Vorschriften besitzen, sondern stattdessen formell geprägte Voraussetzungen beinhalten:

So sind die Anforderungen an die notwendige Sachverhaltsaufklärung im Zeitpunkt der Diversions- bzw Einstellungsentscheidung in den Gesamtbegrenzungssystemen als formell geprägte Eintrittsschwellen in den Bereich der materiellen Diversion- und Einstellungsvoraussetzungen zu verstehen, denen maßgebliche Bedeutung im Bereich des Täterschutzes bzw des Schutzes des Legalitätsprinzips zukommt und deren strikte Beachtung daher unabdingbar ist. Dies kann insbesondere in Betracht der deutschen Praxis nicht genug hervorgehoben werden. Die begrenzende Bedeutung dieser Anwendungsvoraussetzungen für die Beurteilung der Diversions- und Einstellungseignung ist nicht zu unterschätzen, was insbesondere für die oftmals komplexen Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität gilt. Bezüglich der weitenmäßigen Ausgestaltungen scheint die Tendenz zu bestehen, dass die österreichische Vorschrift enger beschränkt sein dürfte als die Deutsche, wobei in der Praxis aufgrund der nur geringen und sehr theoretischen Unterschiede in der Literatur kaum Unterschiede zu erwarten sein dürften.

Durch die in beiden Ländern erforderlichen Zustimmungen der Verdächtigen werden die kooperativen Elemente und damit die entscheidenden Wesensmerkmale dieser andersartigen Reaktionsmittel umgesetzt, indem Verfahrensbeendigungen auf diesem Wege nicht gegen ihren Willen erfolgen dürfen.³⁷⁶ Es handelt sich um formell geprägte, unausweichlich bestehende Anwendungsvoraussetzungen in den Gesamtbegrenzungssystemen, die dem Täterschutz dienen und insbesondere das „Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung“³⁷⁷ erheblich abmildern.³⁷⁸ Unterschiede sind nicht erkennbar.

Das allein in Deutschland nach der gesetzlichen Regel neben der Entscheidung des verfahrensleitenden Organs und der Zustimmung des Verdächtigen notwendige Zustimmungserfordernis von Gericht oder Staatsanwaltschaft ist im Gesamtbegrenzungssystem als prüfungstechnisch am Ende angesiedeltes, formelles Kontrollerfordernis hinsichtlich des Vorliegens der sonstigen Anwendungsvoraussetzung einzustufen. So wird durch diese Zustimmungsentscheidung die Entscheidungen des

³⁷⁶ Vgl dazu Höpfel, FS Jesionek 333f mwN.

³⁷⁷ Burgstaller, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995) 149ff.

³⁷⁸ Burgstaller, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995) 149ff, ders in Miklau/Schroll, Diversion 13.

verfahrensleitenden Organen von einem weiteren staatlichen Organ inhaltlich abgesichert, was hinsichtlich der festgestellten Weiten der deutschen delikt-, schuld- und präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzungen unter Legalitätsgesichtspunkten nicht genug hervorgehoben werden. Daher bestehen beispielsweise bei großen deutschen Wirtschaftsverfahren regelmäßig „Doppelhürden“ bzw es ist die Unberechenbarkeit von zwei staatlichen Organen auf dem Weg zur Einstellungsentscheidung zu überwinden. Da demgegenüber eine Doppellegitimation durch Staatsanwaltschaft und Gericht in Österreich niemals erforderlich ist, findet in Österreich eine vergleichsweise große „Zurückdrängung des Richters“³⁷⁹ bzw eine viel größere Abweichung vom System „normaler Strafverfahren“ statt. Insoweit beherbergt die unterschiedliche Ausgestaltung der wesentlichen Zustimmungserfordernisse einen der konstruktiv erheblichsten Unterschiede in Hinblick auf die Legitimation der unterschiedlich weit ausgestalteten Gesamtbegrenzungs-systeme bzw den Schutz des staatlichen Strafanspruches bzw des Legalitätsprinzips.³⁸⁰

Insgesamt ist die Erledigungsform „Beendigung des Strafverfahrens gegen Zahlung eines Geldbetrages ohne Urteil“ in Deutschland konstruktiv erheblich weiter ausgestaltet. So ist der Anwendungsbereich der österreichischen Vorschrift so gut wie in allen Bereichen enger begrenzt bzw durch einen engeren Rahmen umgeben. Nur im Bereich der formell geprägten Zustimmungserfordernisse ist die deutsche Vorschrift strenger. Sodann zeichnet sich die deutsche Vorschrift gegenüber der höhenmäßig begrenzten, österreichischen Vorschrift durch ihre extreme Flexibilität aus. Für Fälle aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität mit hohen betroffenen Vermögenswerten ist damit in Deutschland insbesondere durch das viel größere einstellungsgerechte Deliktsspektrum und die Möglichkeit, stärkere Rechtsfolgen setzen zu können, ein vergleichsweise weiter - wobei die genaue Weite unklar ist -, aber stärker kontrollierter bzw durch zwei staatliche Organe legitimerter Anwendungsspielraum zu vernehmen. Entsprechend sind die deutschen Praxisentscheidungen qualitativ auf viel höheren Ebenen angesiedelt, wobei nicht genug hervorgehoben werden kann, dass die genannten Höchstentscheidungen in beiden Ländern allesamt dem Bereich der Wirtschaftskriminalität zuzuordnen waren.

³⁷⁹ *Burgstaller*, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995) 153f

³⁸⁰ Vgl dazu *Burgstaller*, BMJ-Schriftenreihe 70 (1995) 154.

2.EIGENE BEWERTUNGEN DER ANWENDUNGSOBERGRENZEN

a. Schuldbezogene Anwendungsobergrenzen in Österreich und Deutschland

Nach Ansicht des Verfassers ist in Österreich eine rein deliktübergreifend geprägte Betrachtung der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung zu befürworten. Dies ist maßgeblich mit den klaren, erst vor Kurzem konkretisierten Hinweisen des Gesetzgebers zu begründen, mit dem die Unsicherheiten betreffend der Anlegung eines deliktübergreifenden Maßstabes ausgeräumt worden sind. Zudem ergibt ein Blick auf das Gesamtbegrenzungs-system, dass der Gesetzgeber die damit verbundene Weite bewusst in Kauf genommen haben dürfte. Dafür spricht, dass er die präventionsbezogene Anwendungsvoraussetzung über die Geldauflagenmöglichkeit vergleichsweise eng begrenzt hat, die schuldbezogene Anwendungsvoraussetzung aber unabhängig von dieser zu bestimmen ist (absolute Grenze). Daraus lässt sich folgern, dass die Vorschrift eine weite schuldbezogene, aber eine enge präventionsbezogene Grenze hat. Von diesem System abweichende, ergebnisorientierte Begrenzungen der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzungen scheinen daher systemwidrig sowie in Hinblick auf die sowieso bestehenden engen Grenzen überflüssig. Entsprechend sind diesbezügliche Tendenzen in Literatur und Praxis abzulehnen.

