



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat am 30. November 2018 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher als Vorsitzenden sowie die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Mag. Marek, die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Danek, Hon.-Prof. Dr. Schroll, Dr. Schwab und Dr. Lässig sowie die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé, Mag. Hetlinger, Mag. Michel, Dr. Oberressl und Dr. Brenner in Gegenwart von FI Mock als Schriftführerin in der Rechtshilfesache des Mag. Gerhard G***** und anderer wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung nach Art 96 Abs 1 lit b des schweizerischen Mehrwertsteuergesetzes und anderer strafbarer Handlungen, AZ 2 HSt 27/12k der Staatsanwaltschaft Feldkirch (AZ 27 HR 288/12p des Landesgerichts Feldkirch), über die Anträge von Mag. Gerhard G*****, Mag. (FH) Daniela G***** und Philipp Gs***** auf Erneuerung des Verfahrens nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Erste Generalanwältin Prof. Dr. Aicher, zu Recht erkannt:

Die Anträge werden zurückgewiesen.

G r ü n d e :

1. Über Ersuchen der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen vom 25. Juni 2012, AZ St.2010.33816, die gegen Mag. Gerhard G*****, Mag. (FH) Daniela G***** und andere – soweit hier von Interesse – wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung nach Art 96 Abs 1 lit b des schweizerischen Mehrwertsteuergesetzes und anderer

strafbarer Handlungen eine Strafuntersuchung führt (ON 2 S 6), ist bei der Staatsanwaltschaft Feldkirch zu AZ 2 HSt 27/12k ein Rechtshilfeverfahren anhängig. Danach stehen die Genannten im Verdacht, auf bestimmte Quartale der Jahre 2010 und 2011 bezogen im Namen der D***** GmbH gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung Vorsteuerguthaben und Warenexporte in inhaltlich unrichtig ausgefüllten Selbstdeklarationsformularen vorgetäuscht und dadurch Mehrwertsteuerrückvergütungen von insgesamt 835.374,17 CHF erlangt zu haben (ON 2 S 6 f, ON 68 S 5 ff).

2. Mit Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Beschwerdegericht vom 15. März 2013, AZ 11 Bs 39/13t, wurde nach Einsprüchen und Beschwerde die Zulässigkeit der eine Vernehmung von Mag. (FH) Daniela G***** als Beschuldigte betreffenden Rechtshilfe für das Kantonale Untersuchungsamt ausgesprochen und wurden die auf Art 54 SDÜ und Verfahrenseinstellungen in den Jahren 2011 und 2012 durch die Staatsanwaltschaft Heilbronn zu AZ 56 Js 376/11 und das liechtensteinische Fürstliche Landgericht zu AZ 12 Ur.2011.238 gestützten Einwände verworfen. Explizit wurde dabei auch der Warenexporte und Mehrwertsteuerrückvergütungen in Höhe von 835.374,17 CHF betreffende Vorwurf hervorgehoben (ON 20 S 1, 11 f, 13).

3. Diese Entscheidung war Gegenstand eines von Mag. Gerhard und Mag. (FH) Daniela G***** beim Obersten Gerichtshof eingebrachten Erneuerungsantrags. Mit Beschluss vom 17. September 2013, GZ 11 Os 73/13i-7, hob der Oberste Gerichtshof die Beschlüsse des Landesgerichts Feldkirch vom 31. Dezember 2012 (ON 14) und des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 15. März 2013, AZ 11 Bs 39/13t (ON 20), insoweit auf, als sie nicht das Rechtshilfeersuchen im Zusammenhang mit dem Verdacht von Straftaten zum Nachteil

der Eidgenössischen Steuerverwaltung betrafen. Im Umfang der Aufhebung wurde die Gewährung von Rechtshilfe abgelehnt. In Bezug auf den von der Aufhebung nicht betroffenen Teil des Rechtshilfeersuchens präzisierte der Oberste Gerichtshof in den Entscheidungsgründen, dass „das vom Erneuerungsantrag nicht bekämpfte Vernehmungersuchen im Zusammenhang mit dem Verdacht von Straftaten zum Nachteil der Eidgenössischen Steuerverwaltung (III., ON 2 S 6) von der Staatsanwaltschaft einer Erledigung zuzuführen sein wird“ (ON 26).

