

ZWVF

Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

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

Wirtschaftsstrafrecht

Verteidiger bei Beschuldigteneinvernahmen

Cornering – Marktbeherrschung im Kapitalmarktrecht

Zum Wesen der Erfolgsdelikte

Europastrafrecht

Neue Rechtsgrundlage für Eurojust

Der aktuelle Fall

Verhältnis zwischen Selbstanzeige und Verwaltungsabgabe

Finanzstrafrecht

Überlegungen zur geplanten Novellierung des FinStrG

Grundsatzjudikatur des OGH: Verfolgungsverjährung

Abgabebetrag und gleichartige Finanzvergehen

Aus Sicht der Finanzstrafbehörde

Das Amt für Betrugsbekämpfung

Die Rolle des Verteidigers bei Beschuldigteneinvernahmen

Zugleich eine Besprechung von EGMR 28. 11. 2018, Bsw-Nr 57837/09, Soytemiz gg Türkei

Julia Schröder / Norbert Wess

Im Fall *Soytemiz*¹ befasste sich der EGMR mit der Rolle des Verteidigers bei der Beschuldigteneinvernahme seines Mandanten. Dieser darf bei der Beschuldigteneinvernahme (aktiv) einschreiten, um die Rechte des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren zu wahren. Das zwingende (gesetzliche) Erfordernis einer allfälligen Besprechungsmöglichkeit vor der Beantwortung jeder einzelnen Frage, lässt sich dem EGMR-Urteil uE jedoch nicht entnehmen. Dennoch können der vorliegenden Entscheidung wesentliche Anforderungen für Beschuldigteneinvernahmen entnommen werden.



Dr. Julia Schröder ist Rechtsanwaltsanwärtin bei wkklaw Rechtsanwälte in Wien.



Dr. Norbert Wess, LL.M., M.B.L. ist Rechtsanwalt und Partner bei wkklaw Rechtsanwälte in Wien.

1. Sachverhalt

Herr *Soytemiz* (Beschwerdeführer) wurde am 17. 3. 2004 wegen des Verdachts der Unterstützung einer illegalen Organisation verhaftet und verlangte vor seiner polizeilichen Einvernahme am 18. 3. 2004 die Beigebug eines Verteidigers. Von der Rechtsanwaltskammer wurde ihm ein Verteidiger beigegeben, mit dem er sich vor seiner Vernehmung acht Minuten lang vertraulich besprechen konnte. Ebenfalls am 18. 3. 2004 wurde *Soytemiz* im Beisein des Verteidigers erstmals von der Polizei einvernommen. Er beantwortete die Fragen der Polizei teilweise, bestritt dabei aber die Zugehörigkeit zu einer illegalen Organisation.

Nachdem *Soytemiz* die letzte Frage der Polizei beantwortet und ausgesagt hatte, dass ihn ein mutmaßliches Mitglied der illegalen Organisation gebeten habe, ihm für die Flucht ins Ausland falsche Papiere zu besorgen, woraufhin er diesem die Personaldaten seines Bruders gegeben hatte, wurde die Einvernahme durch die Polizei abgebrochen. Begründet wurde diese Vorgehensweise damit, dass der anwesende Verteidiger den freien Willen seines Mandanten beeinträchtigt und ihm geraten haben soll, nichts zu sagen und derartige Fragen nicht bzw nicht auf diese Art und Weise zu beantworten.

Zudem beantragte der Verteidiger die Löschung bestimmter Teile des Protokolls, weil die Polizei angeblich Aussagen protokollierte habe, die *Soytemiz* nicht getätigt habe. Infolge des Einschreitens des Verteidigers wurde dieser – angeblich unter Drohungen – aus dem Raum geschickt und ihm verboten, *Soytemiz* weiter zu verteidigen, weshalb der Verteidiger auch das Protokoll der Einvernahme nicht unterzeichnete. *Soytemiz* gab anschließend an, dass er nach dem Ausschluss seines Verteidigers gezwungen worden sei, ein Protokoll mit selbstbelastenden Aussagen zu unterschreiben. Weiters hätten ihm die Polizisten damit gedroht, seinen Bruder

in das Strafverfahren zu verwickeln, sollte er das Protokoll nicht unterschreiben.

Am 20. 3. 2004 wurde auf Anfrage der Polizei ein neuer Anwalt bestellt und noch am selben Tag die Befragung – in Anwesenheit des neuen Verteidigers – fortgesetzt. *Soytemiz* bestritt die Zugehörigkeit zur illegalen Organisation weiterhin und wurde am 21. 3. 2004 dem Staatsanwalt sowie dem Untersuchungsrichter vorgeführt. Bei der Befragung durch den Staatsanwalt sagte er nicht aus. Bei der Befragung durch den Untersuchungsrichter widerrief *Soytemiz* in Anwesenheit seines neuen Verteidigers seine bisherigen Aussagen und behauptete, er sei zu den selbstbelastenden Aussagen gezwungen worden.