Bei der deutschen, schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung ist nach eigener Ansicht allein eine konsequent Anlegung eines deliktspezifischen Maßstabes zu befürworten. So wird in § 153a dStPO davon gesprochen, dass eine Einstellung bei „einem Vergehen“ möglich ist, soweit die übrigen Voraussetzungen vorliegen. Eine Bezugnahme auf alle einstellungsgerechten Delikte ist nicht erkennbar. Im Übrigen sind bestärkend historische Überlegungen anzuführen. So wurde von der herrschenden Ansicht seit Schaffung der Vorschrift ein deliktspezifischer Maßstab angelegt. Trotzdem sah der Gesetzgeber bei den mehrfach vorgenommenen Änderungen nicht die Notwendigkeit, diesem Umstand

entgegenzutreten.³⁸¹ Weiter ist anzuführen, dass die präventionsbezogene Anwendungsvoraussetzung keine vergleichbar fassbare Begrenzung wie die schuldbezogene Anwendungsvoraussetzung enthält. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber Eingrenzungen auf den in der Gesetzgebung vorgesehenen Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität über die präventionsbezogene Anwendungsvoraussetzung bezweckt hat. Dafür spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber im Rahmen der 1993 erfolgten Gesetzesänderung die Schuldkomponente erweitert hat, um den Anwendungsbereich auszudehnen und zugleich darauf hinwies, dass eine zu weitgehende Anwendung aufgrund der bestehenden präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung nicht zu befürchten sei.³⁸² Letztlich ist daraus zu schließen, dass er die mit der Ausdehnung der Schuldkomponente verbundene Weite erkannt hat, allerdings gleichzeitig die Grenzwirkung der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung im Auge behielt. Alles in allem sind daher die streng deliktspezifisch geprägten Tendenzen in der in der deutschen Literatur zu begrüßen, dagegen die gleichwohl angenommenen, pauschalen Begrenzungsversuche abzulehnen. Allein entscheidend ist, ob die Schuld unter Anlegung der jeweiligen Strafandrohung des Delikts als schwer anzusehen ist.

b. Präventionsbezogene Anwendungsobergrenze in Deutschland

Nach Ansicht des Verfassers liegt die höchstmögliche Anwendungsobergrenze der präventionsbezogenen Anwendungsvoraussetzung des § 153 a dStPO bei Fällen, bei denen im Falle einer hypothetischen Strafzumessung eine Freiheitsstrafe erforderlich wäre, die nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Von der potentiellen Strafhöhe her betrachtet reicht der höchstmögliche Anwendungsbereich der Vorschrift damit bis zu einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren, da darüber hinaus eine Aussetzung zur Bewährung nicht mehr möglich ist.

³⁸¹ Insoweit ist zu bedenken, dass beide Aspekte schon seit Schaffung der Vorschriften von den herrschenden Meinungen vertreten worden sind und der Gesetzgeber trotz mehrfacher Änderungen der Vorschrift nicht das Erfordernis sah, diesen Umständen entgegenzuwirken.

³⁸² Vgl. BT-Drucks 12/1217, 34; 314/91, 98.

Dies ist wie folgt herzuleiten:

Zunächst ist schon aus dem Bestehen der Anwendungsvoraussetzung an sich zu schließen, dass eine Anwendungsobergrenze bezweckt ist und daher das öffentliche Interesse nicht immer durch eine entsprechende Auflagenerfüllung beseitigt werden kann. Auch ohne genauere Hinweise durch den Gesetzgeber kann daraus immerhin gefolgert werden, dass eine Anwendungsobergrenze zumindest dann besteht, wenn präventive Erfordernisse einen äußerst möglichen „Grad“ erreichen. Fraglich ist, wann ein solcher erreicht ist und ob zur Erleichterung der Handhabung auf bekannte Maßstäbe zurückgegriffen werden kann. Nach Ansicht des Verfassers können zur Beantwortung die Wertungen zu § 56 StGB herangezogen werden, da nach diesen lediglich auf spezial- und generalpräventive Erfordernisse abzustellen ist und die Erreichung von präventiven Graden gefordert werden, die als „äußerst mögliche“ einzuordnen sind.

§ 56 Abs 1 dStGB statuiert, in welchem Fall eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Vorausgesetzt ist danach, dass zu erwarten ist, dass sich der Verurteilte schon die Verurteilung zur Warnung dienen lässt und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird, wobei namentlich die Persönlichkeit des Verurteilten, sein Vorleben, die Umstände seiner Tat, sein Verhalten nach der Tat, seine Lebensverhältnisse und die Wirkungen zu berücksichtigen sind. Insofern ist eine Sozialprognose ausschließlich unter Berücksichtigung spezialpräventiver Aspekte zu treffen.³⁸³ Zudem ist gem § 56 Abs 3 dStGB erforderlich, dass die Verteidigung der Rechtsordnung einer Aussetzung zur Bewährung nicht entgegensteht. Nach der Rechtsprechung ist die Vollstreckung zur Verteidigung der Rechtsordnung dann geboten, wenn eine Strafaussetzung in Hinblick auf schwerwiegende Besonderheiten des Einzelfalles für das allgemeine Rechtsempfinden schlechthin unverständlich erscheinen würde und das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts dadurch erschüttert werden könnte.³⁸⁴ Insoweit sind generalpräventive Strafzwecküberlegungen entscheidend.

Bei einer Freiheitsstrafe, die zwischen einem und zwei Jahren liegt, ist für eine Aussetzung zur Bewährung zusätzlich vorausgesetzt, dass nach der Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten besondere Umstände vorliegen, wobei namentlich auch das Bemühen des Verurteilten, den durch die Tat verursachten Schaden wiedergutzumachen, zu

³⁸³ BT-Drucks V/4094, 11.