4. Im Umfang des von der Ablehnung der Rechtshilfe nicht betroffenen Teils führte die Staatsanwaltschaft Feldkirch das Rechtshilfeverfahren fort, wobei sie diesbezüglich von der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen um Durchführung weiterer Vernehmungen ersucht wurde. Vom letzten Ersuchen war nunmehr auch Philipp Gs***** als Beschuldigter betroffen (ON 68). Einsprüche von Mag. Gerhard und Mag. (FH) Daniela G***** wegen Rechtsverletzung folgten, die vom Landesgericht Feldkirch wegen entschiedener Rechtssache abgewiesen wurden (ON 50). Gegen weitere Beschlussfassungen des Gerichts erhobene Beschwerden blieben erfolglos (ON 62, ON 106).

5. Mit Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 9. Oktober 2015, AZ 11 Bs 254/15p, wurde letztlich auch den Beschwerden von Mag. Gerhard und Mag. (FH) Daniela G***** sowie Philipp Gs***** (ON 113) gegen den Beschluss des Landesgerichts Feldkirch vom 13. August 2015 (ON 112) kein Erfolg beschieden und in den Gründen – soweit hier von Interesse – darauf hingewiesen, dass sich auch das Rechtshilfeersuchen vom 23. April 2015 (ON 68) auf den Verdacht von Straftaten zum Nachteil der

Eidgenössischen Steuerverwaltung beschränken würde. Anhaltspunkte dafür, dass eine Vernehmung des Philipp Gs***** gegen Art 54 SDÜ verstoßen könnte, fand das Beschwerdegericht nicht (ON 115).

6. Dagegen richtet sich der von Mag. Gerhard G*****, Mag. (FH) Daniela G***** und Philipp Gs***** am 18. April 2016 beim Obersten Gerichtshof eingebrachte Antrag auf Erneuerung des Verfahrens, mit welchem eine durch die Gewährung von Rechtshilfe für die Staatsanwaltschaft St. Gallen bewirkte Verletzung von Art 6 MRK, Art 4 des 7. ZPMRK, Art 50 GRC und Art 54 SDÜ behauptet wird.

Soweit der Antrag Verletzungen des Art 50 GRC und des Art 54 SDÜ behauptet, orientiert er sich nicht am Wortlaut des § 363a Abs 1 StPO, der ausdrücklich auf eine Verletzung der MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle abstellt.

Der Oberste Gerichtshof hat den Anwendungsbereich des § 363a StPO zwar (unter Annahme einer im Licht der Rechtsprechung des EGMR nachträglich entstandenen Gesetzeslücke) dahin erweitert, dass erfolgreiche Antragstellung nach § 363a StPO kein Erkenntnis des EGMR voraussetzt, dabei aber betont, dass auch im solcherart erweiterten Anwendungsbereich – dem Wortlaut des § 363a Abs 1 StPO folgend – ausschließlich Verletzungen der MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle Gegenstand eines solchen Antrags sein können (13 Os 135/06m, SSt 2007/53; RIS-Justiz RS0122228; 13 Os 51/15x).

In diesem Sinn verlangt der Oberste Gerichtshof unter dem Aspekt der Zulässigkeit von Erneuerungsanträgen, denen kein Erkenntnis des EGMR zu Grunde liegt, die Einhaltung der gegenüber dem EGMR normierten

Voraussetzungen der Art 34 und 35 MRK (11 Os 132/06f, SSt 2007/79; RIS-Justiz RS0122736, RS0122737, RS0124359, RS0124738, RS0124838, RS0125374, RS0126458 und RS0128030; jüngst 15 Os 132/15y), somit unter anderem die Bezugnahme auf ein durch die MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle geschütztes Recht (Art 34 erster Satz MRK). Ebenso konsequent orientiert der Oberste Gerichtshof die Prüfung solcher Anträge am System der MRK (RIS-Justiz RS0123459 [T1], RS0123504 und RS0123644 [T2]) und an der Frage nach der Konventionskonformität der in Rede stehenden Entscheidung (RIS-Justiz RS0122736 [T10], RS0123229, RS0123232, RS0125374 [T2], RS0129635 und RS0130263; 13 Os 131/15m und 13 Os 51/15x).