Bei einer Anhörung am 24. 11. 2004 gab *Soytemiz* an – nachdem er zwischenzeitig freigelassen, angeklagt und wieder inhaftiert wurde –, dass er sein Schweigen bei der Befragung durch den Staatsanwalt und seine Aussage vor dem Untersuchungsrichter aufrechterhalte, nicht aber seine Angaben gegenüber der Polizei, weil diese mehrfach Angaben protokolliert hätten, die er nicht gesagt habe, und seinen Verteidiger, als dieser deshalb eingeschritten sei bzw einschreiten wollte, aus dem Raum geschickt hätten. Die Aussage, dass er dem vermeintlichen Mitglied der illegalen Organisation die Daten seines Bruders gegeben habe, habe die Polizei dem Protokoll hinzugefügt, als sein Verteidiger nicht mehr im Raum gewesen sei.

Nach einem Freispruch aus Mangel an Beweisen wurde *Soytemiz* schließlich im zweiten Rechtsgang verurteilt, wobei sich das Urteil auf das Teilgeständnis und die Tatsache stützte, dass er dem Mitglied die Daten seines Bruders für einen falschen Ausweis gegeben habe. Zu einem unbekanntem Datum erhoben *Soytemiz* und der in der ersten Vernehmung anwesende Verteidiger eine Beschwerde gegen das Verhalten der Polizisten, weil diese bei der Befragung die Verteidigungsrechte von *Soytemiz* verletzt hätten. Die Polizisten wurden angeklagt, das Verfahren wurde aber letztlich wegen Verjährung beendet.

¹ EGMR 28. 11. 2018, Bsw-Nr 57837/09, *Soytemiz* gg Türkei.

Nach Ansicht des EGMR sei unstrittig, dass *Soytemiz* ein Verteidiger beigegeben wurde, dieser nach einer achtminütigen Beratung bei der Einvernahme anwesend war und von der Polizei aus dem Raum geschickt wurde, als er seinen Mandanten daran erinnerte, dass er das Recht habe, zu schweigen sowie diesem empfahl, eine bestimmte Frage nicht bzw nicht auf eine bestimmte Art und Weise zu beantworten.

2. Rechtliche Schlussfolgerungen des EGMR

Die Beziehung eines Verteidigers bei Ermittlungshandlungen sowie bei Befragungen durch die Polizei ist Art 6 Abs 3 EMRK inhärent und erfordert nicht nur, dass der Anwalt anwesend sein kann, sondern auch, dass dieser dem Beschuldigten – ua während einer Befragung – aktiv beistehen und einschreiten darf, um dessen Rechte zu wahren. Dem Beschuldigten muss es möglich sein, diese Rechte bereits im Ermittlungsverfahren – und nicht erst im Rahmen einer Hauptverhandlung – zu wahren, weil diesem eine besondere Bedeutung im Hinblick auf die Vorbereitung der Hauptverhandlung zukommt.

Das Recht auf Beistand durch einen Verteidiger besteht während der gesamten Befragung bis zu deren Beendigung sowie während des Verlesens und Unterschreibens des Protokolls. Die Beziehung und aktive Einbindung eines Verteidigers ist eine wichtige prozessuale Schutzmaßnahme, die ua darauf abzielt, die Sammlung von Beweisen durch Zwang oder Bedrängnis zu verhindern und das Recht des Beschuldigten, auszusagen oder nicht auszusagen, zu wahren.

Will ein Beschuldigter sein Recht auf Beziehung eines Verteidigers in Anspruch nehmen, ist die Polizei generell dazu angehalten, Befragungen zu unterlassen bzw zu verschieben, bis ein Verteidiger anwesend ist und den Beschuldigten unterstützen kann. Dies gilt auch, wenn der Verteidiger den Raum vor der Beendigung der Befragung, dh vor dem Lesen und Unterschreiben des Protokolls, verlässt bzw verlassen muss.

Nach Ansicht des EGMR schickte die Polizei im gegenständlichen Fall den Anwalt aus dem Raum, als dieser versuchte, den Beschuldigten zu unterstützen und behauptete, dass die Polizei Aussagen protokolliere, die der Beschuldigte nicht getätigt habe. Erst nachdem der Anwalt den Raum verlassen hatte, habe der Beschuldigte – angeblich dazu genötigt – das Protokoll unterschrieben. Der Anwalt sei aus der Befragung entfernt worden, obwohl er nur seine Rechte ausgeübt habe. Es seien keine zwingenden Gründe vorgelegen, das Recht auf Beziehung eines Rechtsbeistands zu beschränken.