³⁸⁴ BGHSt 24, 40ff, 64ff, 69; BGH NSStZ 2002, 313.

berücksichtigen sein soll. Hierbei handelt es sich nach der Praxis um Umstände, die im Vergleich mit durchschnittlichen oder allgemeinen Milderungsgründen von besonderem Gewicht sind und eine Strafaussetzung trotz des erheblichen Unrechts- und Schuldgehaltes der Tat nicht unangebracht erscheinen lassen.³⁸⁵ Insoweit wurde in der Praxis eine günstige Sozialprognose,³⁸⁶ eine nachträgliche Stabilisierung der Lebensverhältnisse³⁸⁷ oder durch die Tat bedingte berufliche Nachteile des Täters³⁸⁸ verwertet. Damit sind im Vergleich zu § 56 Abs 1 dStGB qualitativ noch stärkere Milderungsgründe hinsichtlich spezialpräventiver Strafzweckerfordernisse notwendig. Zudem sind auch die in § 56 Abs 3 dStGB vorgesehenen generalpräventiven Strafzwecküberlegungen zu berücksichtigen.

Insgesamt sind die genannten Anforderungen an die Verweigerung einer Aussetzung zur Bewährung in jeglichen Konstellation als „äußerst mögliche Grade“ erreichend einzustufen. Denn selbst die vergleichsweise geringen Anforderungen der Rechtsprechung für Konstellationen im Sinne des § 56 Abs 1 dStGB lassen von der Wortwahl erkennen, dass absolute Grenzbereiche gegeben sein müssen bzw dass eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung als Ultima-Ratio-Maßnahme zu verstehen ist.³⁸⁹ Insofern sind die freiheitsentziehenden und insoweit die Grundrechte erheblich beschneidenden Wirkungen von ohne Bewährung auszusetzenden Freiheitsstrafen zu bedenken. Insgesamt erscheint daher bei Erreichung eines wertungsmäßigen „Grades“, der eine derart starke Beschneidung der Grundrechte rechtfertigen kann, widersprüchlich, noch eine Beseitigungsmöglichkeit präventiver Strafzweckerfordernisse durch Zahlung eines Geldbetrages ohne Verurteilung anzunehmen.

³⁸⁵ BGHSt 29, 371; BGH NStZ 1986, 27.

³⁸⁶ BGH NStZ 1997, 434 mwN.

³⁸⁷ BGH StV 1986, 529.

³⁸⁸ BGH NStZ 1987, 173.

³⁸⁹ Meier, Strafrechtliche Sanktionen (2006) 81.

3. AUSFÜLLUNG DER SCHULD- UND PRÄVENTIONSBEZOGENEN BEURTEILUNGSSPIELRÄUME IM KONKRETEN

Betreffend der Ausfüllung der sich nach Überwindung der absoluten Eintrittsschwellen eröffnenden schuld- und präventionsbezogenen Beurteilungsspielräume bzw hinsichtlich der oben fokussierten Fragen ist basierend auf den Analysen der begleitenden Fallbeispiele in präjudizieller Hinsicht komprimierend, länderübergreifend festzuhalten, dass die grundsätzliche Beurteilungs-Ausgangslage in Hinblick auf die typischen Täter- und Fallstrukturen bei Fällen aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität als vergleichsweise vorteilhaft einzuschätzen ist. So standen selbst gehobene berufliche Positionen bzw die angenommenen Verletzungen der daraus folgenden Verantwortungen, angeblich hohe betroffene Vermögenswerte sowie eigengewinnorientierte Motivationen und Ziele den betrachteten Erledigungsweisen nicht entgegen bzw wurden kompensiert. Hinsichtlich letzterem sind insbesondere Umstände wie die vorherige Einholung von (professionellen Rechts-) Rat, nachträgliche (Schadens-) Wiedergutmachungsleistungen sowie fehlende Vorbelastungen zu nennen. Hinsichtlich der deutschen Vorschrift sind zudem die maßgeblich einstellungsfördernden Wirkungen von tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten hervorzuheben. Zudem wurden die festgestellten positiven Grundhaltungen selbst durch Umstände wie beispielsweise eine hervorgehobene Stellung des Verdächtigen im öffentlichen Leben sowie ein starkes Interesse in der Öffentlichkeit nicht erschüttert. Hinsichtlich der in der österreichischen Praxis vernehmbaren, strengeren Wertungen bezüglich einzelner Umstände ist anzumerken, dass diese nicht in den Bereich der Wirtschaftskriminalität fallenden Körperverletzungskonstellationen oder in Konstellationen erfolgten, in denen Verletzungen der öffentlichen Verwaltung, von öffentlichen Ausschreibungen sowie von Pflichten aus Beamtenstellungen oder rechtspflegenden Berufen stattfanden. Insoweit ist ihnen für den (überwiegenden) Bereich der Wirtschaftskriminalität wenig Einfluss zuzuschreiben, so dass diese das gewonnene, positive Bild nicht nachhaltig erschüttern können. Letzteres gilt auch für die Literaturausführungen in beiden Ländern zu den Diversions- bzw Einstellungsvorschriften, da ihnen schlichtweg so gut wie keine konkret verwertbaren Hinweise bezüglich genauer Stellenwerte bzw möglicher Grenzbereiche der fokussierten Umstände zu entnehmen sind.

In Betracht der Praxis scheint die positive Ausgangslage für Wirtschaftsstraftäter insgesamt weniger darauf zurückzuführen zu sein, dass regelmäßig auffällig wenig negative Umstände oder auffällig viele positiv zu berücksichtigende Umstände zugrunde gelegt wurden, sondern vielmehr auf ergebnisorientierte Umstandsbewertungen bzw. Ergebnisorientierungen. Maßgeblich scheint insofern zunächst, dass länderübergreifend Vermögensdelikte, die typischerweise Gegenstand der Tatvorwürfe im Bereich der Wirtschaftskriminalität sind, im Vergleich zu Gewalt- und Körperverletzungsdelikten eher wohlwollend beurteilt wurden.³⁹⁰ Damit eng zusammenhängend scheint insbesondere maßgeblich, dass die Verdächtigen im Bereich der Wirtschaftskriminalität grundsätzlich „typischen Kriminellen“ nicht entsprechen. Hierbei handelt es sich um einen kaum belegbaren Eindruck, der sich jedoch zum Teil als Erklärung für die getroffenen Entscheidungen anbietet. Insoweit sind die Fragen im Raum stehen zu lassen, ob bei der Behandlung von Wirtschaftsstraftätern bestimmte negativ zu berücksichtigende Strafzumessungsmerkmalen im Lichte der positiv zu berücksichtigenden vernachlässigt wurden bzw. bei der Behandlung von Wirtschaftsstraftätern eine zu positive Grundstimmung angenommen wurde, da die Täterstruktur nicht der eines typischen Kriminellen entsprach. Letztlich scheint insbesondere in Deutschland ein maßgeblicher Aspekt der Ergebnisorientierung in der Verfahrensbeendigung von tatsächlich und rechtlich komplexen, langwierigen Wirtschaftsfallkonstellationen zu liegen.