Zu 12 Os 65/11t wurde die Prüfung der behaupteten Verletzung des Art 83 Abs 2 B-VG explizit mit der Begründung abgelehnt, dass damit nicht die Verletzung der MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle eingewendet und solcherart der Prüfungsumfang des herangezogenen Rechtsbehelfs verlassen worden ist.

Demgegenüber wurden in zwei Entscheidungen – gestützt auf ein unbegründetes obiter dictum in 17 Os 11/12i – auch Verstöße gegen Art 54 SDÜ als mögliche Grundlage eines Erneuerungsantrags angesehen (11 Os 73/13i, 14 Os 133/13k).

In einigen weiteren Entscheidungen wurden behauptete Verletzungen des SDÜ (14 Os 60/08t), des B-VG (15 Os 171/08y, 11 Os 142/10g und 15 Os 174/11v) und der GRC (14 Os 17/16f) inhaltlich geprüft, ein über die MRK und ihre Zusatzprotokolle hinausgehender Prüfungsmaßstab des § 363a Abs 1 StPO also konkludent bejaht.

Der zur Beseitigung der aufgezeigten Rechtsprechungsdivergenz befasste verstärkte Senat des

Obersten Gerichtshofs (§ 8 Abs 1 Z 2 OGHG) hält ausdrücklich an der dargestellten Intention fest, den Anwendungsbereich des § 363a StPO – ausschließlich – dahin zu erweitern, dem Geist der MRK auch in jenen Fällen Rechnung zu tragen, in denen noch kein Urteil des EGMR gegen Österreich ergangen ist (vgl auch 14 Os 140/06d, 15 Os 134/06d).

Ein Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens kann daher auch im erweiterten Anwendungsbereich des § 363a StPO – dessen Wortlaut folgend – nur wegen einer Verletzung der MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle gestellt werden.

Für die Annahme einer darüber hinausgehenden Prüfungsbefugnis des Obersten Gerichtshofs besteht (weiterhin) keine gesetzliche Grundlage (Art 18 Abs 1 B-VG). Die Berufung auf andere in Österreich garantierte (Grund- und Menschen-)Rechte legitimiert demnach – *de lege lata* – nicht zur Antragstellung.

Zu diesem Ergebnis gelangt der Oberste Gerichtshof aufgrund folgender Erwägungen:

Durch Auslegung im engeren Sinn kann ein gegenteiliges Ergebnis von vornherein nicht erzielt werden, weil sie ihre Grenze im möglichen Wortsinn findet (*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 467 f; *Larenz*, Methodenlehre und Rechtswissenschaft⁶ 426).

Richterliche Rechtsfindung außerhalb des möglichen Wortsinns setzt eine Gesetzeslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts, voraus (*F. Bydlinski*, Methodenlehre² 473, 500). Dabei liegt die Grenze für die Annahme einer Gesetzeslücke dort, wo diese Annahme nicht allein mit rechtlichen Erwägungen begründet werden kann und solcherart materiell eine politische

Entscheidung voraussetzt. Sie zu treffen, ist mit Blick auf das verfassungsrechtliche Grundprinzip der Gewaltentrennung Sache des Gesetzgebers (vgl auch RIS-Justiz RS0008880 sowie *Larenz, Methodenlehre*⁶ 427 f).

In den österreichischen Gesetzen (Art 18 Abs 1 B-VG) findet sich kein Anhaltspunkt für die Sicht, § 363a StPO wäre im Sinn einer Erweiterung des Prüfungsmaßstabs auf außerhalb der MRK und ihrer Zusatzprotokolle gelegene Grundrechte lückenhaft (siehe auch *Reindl-Krauskopf, WK-StPO § 363a Rz 40*; *Kier* in WK² GRBG Vor §§ 1–13 Rz 8; *Ratz, Der Oberste Gerichtshof in Österreich als Grundrechtsgericht, AnwBl 2013, 274 [275] bei FN 9*; *Reindl-Krauskopf, Strafverfolgung und Rechtsschutz, AIDP 2014, 30 [41 ff]*; *Ratz, WK-StPO § 292 Rz 1*; *Salimi* in WK² StGB Vor §§ 62–67 Rz 31, welche die einen erweiterten Prüfungsmaßstab annehmenden Entscheidungen bloß referieren).