Zur Beantwortung der Frage, ob ein faires Verfahren vorliegt, müsse geprüft werden, ob die Verteidigungsrechte des Beschuldigten gewahrt wurden und dieser die Möglichkeit hatte, die Zulässigkeit und die Echtheit/Glaubwürdigkeit der Beweise in Frage zu stellen sowie sich

gegen ihre Verwendung auszusprechen. Weiters müsse dazu die Qualität der Beweise beurteilt und berücksichtigt werden, wie diese zustande gekommen sind und ob durch die Umstände des Zustandekommens Zweifel an der Zuverlässigkeit und Richtigkeit der Beweise bestehen. Bei Vorliegen solcher Zweifel komme der Möglichkeit, die Zulässigkeit der Beweise zu überprüfen, eine umso größere Bedeutung zu. Gegenständlich seien daher zwei Umstände genau zu untersuchen, nämlich das Recht des Beschuldigten, sich nicht selbst zu belasten, und die Verwendung der Aussagen des Beschuldigten vor der Polizei durch das Gericht.

Bereits die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft die Polizisten wegen ihres Verhaltens während der Befragung angeklagt habe, sei für sich gesehen *prima facie* eine Bestätigung der Argumente des Beschuldigten und bedürfe einer Erörterung durch das Gericht – dies unabhängig davon, dass das Verfahren letztlich (nach Beendigung des Verfahrens gegen den Beschuldigten) wegen Verjährung beendet wurde. Dies gelte umso mehr, als sich das Gericht auf die Aussagen des Beschuldigten bei dieser in Frage stehenden Einvernahme gestützt habe. Weder das erstinstanzliche noch das zweitinstanzliche Gericht hätten erwähnt, dass der Anwalt die Befragung verlassen habe bzw verlassen habe müssen oder der Beschuldigte behauptete, er habe das Protokoll unter Zwang unterschreiben müssen. Im Ergebnis liege daher eine Verletzung von Art 6 Abs 1 und 3 lit c EMRK vor.

3. Status quo und Auswirkungen auf die Rolle des Verteidigers

3.1. Rechte des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren

Das vorliegende EGMR-Urteil sorgte in der Rechtsanwaltschaft – und hier naturgemäß insb im Bereich der Strafverteidigung – durchaus für Aufsehen. Sogleich wurde die Auffassung vertreten, dass die vom EGMR dem Verteidiger auferlegten Aufgaben und Pflichten über die in der StPO vorgesehenen Rechte wesentlich hinausgehen würden und der Gesetzgeber dazu aufgerufen sei, § 164 StPO umgehend in diesem Sinne zu ändern.² Zum Teil wird sogar die Meinung vertreten, dass sich ein Beschuldigter aufgrund des Urteils nunmehr bei der Vernehmung vor jeder einzelnen Frage mit seinem Verteidiger besprechen dürfe.³ Betrachtet man die

² *Höfle-Stenach*, Ende des stummen Rechtsanwalts, Vorarlberger Nachrichten vom 12. 1. 2019, <https://epaper.vn.at/lokal/vorarlberg/2019/01/11/ende-des-stummen-rechtsanwaltes.vn> (Zugriff am 16. 4. 2019); für die Sichtweise der Rechtsanwaltskammer Wien siehe *Rech*, EGMR hat entschieden, Die Presse, Rechtsspanorama vom 10. 12. 2018, 15.

³ *Kirschner*, Ein Beschuldigter darf sich bei der Vernehmung vor jeder einzelnen Antwort mit den Verteidigern besprechen, <https://www.kirschner-recht.at/einbeschuldigtder-darf-sich-bei-der-vernehmung-vor-jeder-einzelnen-antwort-mit-den-verteidiger-besprechen/> (Zugriff am 16. 4. 2019).

derzeit geltende Rechtslage aber im Detail bzw im Gesamtsystem der StPO, so stellt sich die Frage, ob der EGMR in seinem Urteil tatsächlich Aufgaben und Pflichten des Verteidigers statuiert, die über die ohnehin bereits gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten hinausgehen.

Der EGMR hält im Wesentlichen fest, dass der Verteidiger bei der Beschuldigteneinvernahme einschreiten darf, um die Rechte des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren zu wahren. Ein Blick auf das dem Verfahren zugrunde liegende Vorgehen des Verteidigers zeigt, dass dieser den Beschwerdeführer auf sein Recht, zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten, hingewiesen und dabei darauf geachtet hat, dass die Polizei die Angaben des Beschwerdeführers korrekt protokolliert. Der Verteidiger hat damit prozessuale Rechte des Beschuldigten wahrgenommen und die Durchführung einer prozessordnungskonformen Einvernahme überwacht bzw auf eine solche hingewirkt.

3.2. Zur österreichischen Rechtslage

Bereits aus dem Grundrecht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK und der einfachgesetzlichen Regelung des § 7 StPO ergibt sich das Recht des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen und in jeder Verfahrenslage einen Verteidiger beizuziehen. Dieses Recht gilt in jeder Lage des Verfahrens,⁴ weshalb der Anspruch auf Beiziehung eines Verteidigers auch schon bei der ersten polizeilichen Einvernahme besteht.⁵ Damit sind (jedenfalls) die Möglichkeit der Beiziehung und die Anwesenheit des Verteidigers bei Beschuldigteneinvernahmen gesetzlich – über Art 6 EMRK sogar verfassungsrechtlich – abgesichert.