Trotz dieser Aspekte dürfte jedoch besonders in präjudizieller Hinsicht immer die Gefahr einzukalkulieren sein, dass die Verdächtigen auf verfahrensleitende Organe treffen können, die die negativ zu berücksichtigenden Umstände undifferenziert und pauschal übergewichten, um in Betracht der vielfach vorhandenen kritischen Stimmen quasi als Gegenantwort nicht den Eindruck zu erwecken, käuflich zu sein. Insofern bleibt anzumerken, dass allein eine in jede Richtung vorurteilsentkleidete Bewertung der Umstände zu einem angemessenen Ergebnis führen kann. Daher erscheint in den Fallbeispielen begrüßenswert, dass die hervorgehobenen Stellungen der Verdächtigen im öffentlichen Leben sowie das starke Interesse in der Öffentlichkeit nicht pauschal negativ berücksichtigt wurden, da insbesondere bei diesen Umständen die Gefahren missbräuchlicher Anwendungen durch Berücksichtigung

³⁹⁰ Vgl. dazu aus dem Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 551: „Allerdings wurde vereinzelt vorgebracht, dass immer noch eine nicht sachgerechte Divergenz in der Ahndung von Vermögensdelinquenz einerseits und von Verletzungsstraftaten anderseits bestünde.“

gleichheitswidriger Motive besonders hoch sind. Die Gefahrenlage und die teilweise bestehende Stimmungslage treffend zusammenfassend wird in Österreich zur Anwendung der Diversionsvorschriften angeführt, „dass eine Ungleichbehandlung gerade dann drohen würde, wollte man Prominente in einem klassischen, vor allem für Wiederholungstäter und für die eigentliche Hochkriminalität vorbehaltenden Strafverfahren in die Mangel nehmen. Genau das scheinen sich manche aber zu wünschen; sie schüren damit Emotionen, die im modernen Strafrecht nichts zu suchen haben. Das altgermanische Rachedenken hat unsere Vorstellungen von Schuld und Sühne jahrhundertlang geprägt. Die Diversion stellt eine bewusste Antithese zu diesem Denken dar, das heute überwunden ist – oder sein sollte.“³⁹¹ Erschreckend ist insofern, dass insbesondere in der Allgemeinheit und der Presse Stimmen zu vernehmen sind, die aus der Öffentlichkeit einer Person grundsätzlich negativ wirkende Umstände bezüglich der Beseitigbarkeit präventiver Bedenken herleiten wollen. Diese Stimmen dürfen von den Gedanken getragen sein, dass die Akzeptanz der Bevölkerung dann eher gewährleistet werden kann, wenn man bekannte bzw. hochrangige Persönlichkeiten mit der vollen Härte des Gesetzes bestraft, um dem Gedanken von Freikauf entgegenzuwirken. Eine derart undifferenzierte und pauschale Betrachtungsweise widerspricht jedoch strafprozessualen, straf- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen und verdeutlicht die Missbrauchsgefahr. Insbesondere in Hinblick auf die Gleichheitssätze der beiden Länder erscheinen die in einer solchen Betrachtungsweise enthaltenden pauschalen Vorverurteilungen bedenklich, da zwischen den Interessen der Menschen und den präventiven Interessen im Sinne des Gesetzes keine ausreichende Trennung erfolgt bzw. diese vermischt werden. Insoweit ist als Hauptaufgabe der Justiz festzustellen, sich nicht dem Druck der Presse bzw. dem Populismus zu beugen, sondern eine gleichheitsrechtlich vertretbare Rechtspraxis zu gewährleisten bzw. ausreichend zwischen dem Interesse der Menschen und den präventiven Interessen im Sinne des Gesetzes zu unterscheiden. Zutreffend formuliert das Landgericht Bonn, dass eine „pflichtgemäße, ohne Ansehen der Person vorzunehmende Abwägung durch die Staatsanwaltschaft und das Gericht“³⁹² maßgeblich ist. Auch das Landgericht Düsseldorf argumentiert in die gleiche Richtung, indem es hervorhebt, dass „gerade mit Blick auf das in

³⁹¹ Höpfel, „Die Presse“ 2003/38/04.

³⁹² LG Bonn NStZ 2001, 376.

Art 3 GG verankerte Gleichheitsgebot“³⁹³ „begüterte Angeklagte von der Anwendung der Vorschrift auch nicht ausgenommen werden dürfen.“³⁹⁴

Allerdings soll durch diese Ausführungen nicht der Eindruck erweckt werden, dass die genannten Umstände durchaus stark negative Wirkung entfalten können und je nach Qualität nur durch erheblich positiv wirkende Umstände ausgeglichen werden können. So wurde zu Recht bezüglich der CDU-Spendenaffäre in Hinblick auf die besondere Stellung Dr. Helmut K.'s angeführt, dass nur „besondere persönliche Opfer des Beschuldigten geeignet gewesen wären“³⁹⁵, dass insbesondere durch generalpräventive Interessen begründete öffentliche Interesse an der Strafverfolgung auszugleichen. Vielmehr soll verdeutlicht werden, dass jegliche von Aspekten wie Neid und Missgunst getragenen (Vor-)Verurteilungen sowie umgekehrt jegliche den Bereich der Wirtschaftskriminalität bagatellisierenden Beurteilungen abzulehnen sind. Stattdessen sind immer differenzierte Beurteilungen der Gesamtumstände vorzunehmen, um festzustellen, ob berechtigte präventive Umstände eine Bestrafung erfordern bzw inwieweit den genannten Aspekten materiell-strafrechtlich präventiv begründbare Funktionen zukommen. Diese Grundsätze gelten sinngemäß ebenfalls für die Beurteilung der schuldbezogene Anwendungsvoraussetzungen.

³⁹³ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 3.

³⁹⁴ LG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 09/2000 vom 29.11.2006, 3.

³⁹⁵ *Beulke/Fahl*, NStZ 2001, 429.

E. VORZUGSWÜRDIGE LÖSUNG UND ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE

Schlussendlich soll überlegt werden, welche Lösung vorzugswürdig ist, dh durch welche Gesamtkonstruktion die mit den Reaktionsformen verbundenen Besonderheiten am besten gelöst worden sind sowie welche Änderungen der Vorschriften sinnvoll erscheinen.

Wie gesehen ist eine klare, voraussehbare Anwendung in Deutschland aufgrund einer vielfachen Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen bzw der Verwendung von überwiegend mit Entscheidungsspielräumen ausgestatteten Anwendungsvoraussetzungen ohne ausreichend konkretisierende Anhaltspunkten nicht zu erwarten. Dies stellt das wesentlichste Problem des § 153a dStPO dar. Stattdessen scheint es sich um einen „Bauchgefühlparagraph“ zu handeln, bei dem ein Richtig oder ein Falsch nicht vorhanden ist bzw so gut wie jede Lösung vom Wortlaut der Vorschrift abgedeckt sein dürfte. Zwar könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass eine Vorschrift mit unbeschränkten, flexiblen Anwendungsbereich logischerweise keiner Beschränkungen bedarf und die Vorschrift als konsequente Ausgestaltung dieser Gedanken aufzufassen ist. Allerdings sind in der deutschen Vorschrift Anwendungsvoraussetzungen enthalten, deren Inhalte auf das Bestehen von Begrenzungen schließen lassen. Diese sind jedoch kaum fassbar. Mithin ist dem Rechtsanwender die Konkretisierung von einem scheinbar unendlich reichenden Bereich bzw der maximalen Anwendungsobergrenzen auferlegt worden, womit erhebliche Unsicherheiten für alle Beteiligten verbunden sind. Insoweit ist zu verdeutlichen, dass mangels konkret verwertbarer Informationen in den Gesetzesbegründungen letztlich nur feststeht, dass die Einstellungsmöglichkeit als eigenständige Reaktionsform für den nicht näher bestimmten Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität neben eine herkömmliche Strafe getreten ist. Daher können Einstellungen konsequenterweise auch an die Stelle von Freiheitsstrafen treten, soweit man insbesondere irgendwie begründet, dass die bestehenden präventiven Interessen zu beseitigen sind. Treffend wird daher angeführt, dass die Vorschrift aufgrund ihrer Flexibilität „nahezu jedes Ergebnis zu ermöglichen scheint.“³⁹⁶ Der Gesetzgeber hat damit die schwierigen Fragen offen gelassen, in welchem Maße die Befriedigung präventiver Strafzweckbedürfnisse durch die alternative Reaktionsform Einstellung gegen Zahlung eines

³⁹⁶ Saliger, GA 2005, 163.

Geldbetrages zulässig bzw ab wann eine herkömmliche Geld- oder Freiheitsstrafe notwendig ist. Besonders bedenklich ist dies, da diese Fragen mangels konkret verwertbarer Informationen nur hilfsweise zu beantworten sind. Insgesamt kann daher festgestellt werden, dass die deutsche Vorschrift keine ausreichend verwertbare Auskunft zur absoluten Weite enthält und daher letztlich der Rechtsanwender über die Weite entscheiden kann. Dies führt dazu, dass die Vorschrift in verfassungsrechtlicher Hinsicht insbesondere in Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art 103 II des deutschen Grundgesetzes äußerst bedenklich erscheint.³⁹⁷

Insgesamt ist damit die Inkonsequenz des deutschen Gesetzgebers zu bemängeln, da auf der einen Seite Grenzen vorgesehen, diese aber auf der anderen Seite nicht ausreichend konkretisiert worden sind. Klarzustellen ist, dass sich die Stoßrichtung der Kritik an dieser Stelle daher nicht gegen die unterschiedlichen Weiten der Konstruktionen richtet, da die Entscheidungen der Gesetzgeber, inwieweit sie diese Reaktionsformen für ausreichend halten, einem Urteil von Richtig oder Falsch nur in bedingten Maße zugänglich sind. Vielmehr richtet sich die Stoßrichtung der Kritik gegen die Art und Weise der Umsetzung.

In Österreich bestehen dagegen, wie oben festgestellt, insbesondere wegen des sehr begrenzten Deliktspektrums und der höhenmäßigen Begrenzung der Geldauflagemöglichkeit vergleichsweise geringe Unsicherheiten. Insoweit ist die österreichische Vorschrift vorzugswürdig.

Ein wesentliches Problem beider Vorschriften ist zudem in der stark eingeschränkten Anwendungstransparenz von Diversions- und Einstellungsentscheidungen zu erkennen.³⁹⁸ Dadurch ist es nicht möglich, die Anwendungspraxen in ausreichendem Maße zu überblicken. In Folge dessen fehlt es an repräsentativen Praxisübersichten. Stattdessen sind bedenkliche Bilder über die Anwendungspraxen entstanden, da über alltägliche Verfahren so gut wie keine inhaltlichen Informationen bekannt geworden sind, dagegen in der Presse über große Wirtschaftsverfahren aufgrund des großen Interesses in Bevölkerung berichtet worden ist. Zum einen ist dadurch der Eindruck entstanden, dass überwiegend derartige Verfahren eingestellt worden sind. Zum anderen ist der Eindruck erweckt worden, dass die Presse die

³⁹⁷ Vgl dazu *Saliger*, GA 2005, 160 mwN.

³⁹⁸ Vgl *Saliger*, GA 2005, 160 mwN, nach dem damit Verstöße gegen die Grundsätze der Legalität, der materiellen Wahrheit und der Öffentlichkeit der Strafrechtspflege verbunden sind.

Verfahren aufdeckt bzw scheinbar geheime Absprachen veröffentlicht. Allerdings bestehen die Probleme in Österreich in geringeren Dimensionen, was zum einen auf den geringeren Anwendungsbereich sowie zum anderen auf die nachträgliche gerichtliche Überprüfbarkeit und die damit verbundenen obergerichtlichen Entscheidungen zurückzuführen ist. Insoweit wird der Eindruck weiter bestätigt, dass die österreichische Ausgestaltung vorzugswürdig ist. Insgesamt dürfte der deutsche Gesetzgeber in viel erheblicherem Maße von dem schmalen Grad zwischen Akzeptanz in der Bevölkerung und dem Erfordernis eines verfahrensökonomischen Reaktionsmittels abgewichen sein. Dies ist im wesentlichen damit zu begründen, dass er eine viel unbestimmtere und vom Anwendungsbereich her viel weitere Vorschrift konstruiert hat, deren Begrenzung bzw Anwendung weitestgehend unüberblickbar vom subjektiven Empfinden des verfahrensleitenden Organs abhängig ist. Der österreichische Gesetzgeber hat dagegen diesen schmalen Grad in seiner vergleichsweise jungen Lösung mit viel weniger Abweichungen beschritten, indem er eine absolute Anwendungsobergrenze eingezogen hat. Alles in allem erscheint die österreichische Vorschrift somit gegenüber der deutschen Vorschrift vorzugswürdig.

Daher erscheint es dem Verfasser sinnvoll, die deutsche Vorschrift zumindest um eine absolute Grenze zu ergänzen, da dadurch - unabhängig von der festzusetzenden Höhe - die größten Probleme der Vorschrift beseitigt werden könnten.

Weiters wirkt die Forderung nach weitergehender Öffentlichkeit für beide Länder durchaus sinnvoll, um den Ruf von Klassenjustiz zu beseitigen. Dies soll natürlich nicht den Eindruck erwecken, dass der Bewertung der breiten Öffentlichkeit und damit der Meinung von überwiegend Rechtsunkundigen grundsätzlich korrigierende Wirkung beizumessen ist. Es ist jedoch zu bedenken, dass es sich bei derartigen Diversions- und Einstellungsentscheidungen um von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelungen im Bereich von Verfahrenserledigungen handelt und daher die Sicherstellung der Akzeptanz in der Bevölkerung von besonderer Bedeutung scheint. So wäre es zu begrüßen, wenn der Presse durch verpflichtende Transparenz die „Investigativfunktion“ entzogen und der Eindruck beseitigt werden würde, dass Diversions- und Einstellungsentscheidungen überwiegend bei Prominenten und Reichen getroffen werden. Umgekehrt sind der Aspekt der Verfahrensbeschleunigung sowie das Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung und damit letztlich der Schutz der Rechte des Verdächtigen zu beachten, die gegen eine

grundsätzliche Veröffentlichungspflicht sprechen. Als „Mittelweg“ erscheint es sodann sinnvoll zu sein, zumindest den Tatvorwurf, die auferlegte Auflage bzw Weisung und eine Skizzierung der tragenden Gründe einer Diversions- bzw Einstellungsentscheidung anonymisiert zugänglich zu machen, da dadurch zumindest eine ungefähre Orientierungshilfe entstehen würde.³⁹⁹ In jedem Falle sollten aber aussagekräftigere Statistiken geschaffen werden.⁴⁰⁰

Zudem scheint zum verbesserten Schutz der Verdächtigen bzw zum stärkeren Schutz vor Missbrauchsgefahr in Form rein justizökonomischer Lösungen und damit zur Verteidigung des Legalitätsgrundsatzes geboten zu sein, in Deutschland eine Anwendungsvoraussetzung zu schaffen, die den notwendigen Aufklärungsstatus konkret regelt sowie die bestehende österreichische Anwendungsvoraussetzung klarer zu definieren.⁴⁰¹

Letztlich soll dem in der österreichischen Literatur mehrfach auffindbaren Änderungswunsch Abschaffung des Diversionsausschlusses bei Delikten mit Todesfolge beigespflichtet werden, da insbesondere bei Unfällen im familiären Umfeld ein solcher Ausschluss sachgerecht nicht begründbar erscheint.⁴⁰²

Sonstige in Österreich ausführlich diskutierte Änderungsvorschläge⁴⁰³ sollen dagegen hier nicht näher erläutert werden, da sich diese nach Ansicht des Verfassers nicht mit der Lösung von „akuten Problemquellen“ beschäftigen und bzw oder sie oftmals eher auf die zumindest mit Richtig oder Falsch nicht zu beantwortende Frage der Weite der Konstruktion bezogen sind. So sind beispielsweise die Forderung nach einer Kumulationsmöglichkeit der Diversionsvarianten oder die Forderung nach Abschaffung der ausnahmsweisen Anknüpfung an die Gerichtszuständigkeit bzw die Forderung nach ausnahmsloser Anknüpfung an die Strafobergrenze von fünf Jahren zu nennen.

³⁹⁹ Gegen eine anonymisierte Zugänglichmachung „öffentlich besonders interessanter Fälle“ die Expertenkommission - Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 556; ebenfalls mit ablehnenden Tendenzen *Birklbauer*, JSt 4/2004, 110.

⁴⁰⁰ So auch die Expertenkommission - Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 553.

⁴⁰¹ Anders die Expertenkommission, die die gesetzliche Regelung für ausreichend hielt - Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 556.

⁴⁰² *Birklbauer*, JSt 4/2004, 109f; *Schwaighofer*, Strafprozessordnung 27; ebenso eine „große Mehrheit“ der Expertenkommission - Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 553.

⁴⁰³ Vgl dazu den Expertenkommissionsbericht, ÖJZ 2004, 550ff sowie *Birklbauer*, JSt 4/2004, 109ff.

ANHANG: RECHTSLAGE AB 18.06.2009 IN ÖSTERREICH UND RECHTSLAGE AB 04.07.2009 IN DEUTSCHLAND

I. (MÖGLICHE) AUSWIRKUNGEN DER VERÄNDERTEN TAGESSATZHOHE AUF DIE DIVERSIONSVORSCHRIFT

Durch die Änderung der maximal zulässigen Tagessatzhöhe von 500 Euro auf 5.000 Euro liegt der höchstmöglich auflegbare Geldbetrag nicht mehr bei 90.000 Euro zuzüglich Verfahrenskosten, sondern bei 900.000 Euro zuzüglich Verfahrenskosten (§§ 198 Abs 1 Z 1, Abs 2 iVm 200 Abs 1, Abs 2 öStPO iVm § 19 öStGB). Der höchstmögliche Geldbetrag hat sich damit verzehnfacht. Fraglich ist, welche Veränderungen sich daraus für den Anwendungsbereich bzw für das Gesamtbegrenzungssystem der Vorschrift ergeben. Von erheblicher Bedeutung für das Gesamtbegrenzungssystem ist, dass sich für die enge österreichische Eintrittsschwelle in den diversionsgeeigneten Bereich, nämlich für die deliktbezogene, starre Anwendungsvoraussetzung des § 198 Abs 2 Z 1 öStPO „die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengericht fällt“ keine Auswirkungen durch die Veränderung der maximal zulässigen Tagessatzhöhe ergeben. Dies ist damit zu begründen, dass die im Rahmen dieser Anwendungsvoraussetzung zu berücksichtigenden Regelungen der österreichischen Strafprozessordnung Bezug auf Delikte des Strafgesetzbuches bzw deren Strafandrohungen nehmen, die jedoch keine Veränderungen durch die Erhöhung der Tagesatzregelung erfahren. So ist speziell darauf hinzuweisen, dass im Bereich der Erschwerungsgründe der Delikte, die mittelbar über die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Änderung der Gerichtszuständigkeiten führen können, an feststehende Summen (50.000 Euro bei Betrug und Untreue)⁴⁰⁴ angeknüpft wird, die unabhängig von Tagessätzen bzw Tagessatzhöhen zu bestimmen sind. Damit bleibt es beim engen Korsett der österreichischen Diversionsregelung.

⁴⁰⁴ Vgl unter D, II, 3, a.

Im Bereich der schuldbezogenen Anwendungsvoraussetzung kommt es theoretisch ebenfalls zu keiner Veränderung, da es sich um eine von der Zahlung des Geldbetrages völlig unabhängige Anwendungsvoraussetzung handelt.

Durch die Veränderung der Tagessatzhöhe können sich damit theoretisch allein Veränderungen im Bereich der präventiven Anwendungsvoraussetzung bzw im Bereich der Geldbetragsauflage ergeben, da zwischen diesen Wechselwirkungen bestehen. Sodann erscheinen gegenüber der alten Rechtslage Unterschiede in Hinblick auf den Anwendungsbereich bei Verdächtigen, die über 500 Euro am Tag verdienen, durchaus möglich. Dies erscheint auf den ersten Blick fragwürdig, da bei konsequenter Anwendung des Tagessatzsystems 180 Tagessätze wertungsmäßig auch weiterhin 180 Tagessätze darstellen und man daher schließen könnte, dass aufgrund der Erhöhung der maximalen Tagessatzhöhe lediglich angemessener bzw proportionaler bei besser verdienenden Verdächtigen reagiert werden kann. Allerdings dürfte diese Betrachtungsweise für den Diversionsbereich regelmäßig zu kurz greifen. Insoweit ist wiederum hinzuweisen auf die bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, welche Maßstäbe bei der Ausfüllung der gesetzlichen Anordnung des § 200 Abs 2 erster Satz öStGB „Der Geldbetrag darf den Betrag nicht übersteigen, der einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zuzüglich der im Fall einer Verurteilung zu ersetzenden Kosten des Strafverfahrens (§§ 389 Abs 2 und Abs 3, 391 Abs 1) entspricht“ anzulegen sind. Sicher ist aufgrund des Wortlautes nur, wo die absolute Höchstgrenze verortet ist, so dass letztlich das verfahrensleitende Organ ohne verbindliche Maßgaben entscheiden kann, inwieweit es einen solcherart bestimmten Geldbetrag als alternative Reaktion für ausreichend hält. Dies war natürlich auch bisher der Fall war. Allerdings dürfte mit der erheblichen Ausweitung des maximalen Spielraumes ein Anwachsen der Diversionsbereitschaft der verfahrensleitenden Organe nicht auszuschließen sein. Dies ist damit zu begründen, dass beispielsweise eine Summe von 900.000 Euro nach dem subjektiven Empfinden der verfahrensleitenden Organe eher als ausreichend zur Beseitigung präventiver Interessen angesehen werden dürfte wie eine Summe von 90.000 Euro. Insofern dürfte der maximale, tatsächliche Anwendungsbereich für Fälle, in denen die vorgeworfenen Delikte insbesondere den Weg über die enge Eintrittsschwelle der deliktbezogenen, starren Anwendungsvoraussetzung des § 198 Abs 2 Z 1 öStPO „die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengericht fällt“ geschafft haben, bei „Besserverdienern“ theoretisch viel weiter sein.

Für den Bereich großer Wirtschaftsfälle wäre dies äußerst bedeutsam. So sind trotz der erheblichen Grenzwirkungen der unverändert gebliebenen, deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzungen, wodurch insbesondere Betrugs- und Untreuedelikte mit Schadenssummen über 50.000 Euro schon an der deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzung scheitern, Fälle denkbar, in denen allein die präventionsbezogene Grenze übrig bleiben wird. Beispielsweise sind Fällen zu nennen, in denen der Tatvorwurf auf grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gem § 159 öStGB lautet, da bei diesen Delikten selbst die Qualifikationen des § 159 Abs 4 Z 1 bis 3 öStGB (zB bei einem 800.000 Euro übersteigenden Befriedigungsfall) höchstens mit Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren bedroht sind und damit die Diversionseignung durch die deliktbezogene Anwendungsvoraussetzung nicht gehindert wird.⁴⁰⁵ Gleiches gilt für Bilanzfälschungsdelikte. Im Übrigen dürfte die Erweiterung in noch viel stärkerem Maße für andere Bereiche relevant werden. Zu nennen ist beispielhaft, dass eine schwere Körperverletzung gem § 84 öStGB oder eine Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen gem § 85 öStGB nicht an der deliktbezogenen Anwendungsvoraussetzung scheitern.

Letztlich bleibt abzuwarten, wie die Praxis mit dem neuen Anwendungsspielraum umgehen bzw ob der neue Maximal-Reaktionsspielraum auch tatsächlich ausgenutzt wird. Klar ist aber schon jetzt, dass sich die bestehenden Unsicherheiten, die bisher aufgrund der vergleichsweise geringen Beschränkung der Geldauflage vergleichsweise weniger Bedeutung hatten, potenzieren und eine neue Dimension von Unsicherheiten für die Anwendungspraxis entstanden ist.

Umso erstaunlicher ist, dass der österreichische Gesetzgeber bei der Erhöhung der Tagessatzhöhen ohne genaue Erläuterungen bzw Bezugnahmen auf die damit möglicherweise einhergehenden Folgewirkungen für die Diversion vorgegangen ist. Vielmehr hat er in den Erläuterungen zum Budgetbegleitgesetz lediglich die mit der Erhöhung der Tagessatzhöhe zu erwartenden Mehreinnahmen sowie die Tatsache, dass entsprechende Tagessatzhöhen im Ausland schon möglich sind, als Begründung angeführt.⁴⁰⁶ Demzufolge kann beispielsweise nicht beantwortet werden, ob der Gesetzgeber gar keine Auswirkungen für das Diversionssystem für möglich gehalten oder aber mögliche Auswirkungen gar nicht bedacht hat.

⁴⁰⁵ Zur Diversionstauglichkeit des § 159 öStGB ausführlich *Michel-Kwapinski/Schütz*, RZ 2008, 218.

⁴⁰⁶ Vgl die Erläuterungen zu NR: GP XXIV RV 113, 10 und 35.

II. (MÖGLICHE) AUSWIRKUNGEN DER VERÄNDERTEN TAGESSATZHÖHE AUF DIE EINSTELLUNGSVORSCHRIFT

Aufgrund der Erhöhung der Tagessatzregelung des § 40 Abs 2 dritter Satz dStGB, wodurch die maximal zulässige Tagessatzhöhe von 5.000 Euro auf 30.000 Euro erhöht wurde, ergeben sich für die Einstellung gegen Zahlung eines Geldbetrages im Sinne des § 153a dStPO objektiv betrachtet keine Veränderungen. Dies ist damit zu begründen, dass im Rahmen des § 153a dStPO keine Anknüpfung an die Tagessatzregelung des Strafgesetzbuches erfolgt. Allerdings erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Praxis auf diese Veränderung durch eine summenmäßig noch weitergehende Anwendung reagieren wird. Zu bedenken ist nämlich, dass beispielhaft das Landgericht Düsseldorf in der Causa Mannesmann explizit - entgegen des Wortlautes - Bezug auf die Geldstrafenbemessung und somit auf die Tagessatzhöhe genommen hat.

INHALTSANGABE

In der vorliegenden Arbeit werden § 153a Abs 1 Z 2, Abs 2 der deutschen Strafprozessordnung und §§ 200 iVm. 198 Abs 1 Z 1, Abs 2, 199 der österreichischen Strafprozessordnung, die eine Einstellung bzw Diversion gegen Zahlung eines Geldbetrages ermöglichen, rechtsvergleichend untersucht. Ein besonderer Blickwinkel ist dabei auf die Suche nach möglichen Anwendungsobergrenzen gerichtet, da die Vorschriften auf der einen Seite gegenüber normalen Strafverfahren alternative Erledigungsmöglichkeiten mit erheblichen Berührungspunkten zu straf-, strafprozess- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen darstellen, gleichwohl aber in der österreichischen und deutschen Praxis nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht beachtliche Bedeutung für die Erledigung von Strafverfahren erlangt haben. So haben beispielsweise die Anwendung des § 153a dStPO im Jahre 2006 im sogenannten Mannesmannverfahren wegen Untreue, welches gegen Geldzahlung in Höhe von insgesamt 5.802.500 Millionen Euro eingestellt worden ist, und die Anwendung der §§ 200 iVm 198 Abs 1 Z 1, Abs 2 öStPO im Verfahren wegen Insiderhandels gegen den damaligen Generaldirektor der Voestalpine, Franz S., das nach Spende der Transaktionsgewinne in Höhe von 250.000 Euro für karitative Zwecke gegen Zahlung von 50.000 Euro im Jahre 2003 diversionell erledigt worden ist, für erhebliches Aufsehen gesorgt. Im Konkreten wird nicht eine bloße Gegenüberstellung der Vorschriften, sondern ein tiefergehender rechtlicher Vergleich vorgenommen, bei dem die verschiedenen Anwendungsvoraussetzungen unter begleitender Bezugnahme auf ausgesuchte Fallbeispiele sowie der sonstigen Praxis und Literatur untersucht, miteinander verglichen und in Bezug zu den Gesamtbegrenzungssystemen gewürdigt werden. Ein besonderer Fokus liegt auf dem Bereich von Wirtschaftsfällen bzw dem Bereich der Wirtschaftskriminalität, da in beiden Ländern die von den auferlegten Geldbeträgen her betrachtet höchsten Entscheidungen in diesen Bereichen verortet waren. Insofern wird beleuchtet, wie die Ausgangslage für die Beurteilung von Wirtschaftsstraftätern im Vergleich zu Tätern aus anderen Bereichen einzuschätzen ist und worauf dies zurückzuführen sein könnte. Neben eigenen Bewertungen der Anwendungsobergrenzen erfolgen zudem Überlegungen, welche Lösung vorzugswürdig ist, dh durch welche Gesamtkonstruktion die mit den Reaktionsformen verbundenen Besonderheiten am besten gelöst worden sind, sowie welche Änderungen der Vorschriften sinnvoll erscheinen. Im Anhang werden abschließend die in beiden Ländern Mitte des Jahres

2009 erfolgten Änderungen der in den Strafgesetzbüchern enthalten Tagessatzhöhenregelungen in Hinblick auf mögliche Auswirkungen für die zu untersuchenden Vorschriften untersucht.

LEBENS LAUF

Der Verfasser wurde am 01.10.1978 im deutschen Düsseldorf geboren. Im Jahre 1998 legte er sein Abitur am Städtischen Cecilien-Gymnasium in Düsseldorf ab und leistete danach seinen Zivildienst als Rettungshelfer. Nach dessen Abschluss begann er im Wintersemester 1999 an der Heinrich-Heine Universität in Düsseldorf das Studium der Rechtswissenschaften, was er im Jahre 2004 erfolgreich mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloss. Nach Absolvierung eines Praktikums bei einer auf den Bereich Strafrechts spezialisierten Anwaltskanzlei begann der Verfasser sodann das Rechtsreferendariat beim Landgericht Düsseldorf. Im Rahmen dessen arbeitete er in einer Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf und bei der Staatsanwaltschaft Düsseldorf. Desweiteren besuchte er die Verwaltungshochschule im deutschen Speyer und absolvierte sowohl die Anwaltsstation als auch die Wahlstation in der zuvor bezeichneten Anwaltskanzlei. Das Rechtsreferendariat schloss er im Juni 2007 erfolgreich mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab. Danach entschloss er sich zur Aufnahme eines Doktoratsstudiums an der Universität Wien. Die Wahl seines Dissertationsthemas war maßgeblich von seinen vorherigen Erfahrungen im Bereich der Strafverteidigung geprägt. Zudem hegte der Verfasser schon im Rahmen seines universitären Studiums ein besonderes Interesse für den juristischen Bereich mit wirtschaftlichem Bezug. So nahm er an der Wahlfachgruppe Wirtschaftsrecht teil, in deren Rahmen er das Seminar „Umstrukturierung von Unternehmen“ besuchte und ein abschließendes Referat mit dem Thema „Unternehmenszusammenschluss durch Anteilsübernahme/Beherrschungsvertrag“ hielt. Im Rahmen des Doktoratsstudiums nahm er weiters am Seminar aus dem Bereich des Strafprozess- und Polizeirechts mit dem Titel „Aufgaben und Befugnisse der Kriminalpolizei nach der Strafprozessreform“ teil und verfasste eine Seminararbeit mit dem Titel „Die Verwendung der polizeilichen Ermittlungsergebnisse als Urteilsgrundlage“. Zudem durchlief der Verfasser den Wahlfachbereich bzw. Wahlfachkorb Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung. Im Rahmen dessen belegte er das Seminar Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung und schloss dieses unter anderem mit einer Seminararbeit mit dem Thema „Die gesetzlichen Güterstände in Österreich und in Deutschland im

Rechtsvergleich - Wesentliche Unterschiede der „Gütertrennung“ in Österreich und der „Zugewinnngemeinschaft“ in Deutschland“ ab.

Die Dissertationsschrift reichte er im März 2010 ein. Erstgutachter war der Betreuer der Arbeit Herr Ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Hannes Schütz. Die Zweitbegutachtung erfolgte durch Herrn O. Univ.-Prof. Dr. Frank Höpfel.