Die Feststellung einer Verletzung eines außerhalb dieser Konvention und der Protokolle dazu normierten Grundrechts in einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte steht nämlich von vornherein außer Betracht (Art 19 und Art 34 MRK), sodass eine planwidrige Unvollständigkeit – wie sie in Ansehung von Fällen, in denen noch kein solches Urteil gegen Österreich ergangen ist, in denen aber auch der Oberste Gerichtshof bislang noch keine Gelegenheit hatte, den behaupteten Konventionsverstoß zu prüfen, unter dem Blickwinkel des Art 13 MRK bejaht wird (13 Os 135/06m) – insoweit nicht auszumachen ist. Im Schrifttum wird dazu vereinzelt vertreten, dass ein erweiterter Prüfungsmaßstab aus der Stellung des Obersten Gerichtshofs als nach der Bundesverfassung oberster Instanz in Strafrechtssachen (Art 92 Abs 1 B-VG) abgeleitet werden

könnte (*Rebisant*, Prüfungsmaßstab des Erneuerungsantrags, JBl 2012, 397 [398]). Diese Bestimmung stellt aber keine Zuständigkeitsnorm, sondern eine Bestandsgarantie auf, die nicht erfordert, dass in allen Strafsachen ein Instanzenzug zum Obersten Gerichtshof offen stehen muss, sondern nur, dass verfahrensrechtliche Beschränkungen der Anrufungsmöglichkeit ihn nicht als Höchstgericht bedeutungslos werden lassen (*Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 92 B-VG I.; *Markel*, WK-StPO § 34 Rz 1). Vielmehr trifft das B-VG für die ordentlichen Gerichte – anders als für die Gerichte des öffentlichen Rechts (Art 129 ff B-VG) – keine Kompetenzregelungen, sondern überlässt die Festlegung ihrer Zuständigkeit (im Hinblick darauf, dass der historische Verfassungsgesetzgeber eine gesetzlich verankerte ordentliche Gerichtsbarkeit bereits vorfand [vgl. *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 10 B-VG I.6.], naheliegenderweise) dem – in der Regel einfachen – Bundesgesetzgeber (Art 83 Abs 1 B-VG; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 83 B-VG I.; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 760 f). Einfachgesetzliche Bestimmungen, die dem Obersten Gerichtshof eine solche Prüfungsbefugnis einräumen würden, geschweige denn (Art 34, 35 MRK vergleichbare) Bestimmungen über diesbezügliche Prozessvoraussetzungen, bestehen aber ebenso wenig (treffend zum Ganzen *Hinterhofer/Oshidari*, Strafverfahren Rz 11.115). Ganz abgesehen davon wäre mangels begründeter Richtlinien für die Annahme eines über die MRK und ihre Zusatzprotokolle hinausreichenden Prüfungsmaßstabs unklar, welche Rechte von der angesprochenen Erweiterung umfasst sein sollten (insofern zutreffend die Kritik von *Khakzadeh-Leiler*, ZfV 2014, 161).

Mit Blick auf den unionsrechtlichen Aspekt des

Art 54 SDÜ und des Art 50 GRC vertritt ein Teil des Schrifttums die Ansicht, bei Durchführung von Unionsrecht (Art 51 Abs 1 GRC) würden die unionsrechtlichen Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz den Obersten Gerichtshof dazu verpflichten, den Anwendungsbereich des § 363a StPO auf behauptete Verletzung von Unionsrecht zu erstrecken (*Ratz in Pilgermair* [Hrsg], Perspektiven der Justiz [2013], 155 [157 f], sowie jüngst in *Kert/Lehner* [Hrsg], FS Höpfel [2018], 229 [237 f]; vgl auch *Lewisch in Lewisch/Nordmeyer* [Hrsg], Liber Amicorum Eckart Ratz [2018], 57 [64 ff]). Eine solche Verpflichtung hat der vom Obersten Gerichtshof in diesem Verfahren mit Beschluss vom 23. Jänner 2017, GZ 13 Os 49/16d-39, um Vorabentscheidung ersuchte Gerichtshof der Europäischen Union verneint (EuGH 24. 10. 2018, C-234/17, XC ua).