Die bloße Anwesenheit des Verteidigers im Rahmen einer Beschuldigteneinvernahme war und ist wenig hilfreich. So ist es zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten essenziell, dass dieser sich – von eng umrissenen Ausnahmefällen abgesehen⁶ – ungestört und ohne Überwachung vorab, also bevor eine solche Beschuldigteneinvernahme beginnt, mit seinem Verteidiger besprechen kann⁷ und seine Korrespondenz mit dem Verteidiger vertraulich behandelt wird.⁸ Gleichmaßen muss dem Verteidiger im Zuge der Beschuldigteneinvernahme seines Mandanten bereits nach der derzeitigen Rechtslage eine Rolle zukommen, die über eine bloße –

faktische – Anwesenheit hinausgeht, weil die bloße Anwesenheit des Verteidigers für sich betrachtet nicht geeignet ist, die Verteidigungsrechte des Beschuldigten zu wahren und dessen Anspruch auf ein faires und prozessordnungskonformes Verfahren zu überwachen.

Die Beiziehung eines Verteidigers zur Vernehmung eines Beschuldigten ist einfachgesetzlich (primär) in § 164 StPO geregelt. Demnach hat der Beschuldigte gem Abs 2 leg cit das Recht, seiner Vernehmung einen Verteidiger beizuziehen. Mit seiner Befragung ist grundsätzlich – von Fällen abgesehen, in denen dies eine unangemessene Anhaltung des Beschuldigten nach sich ziehen würde – zuzuwarten, bis der Verteidiger eingetroffen ist und der Beschuldigte auch noch vorab die Möglichkeit hatte, sich mit diesem zu besprechen.⁹

Der Beschuldigte hat gem § 164 Abs 1 StPO sohin das ausdrückliche Recht, sich vor Beginn der Vernehmung mit seinem Verteidiger zu beraten. Über die Beantwortung einzelner Fragen darf sich der Beschuldigte mit seinem Verteidiger allerdings nicht beraten. Auch darf sich der Verteidiger an der Vernehmung selbst nicht beteiligen; er darf daher weder verbal noch nonverbal mit dem Beschuldigten kommunizieren.¹⁰ Der Verteidiger hat gem § 164 Abs 2 StPO die Möglichkeit, nach Abschluss der Befragung des Beschuldigten bzw nach thematisch zusammenhängenden Abschnitten selbst Fragen an den Beschuldigten zu richten und Erklärungen abzugeben.

In den letzten Jahren gab es aufgrund bestehender Kritik Bestrebungen, § 164 Abs 2 StPO abzuändern und die Einschränkung, dass der Beschuldigte über die Beantwortung einzelner Fragen nicht mit seinem Verteidiger beraten darf, zu streichen.¹¹ Dadurch würde dem Verteidiger wohl ein umfassend(er)es und (noch) aktiveres Mitwirkungsrecht bei der Beschuldigteneinvernahme seines Mandanten eingeräumt. Eine entsprechende Regelung wurde allerdings nie zum Gesetz, weshalb die genannte Beschränkung grundsätzlich weiterhin besteht. Dennoch stellt sich die Frage, ob die Mitwirkungsmöglichkeiten des Verteidigers tatsächlich so strikt sind, wie dies zumindest auf den ersten Blick den Anschein erweckt.

Betrachtet man nur den augenscheinlich und vorrangig einschlägigen § 164 StPO, so kommt man tatsächlich zum Ergebnis, dass die österreichische Rechtslage der EMRK und der Ansicht des EGMR allenfalls nicht gerecht wird, weil § 164 StPO dem Verteidiger – zu-

⁴ Bertel/Venier, Strafprozessrecht¹² (2019) § 7 Rz 2.

⁵ EGMR 12. 1. 2016, Bsw-Nr 37537/13, Borg gg Malta, Rn 57; 9. 4. 2015, Bsw-Nr 30460/13, A.T. gg Luxemburg, Rn 62 ff; 27. 10. 2011, Bsw-Nr 25303/08, Stojkovic gg Frankreich und Belgien, Rn 50; 21. 4. 2011, Bsw-Nr 42310/04, Nechiporuk und Yonkalo gg Ukraine, Rn 262 ff.

⁶ Vgl dazu etwa § 59 StPO.

⁷ EGMR 28. 11. 1991, Bsw-Nr 12629/87, S gg Schweiz, Rn 52; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ (2016) § 24 Rz 126; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ (2017) Art 6 Rz 235.

⁸ EGMR 31. 5. 2011, Bsw-Nr 5829/04, Khodorkovskiy gg Russland, Rn 198 ff; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶, § 24 Rz 126.

⁹ Siehe dazu EGMR 24. 9. 2009, Bsw-Nr 7025/04, Pishchalnikov gg Russland, Rn 54 ff; Atzl, Effektive Strafverteidigung – Implementierung im Rahmen von Festnahme bzw erster Beschuldigteneinvernehmung in der StPO? ÖJZ 217, 815 (815 ff).

¹⁰ Kirchbacher in Höpfel/Ratz, WK StPO², § 164 Rz 27; Koller in Schmölzer/Mühlbacher (Hrsg), StPO (2013) § 164 Rz 15.

¹¹ ErlRV 171/ME 25. GP, 15 f.

mindest explizit – keine Möglichkeiten eröffnet, an der Befragung aktiv mitzuwirken bzw einzuschreiten.

Für die Bestimmung der Rolle des Verteidigers bei einer Beschuldigteneinvernahme ist allerdings nicht nur § 164 StPO relevant, sondern sind auch die in § 57 StPO geregelten Rechte des Verteidigers zu beachten. Der Verteidiger hat dem Beschuldigten beratend und unterstützend zur Seite zu stehen und ist verpflichtet, jedes Verteidigungsmittel zu gebrauchen sowie alles vorzubringen, was der Verteidigung dient. Er übt die Verfahrensrechte aus, die dem Beschuldigten zustehen und ist letztlich als „*watchdog of procedural regularity*“ für die Überwachung der Durchführung eines rechtskonformen Verfahrens zuständig.¹² In Zusammenschau mit dem Recht des Beschuldigten auf Beiziehung eines Verteidigers und dem Grundrecht auf ein faires Verfahren führt dies dazu, dass dem Verteidiger über die in § 164 StPO explizit normierten Möglichkeiten – die Beratung vor und die Befragung nach Abschluss der Einvernahme – hinaus die Pflicht zukommt, während der Einvernahme des Beschuldigten dessen Verteidigungsrechte zu wahren, das Verhalten der vernehmenden Organe zu kontrollieren und insofern die Durchführung einer gesetzeskonformen Einvernahme sicherzustellen. Der Verteidiger hat folglich ua zu überwachen, dass während der Einvernahme alle bestehenden Ge- und Verbote befolgt werden und etwa auch darauf zu achten, dass die erforderliche Rechtsbelehrung (richtig) erteilt wird, Aussageverweigerungsrechte des Beschuldigten gewahrt und keine unzulässigen Fragen gestellt werden sowie auf den Beschuldigten kein unzulässiger Druck ausgeübt wird.¹³

Erblickt der Verteidiger während der Einvernahme ein prozessordnungswidriges Verhalten – weil zB unzulässige Fangfragen gestellt werden – steht dem Beschuldigten zwar die Erhebung eines Einspruchs wegen Rechtsverletzung gem § 106 StPO offen.¹⁴ Ein solcher kann allerdings nur bedingt Abhilfe schaffen, weil die prozessordnungswidrig erlangte Aussage des Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt bereits existiert. Im Fall der Stattgabe des Einspruchs wegen Rechtsverletzung haben die Kriminalpolizei und die Staatsanwaltschaft zwar gem § 107 Abs 4 StPO den entsprechenden Rechtszustand mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln (wieder) herzustellen.¹⁵ Die Feststellung einer Rechtsverletzung zieht jedoch – von einigen Ausnahmen abgesehen, in denen eine solche ge-

setzlich ausdrücklich angeordnet ist¹⁶ – keine Beweisvernichtungsanordnung nach sich, sondern bewirkt lediglich in engen Grenzen eine Verwendungsbeschränkung im Ermittlungsverfahren. Die Verwertung der auf diesem Wege unrechtmäßig erlangten Aussage des Beschuldigten in der Hauptverhandlung wäre daher weiterhin zulässig.¹⁷

Insofern ist es für die Wahrung der Rechte des Beschuldigten und die Überwachung der Durchführung eines rechtskonformen Verfahrens wesentlich, dass der Verteidiger – im Fall eines prozessordnungswidrigen Verhaltens der vernehmenden Organe – bereits während der Einvernahme auf eine gesetzeskonforme Einvernahmesituation hinwirkt.¹⁸ Wenngleich ein solches Verhalten gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist, ist der Verteidiger kraft seiner Rolle, aufgrund der ihm gem § 57 StPO obliegenden Aufgaben und dem Recht des Beschuldigten auf eine prozessordnungskonforme Einvernahme – sowie mangels eines anderslautenden gesetzlichen Verbots einer solchen Interventionsmöglichkeit – berechtigt und allenfalls sogar (von Berufswegen) verpflichtet, bereits im Zuge der Einvernahme auf einen rechtmäßigen Zustand hinzuwirken und diesen sicherzustellen.

Im Ergebnis legt die StPO damit dem Verteidiger alle Möglichkeiten in die Hand, die der EGMR für erforderlich hält. Bereits aufgrund der geltenden Rechtslage steht es einem Verteidiger daher offen bzw ist dieser sogar verpflichtet, Rechtsverletzungen im Rahmen einer Beschuldigteneinvernahme aufzuzeigen und darauf hinzuwirken, dass eine prozessordnungskonforme Einvernahme durchgeführt wird. Das dem Urteil des EGMR zugrunde liegende Verhalten des Verteidigers des Beschwerdeführers *Soytemiz* wäre aus österreichischer Sicht ohne Weiteres zulässig. Der Verteidiger darf und muss daher bei einem derartig prozessordnungswidrigen Verhalten der vernehmenden Organe einschreiten und ist keineswegs dazu verpflichtet, die von ihm beobachteten Verstöße stillschweigend hinzunehmen. Insofern bestätigt und bekräftigt der EGMR die in Österreich bereits bestehenden Möglichkeiten des Verteidigers, neue Mitwir-

¹² EGMR 8. 7. 1978, Bsw-Nr 7572/76, 7586/76, 7587/76, *Ensslin, Baader und Raspe* gg Deutschland; *Soyer/Schumann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO², § 57 Rz 29.

¹³ So auch *Nemec* in *Kier/Wess* (Hrsg), Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 3.18; dem Grunde nach ebenso *Soyer/Schumann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO², § 57 Rz 27 ff.

¹⁴ *Nemec* in *Kier/Wess*, HB Strafverteidigung, Rz 3.18.

¹⁵ *Pilnacek/Stricker* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO², § 107 Rz 24 ff.

¹⁶ Vgl zB §§ 112 Abs 2, 123 Abs 6 und 7, 140, 144, 157 Abs 2, 160 StPO.

¹⁷ OGH 13. 5. 2015, 11 Os 48/15s; 21. 7. 2009, 14 Os 46/09k (14 Os 47/09g); *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens (2017) Rz 7.289 und 7.1070; *Koller* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO, § 107 Rz 7; *Pilnacek/Stricker* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO², § 107 Rz 27.

¹⁸ In diese Richtung *Atzl*, ÖJZ 217, 815 (818), die sich für die Zulässigkeit einer Interaktion bzw aktiven Teilnahme während der Vernehmung ausspricht. Ebenso *Murschetz*, Das Recht auf Verteidigerbeistand während der (ersten) Einvernahme, ÖJZ 2010, 650 (652 f), die sich dafür ausspricht, dass der Verteidiger während der Vernehmung aktiven Beistand leisten darf. Vgl dazu auch ErlRV 171/ME 25. GP, 15, wonach der Beschuldigte das Recht „auf Anwesenheit und wirksame Teilnahme des Rechtsbeistandes bei der Befragung“ hat.

kungsmöglichkeiten des Verteidigers im Zuge der Beschuldigteneinvernahme werden dadurch aber uE nicht geschaffen.

3.3. Keine Beratung vor der Beantwortung der einzelnen Fragen

Die zum Teil geäußerte Ansicht, das EGMR-Urteil würde dazu führen, dass sich der Beschuldigte vor der Beantwortung jeder einzelnen Frage mit seinem Verteidiger beraten dürfe, ist aus Sicht des Beschuldigten (und damit des Verteidigers) zwar nachvollziehbar. Ein solches Ergebnis lässt sich dem Urteil jedoch nicht entnehmen: Der verfahrensgegenständliche Sachverhalt enthält keine Hinweise auf eine (inhaltliche) Beratung vor der Beantwortung der einzelnen Fragen bzw das Erfordernis nach einer solchen Möglichkeit, weil der Verteidiger des Beschwerdeführers ausschließlich auf die prozessualen Rechte des Beschuldigten hingewiesen und auf deren Achtung hingewirkt hat. Zudem finden sich auch in den rechtlichen Erwägungen des EGMR keine Hinweise auf die Notwendigkeit derartiger Beratungsmöglichkeiten. Der EGMR weist schlichtweg darauf hin, dass der Verteidiger bei der Beschuldigteneinvernahme einschreiten darf, um die Rechte des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren zu wahren. Daraus lässt sich jedoch das Erfordernis nach einer Beratungsmöglichkeit vor der Beantwortung jeder einzelnen Frage zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten gerade nicht ableiten.

Im Ergebnis sind die vom EGMR festgehaltenen Rechte des Verteidigers, der bei der Beschuldigteneinvernahme einschreiten darf, um die Rechte des Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren zu wahren, bereits durch die geltende Rechtslage abgedeckt. Eine Änderung des § 164 StPO wäre zur Konkretisierung und Bestätigung der bereits bestehenden Möglichkeiten und Rechte des Verteidigers allenfalls wünschenswert, ist zur Wahrung einer EMRK-konformen Rechtslage aber nicht erforderlich. Das Erfordernis einer Beratungsmöglichkeit zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger vor der Beantwortung einzelner Fragen lässt sich dem vorliegenden Urteil schlichtweg nicht entnehmen.

Der Fall *Soytemiz* zieht uE keinen Änderungsbedarf nach sich, weil die für die Wahrung eines EMRK-konformen Rechtszustands erforderlichen Mitwirkungs- und Einschreitmöglichkeiten des Verteidigers von der geltenden Rechtslage grundsätzlich abgedeckt sind. Dies bedeutet aber nicht, dass § 164 Abs 2 StPO über jede Kritik erhaben ist und es von den oben behandelten Mitwirkungsmöglichkeiten des Verteidigers abgesehen keinen Änderungsbedarf gäbe. Ganz im Gegenteil: Derzeit hat der Beschuldigte das Recht, seiner Vernehmung einen Verteidiger beizuziehen, wobei er auf dieses Recht aber auch verzichten kann. Daran ist an sich nichts auszusetzen. In der Praxis wird ein

solcher Verzicht jedoch bis dato oft nur sehr unzureichend dokumentiert und kann *ex post* oftmals nicht nachvollzogen werden, ob der Beschuldigte tatsächlich vorab derart umfassend von den vernehmenden Organen rechtsbelehrt wurde und sich in weiterer Folge tatsächlich aus freien Stücken dazu entschlossen hat, keinen Verteidiger beizuziehen und *ad hoc* (inhaltlich umfassend) auszusagen.

Vor dem Hintergrund, dass sich Beschuldigte bei einer – vor allem bei der ersten – Einvernahme sehr oft in einer psychischen Ausnahme-situation befinden, ihre Rechte nicht umfassend kennen und die überwiegende Anzahl der Beschuldigten als juristische Laien die Auswirkungen und die Tragweite der in der Einvernahme getätigten Aussagen in keiner Weise abschätzen können, wäre es zur umfassenden Wahrung der Rechte des Beschuldigten erforderlich, die Möglichkeit des Verzichts auf die Beiziehung eines Verteidigers auf jene Fälle zu beschränken, in denen der Beschuldigte vorab nachweislich – dh zumindest durch einen Vermerk am Vernehmungsprotokoll festgehalten – von einem Verteidiger über seine Rechte tatsächlich aufgeklärt und belehrt wurde. Denn erst dann kann der Beschuldigte für sich selbst eine Entscheidung treffen, ob er einen Verteidiger beiziehen oder auf dieses Recht verzichten möchte. Der diesbezügliche Manipulationsaufwand für die ermittelnde Behörde würde sich im Übrigen in Grenzen halten. Sichergestellt werden müsste nur, dass der Beschuldigte einen Strafverteidiger, der im Rahmen des anwaltlichen Bereitschaftsdienstes zur Verfügung steht, tatsächlich vorab kurz (telefonisch) sprechen konnte. Die Dokumentation der Behörde müsste sich nur auf die Dauer des Telefonats und den konkreten Namen des Rechtsanwalts beschränken.

Auf eine derartige Vorgehensweise zielt im Übrigen einer der im Rahmen des 17. Österreichischen StrafverteidigerInnentages am 16. 3. 2019 in Linz gefassten Beschlüsse ab, der wie folgt lautet: „Die Teilnahme des Verteidigers oder der Verteidigerin bei der ersten Einvernahme von Beschuldigten muss als Grundrecht ausnahmslos gewährleistet sein. Ein Verzicht auf dieses Recht ist erst nach – zumindest telefonisch – erteilter und dokumentierter Belehrung durch eine Verteidigerin oder einen Verteidiger möglich. Die Verletzung dieses fundamentalen Verteidigungsrechts bewirkt die Nichtigkeit der gesamten Aussage und hat ein Beweisverwertungsverbot der darüber angefertigten Aktenvermerke und Protokolle zur Folge.“

► Auf den Punkt gebracht

Der EGMR hält im Wesentlichen fest, dass der Verteidiger an der Beschuldigteneinvernahme aktiv mitwirken darf und dies tun muss, um auf eine prozessord-

nungskonforme Einvernahmesituation hinzuwirken und die Rechte des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren zu wahren. Das EGMR-Urteil steht mit dem Regelwerk der StPO durchaus in Einklang. Aus der vorliegenden Entscheidung kann aber nicht das Recht abgeleitet werden, dass sich der Beschuldigte vor jeder einzelnen inhaltlichen Frage mit seinem Verteidiger beratschlagen können muss. Dies scheint uE zur Wahrung eines fairen Verfahrens auch nicht zwingend erforderlich, zumal der Beschuldigte ohnehin das ver-

fassungsgesetzlich gewährleistete Recht hat, sich stets in der Sache zu äußern oder eben auch nicht – auch punktuell bei einzelnen an ihn gerichteten Fragen. Die Gewährleistung dieses verfassungsrechtlich verankerten Rechts muss aber sichergestellt werden. Das Problem ist daher uE in der Praxis vielmehr vorgelagert. Es scheint unabdingbar zu sein, dass ein Beschuldigter von einem Verteidiger vorab über seine Rechte, und zwar nachweislich dokumentiert, informiert und belehrt wurde.

Cornering – Marktbeherrschung im Kapitalmarktrecht

Levente B. Nagy



Dr. Levente B. Nagy ist Rechtsanwaltsanwärter bei LANSKY, GANZGER + partner in Wien.

Ein Verhalten, mit dem eine marktbeherrschende Stellung über das Angebot und die Nachfrage nach Finanzinstrumenten gesichert wird, kann neben kartellrechtlichen Rechtsvorschriften auch für das Kapitalmarktrecht bedeutsam sein. Die Sicherung der marktbeherrschenden Stellung (auch Cornering genannt) ist nämlich seit Inkrafttreten der VO (EU) 596/2014 (MAR)¹ zwingend als Marktmanipulation zu bewerten. Hohe Aktualität erlangte das Thema Cornering, als im Jahr 2008 einer der größten deutschen Autohersteller beinahe übernommen wurde: Es entstand der Verdacht, dass im Rahmen der gescheiterten Übernahme der Aktienkurs des Autoherstellers manipuliert wurde.

1. Kapitalmarktrechtliche Beurteilung

1.1. Allgemeines

Nach der MAR sind die Marktmanipulation und der Versuch dazu ausdrücklich verboten. Das Tatbild der Marktmanipulation findet sich in Art 12 MAR. Demnach wird grundsätzlich zwischen vier verschiedenen Marktmanipulationsvarianten unterschieden: der handelsgestützten, der handlungsgestützten, der referenzwertbezogenen und der informationsgestützten Manipulation. Neben den Tatbestandmerkmalen der Marktmanipulation enthält Art 12 Abs 2 MAR zudem fünf Regelbeispiele, die zwingend als Marktmanipulation zu bewerten sind. Wie nach der alten Gesetzeslage stellt die „Sicherung einer marktbeherrschenden Stellung“ auch nach Art 12 Abs 2 lit a MAR ein solches Regelbeispiel dar.

In der MAR wurde auf eine neue Formulierung verzichtet und beinahe wortgleich die alte Definition der Marktmissbrauchs-RL übernom-

men: Eine in der Praxis als „Corner“ bzw. „Abusive Squeeze“ bezeichnete Handlung gilt in Bezug auf das Angebot eines Finanzinstruments, damit verbundene Waren-Spot-Kontrakte oder ein auf Emissionszertifikaten beruhendes Auktionsobjekt nur dann als Marktmanipulation, wenn sie „durch eine Person oder mehrere in Absprache handelnde Personen aufgrund der gesicherten marktbeherrschenden Stellung mit der tatsächlichen oder wahrscheinlichen Folge einer unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzung des Kaufs- oder Verkaufspreises oder anderen unlauteren Handelsbedingungen führt oder hierzu geeignet ist“.²

Darunter sind vorzugsweise Praktiken zu verstehen, bei denen ein Anleger nach der Erlangung der Kontrolle Angebot oder Nachfrage eines Finanzinstruments selbst beeinflussen kann. Solche Fälle können insb dann eintreten, wenn am Markt Leerverkäufe in größerer An-

¹ VO (EU) 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 4. 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl L 173 vom 12. 6. 2014, 1; siehe auch Graßl, Die neue Marktmissbrauchsverordnung der EU, Der Betrieb 2015, 2066.

² Art 12 Abs 2 lit a MAR; vgl generell zum Cornering Vogel in Assmann/Schneider, WpHG⁶ (2012) § 20a Rn 231 ff; Fleischer in Fuchs, WpHG (2009) § 20a Rn 65; Stoll in Hirte/Möllers, WpHG² (2014) § 20a Anhang 1 – § 4 MaKonV Rn 20 ff; Kapfer/Puck, Der neue Marktmanipulationstatbestand im österreichischen Börserecht, ÖBA 2005, 517 (522 ff); Kalls/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² (2015) § 22 Rn 42; Brandl in Temmel, BörseG (2008) § 48a Rn 85; Schwark/Zimmer, Kapitalmarkt⁴ (2010) § 20a WpHG Rn 68 ff.



Starten Sie gut ins
neue Jahr!

ZWF-Jahresabo 2020
(6. Jahrgang, Heft 1-6)

€ 201,60*
statt € 252,-*

Jetzt Jahresabo 2020
bestellen und 20 % sparen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

ZWF-Jahresabo 2020
(6. Jahrgang 2020, Heft 1-6)

EUR 201,60
statt EUR 252,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

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

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz.
Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen.
Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU
14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen!

lindeverlag.at, office@lindeverlag.at, T 01 24 630, F 01 24 630-23