Dass sich aus dem Unionsrecht – umgekehrt – auch kein Verbot ergibt, den vom Wortlaut des § 363a Abs 1 StPO vorgegebenen Prüfungsmaßstab zu erweitern (vgl *Zeder*, JSt 2017, 500 [502]; *Schumann*, ÖJZ 2018, 850 [860 f]), ändert nichts am Fehlen einer diesbezüglichen (innerstaatlichen) Kompetenzgrundlage (Art 18 Abs 1 B-VG).

Die behaupteten Verletzungen von Art 50 GRC und von Art 54 SDÜ scheiden als Antragsgegenstand somit aus.

Der unsubstantiiert erhobene Einwand der Verletzung von Art 6 MRK sowie der eines Verstoßes gegen Art 4 des 7. ZPMRK ist schon mangels (horizontaler) Erschöpfung des Rechtswegs unbeachtlich (vgl RIS-Justiz RS0122737 [T13]).

Art 4 des 7. ZPMRK garantiert den Grundsatz „ne bis in idem“ in einem Staat, also nicht im Verhältnis mehrerer Staaten zueinander, und scheidet solcherart hier ebenfalls als

Antragsgrundlage aus.

Hinzugefügt sei, dass das Vorbringen von Mag. Gerhard und Mag. (FH) Daniela G***** mit Blick auf den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 15. März 2013, AZ 11 Bs 39/13t (ON 20), und die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 17. September 2013, AZ 11 Os 73/13i (ON 26), in Bezug auf den Strafanspruch der Schweizerischen Eidgenossenschaft (betreffend die Vorwürfe zum Nachteil der Eidgenössischen Steuerverwaltung) weder neue noch neu bekannt gewordene Tatsachen enthält.

In ein und derselben Sache steht dem Betroffenen aber nur ein Erneuerungsantrag zu (vgl. RIS-Justiz RS0123231, RS0122736, RS0122737). Der Versuch der Genannten, statt der Entscheidung des Oberlandesgerichts Innsbruck vom 15. März 2013 nunmehr nachfolgende Entscheidungen im Verfahren mit Erneuerungsantrag zu bekämpfen, die sich inhaltlich ausschließlich mit der Zulässigkeit weiterer Vernehmungen im Zusammenhang mit dem Vorwurf beschränken, der bereits Gegenstand der Beschlussfassung durch das Beschwerdegericht am 15. März 2013 war, ist ohne Veränderung der Beurteilungsgrundlage unzulässig.

Bei Philipp Gs***** kommt hinzu, dass mit der Bezugnahme auf nicht ihn, sondern Mag. Gerhard G*****, Mag. (FH) Daniela G***** und Ewald S***** betreffende Verfahreenseinstellungen in Deutschland und im Fürstentum Liechtenstein der personenbezogene Grundsatz „ne bis in idem“ gar nicht angesprochen wird (RIS-Justiz RS0128393, RS0124359 [insbesondere T1]).

Letztlich kann von einer Identität des durch Verfahreenseinstellung erledigten Vorwurfs des Betrugs zum

Nachteil von Kunden mit dem der (mit Urkundenfälschung verbundenen) Steuerhinterziehung zum Nachteil der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ON 68 S 7) auch sachbezogen keine Rede sein.

Die Behauptungen der Widerlegung des Tatverdachts durch parate Beweismittel der D***** GmbH und des Bestehens eines „Vorsteuerabzugsrechts“ lassen keinen Bezug zu den Kriterien des § 363a StPO erkennen.

Die Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens waren somit zurückzuweisen.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 30. November 2018
Dr. K i r c h b a c h e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: