

### 3. Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen

Mit § 4 Abs 2 FinStrG wird auf einfachgesetzlicher Ebene sowohl dem Günstigkeitsprinzip als auch dem Rückwirkungsverbot Rechnung getragen. Denn einerseits ist der Anordnung des § 4 Abs 2 FinStrG zufolge das Entscheidungszeitrecht – sollte es günstiger als das grundsätzlich zur Anwendung kommende Tatzeitrecht sein – anzuwenden, wodurch das Günstigkeitsprinzip zum Ausdruck kommt. Andererseits kommt es im Falle einer Strafschärfung oder anderweitigen Verschärfung der Rechtslage nach dem Tatzeitpunkt und vor dem Entscheidungszeitpunkt der Anordnung des § 4 Abs 2 FinStrG zufolge zur Anwendung des Tatzeitrechts, wodurch – wenn auch bloß implizit – das Rückwirkungsverbot zum Ausdruck kommt. Zumal sowohl das Günstigkeitsprinzip als auch das Rückwirkungsverbot verfassungs- und unionsrechtlich abgesichert sind, hat sich § 4 Abs 2 FinStrG an diesen Maßstäben zu orientieren und darf diesen freilich nicht zuwiderlaufen. In der Folge wird deshalb auf die verfassungs- und unionsrechtlichen Grundlagen sowohl des Günstigkeitsprinzips als auch des Rückwirkungsverbots eingegangen.

#### 3.1. Günstigkeitsprinzip

Bereits im Jahr 1973 hat der VfGH den Grundsatz der Anwendung bzw Rückwirkung des günstigeren Rechts (Günstigkeitsprinzip) als „*Ausdruck eines die gesamte Rechtsordnung beherrschenden [...] Prinzips*“ bezeichnet.<sup>18</sup> Dieser Gedanke des VfGH war zu dieser Zeit ohne Zweifel ein fortschrittlicher, zumal das Günstigkeitsprinzip zu dieser Zeit noch keine verfassungsrechtliche Dimension aufwies, sondern lediglich – vereinzelt – einfachgesetzlich normiert war. Die Situation ist heutzutage eine andere, denn nunmehr ist das Günstigkeitsprinzip sowohl verfassungsrechtlich (abgeleitet aus Art 7 Abs 1 Satz 2 EMRK) als auch unionsrechtlich (explizit in Art 49 Abs 1 Satz 3 GRC) abgesichert.<sup>19</sup> Darüber hinaus sei angemerkt, dass sich unter gewissen Voraussetzungen auch aus dem Gleichheitssatz des Art 7 B-VG, genauer gesagt dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot, Einschränkungen für das Fort-

18 Siehe VfGH 29.6.1973, G 1/73.

19 IdZ sei angemerkt, dass Österreich durch den Abschluss des IPbPR (BGBl 1987/333) auch eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Anwendung bzw Einhaltung des Günstigkeitsprinzips trifft (siehe Art 15 Abs 1 Satz 3 IPbPR). Aufgrund der Tatsache, dass bisher keine Ausführungsgesetze zum IPbPR erlassen wurden, kann auf Ausführungen hierzu verzichtet werden.

schreiben der strengeren Rechtslage ergeben können, wodurch es ebenso geboten erscheinen kann, die günstigere Rechtslage rückwirken zu lassen.

### 3.1.1. Art 7 Abs 1 EMRK

Die EMRK, welche in Österreich seit dem Jahr 1964 im Verfassungsrang steht,<sup>20</sup> sieht in Art 7 Abs 1 Satz 2 EMRK vor, dass „keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden“ darf. Der Wortlaut lässt zunächst darauf schließen, dass hierdurch lediglich die rückwirkende Strafschärfung versagt wird (zum Verbot der rückwirkenden Strafschärfung siehe Kap 3.2.2.). Ein Günstigkeitsprinzip, wonach die Anwendung bzw Rückwirkung des günstigeren Rechts geboten erscheint, lässt sich aus besagtem Wortlaut auf den ersten Blick nicht ableiten.<sup>21</sup> Dennoch erklärte der EGMR in einer vielbeachteten und vieldiskutierten Entscheidung<sup>22</sup> aus dem Jahr 2009 – unter Änderung seiner bisherigen Rsp<sup>23</sup> – das Günstigkeitsprinzip als einen anerkannten Fundamentalgrundsatz zum impliziten Inhalt des Art 7 Abs 1 EMRK.<sup>24</sup> In seinen Erwägungen zieht der EGMR ua Art 49 Abs 1 GRC heran und kommt daraufhin zu dem Ergebnis, dass sich in Europa sowie allgemein international mittlerweile ein Konsens dahin entwickelt hat, dass es ein Grundsatz des Strafrechts ist, das mildere Strafrecht anzuwenden, auch wenn es nach der strafbaren Handlung in Kraft getreten ist.<sup>25</sup> Nach dem Wortlaut des Art 7 Abs 1 Satz 2 EMRK sei auch nicht ausgeschlossen, dem Beschuldigten eine vom späteren Strafrecht vorgesehene mildere Strafe zugutekommen zu lassen.<sup>26</sup> Begründend führt der EGMR weiters fort, dass eine Verurteilung zu einer – zum Zeitpunkt der Tat vorgesehenen – schwereren Strafe bedeuten würde, eine dem Beschuldigten vorteilhafte Gesetzgebung vor der Verurteilung außer Betracht zu lassen und fortzufahren, Strafen zu verhängen, die der Staat und die Gemeinschaft, die er repräsentiert, jetzt für übermäßig hält.<sup>27</sup> Der VfGH hat sich dieser Auslegung des EGMR zu Art 7 Abs 1 EMRK angeschlossen,<sup>28</sup> was vor dem Hintergrund des oben bereits zitierten Erkenntnisses des VfGH aus dem Jahr 1973 nicht verwunderlich erscheint.

20 BVG vom 4.3.1964, BGBl 1964/59.

21 Vgl Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>4</sup> (2017) Art 7 Rz 20.

22 EGMR 17.9.2009, 10249/03, *Scoppola/Italien*; siehe zur deutschen Übersetzung der wichtigsten Passagen Meyer-Ladewig/Petzold, EGMR: Anwendung eines späteren milderen Strafgesetzes, NJOZ 2010, 2726.

23 Vgl EGMR 5.12.2000, 35574/97, *Le Petit/Vereinigtes Königreich*; 6.3.2003, 41171/98, *Zaprianov/Bulgarien*; zuvor bereits EKMR, 6.3.1978, 7900/77, *X/Deutschland*.

24 Krit dazu Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> (2016) § 24 Rz 161 sowie Breuer, Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rsp des EGMR, ZÖR 2013, 729 (745, 761).

25 Siehe EGMR 17.9.2009, 10249/03, *Scoppola/Italien*, Z 105 f.

26 Siehe EGMR 17.9.2009, 10249/03, *Scoppola/Italien*, Z 107.

27 Siehe EGMR 17.9.2009, 10249/03, *Scoppola/Italien*, Z 108.

28 VfGH 8.3.2012, B 1003/11.

### 3. Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen

---

In weiterer Folge stellt sich natürlich noch die Frage nach der Reichweite (in sachlicher und zeitlicher Hinsicht) des aus Art 7 Abs 1 EMRK abgeleiteten Günstigkeitsprinzips:

- Der sachliche Anwendungsbereich des Art 7 EMRK erstreckt sich lediglich auf das materielle Strafrecht.<sup>29</sup> Verfahrensvorschriften, zu denen der EGMR insb Verjährungsvorschriften zählt,<sup>30</sup> sind vom sachlichen Anwendungsbereich des Art 7 EMRK demnach nicht erfasst. *Thienel* zufolge wird man zum materiellen Strafrecht die Umschreibung des strafbaren Verhaltens („*Straftat*“) sowie die Strafdrohung („*Strafe*“) rechnen müssen.<sup>31</sup> Das strafbare Verhalten bestimmt sich nicht nur durch den Straftatbestand des BT, sondern es ist vielmehr eine gesamtwürdige Betrachtung vorzunehmen, die auch die anwendbaren Vorschriften des AT mit in den Blick nimmt.<sup>32</sup> Es sind zB also auch Regelungen über die subjektive Tatseite, Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe vom sachlichen Schutzbereich des Art 7 EMRK mitumfasst.<sup>33</sup> Ob auch Strafaufhebungsgründe vom sachlichen Schutzbereich des Art 7 EMRK erfasst sind, erscheint fraglich, zumal diese naturgemäß nicht schon zum Tatzeitpunkt vorliegen, sondern meist erst in einem nachträglichen Verhalten (Nachtatverhalten) begründet werden. Der VfGH hat sich mit dieser Frage in einem erst unlängst – zum Strafaufhebungsgrund der Selbstanzeige gem § 29 FinStrG – ergangenen Erkenntnis nicht auseinandergesetzt, obwohl er durchaus die Möglichkeit dazu gehabt hätte.<sup>34</sup> Offenbar wollte der VfGH dem EGMR in dieser Frage nicht vorgreifen.
- Nach der Judikatur des EGMR ist die – im Vergleich zum Tatzeitpunkt – günstigere Rechtslage bis zum „*final judgment*“ (als zeitlichen Bezugspunkt) zu berücksichtigen.<sup>35</sup> Diese Vorgaben hat der Gesetzgeber bei Novellierung des – für den Bereich des Verwaltungsstrafrechts maßgeblichen – § 1 Abs 2 VStG durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013<sup>36</sup> aufgegriffen,

29 Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>6</sup> § 24 Rz 147; *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg; 1999) Art 7 EMRK Rz 6; *Sinner* in *Karpenstein/Mayer*, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten<sup>2</sup> (2015) Art 7 Rz 8; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK<sup>4</sup> Art 7 Rz 6; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> (2009) Art 7 Rz 2.

30 Siehe EGMR 22.6.2000, 32492/96, *Coëme ua/Belgien*.

31 Siehe *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht (1. Lfg) Art 7 EMRK Rz 6; siehe auch *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK<sup>4</sup> Art 7 Rz 6, wonach sich der sachliche Anwendungsbereich des Art 7 EMRK auf „*Straftaten*“ und „*Strafen*“ erstreckt.

32 Vgl *Sinner* in *Karpenstein/Mayer*, EMRK<sup>3</sup> Art 7 Rz 8.

33 Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>6</sup> § 24 Rz 147.

34 Siehe VfGH 10.10.2018, E 2751/2018, Rz 26, wonach es „[i]m Hinblick auf § 29 FinStrG [...] dahingestellt bleiben [kann], ob es sich bei der Regelung des Strafaufhebungsgrundes der Selbstanzeige um eine materiell-strafrechtliche Bestimmung im Schutzbereich des Art. 7 EMRK handelt“; siehe dazu auch *Prillinger/Starl*, Die Abgabenerhöhung nach § 29 Abs 6 FinStrG auf dem Prüfstand des VfGH, ZWF 2019, 23 (28 f).

35 Siehe EGMR 17.9.2009, 10249/03, *Scoppola/Italien*, Z 109 und 119; in der deutschen Übersetzung von *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJOZ 2010, 2730, ist vom „*rechtskräftigen Urteil*“ die Rede.

36 BGBl I 2013/33.

wobei er dazu in den Materialien ausgeführt hat, dass der Judikatur des EGMR „[e]ine zeitliche Begrenzung dieses Günstigkeitsprinzips auf bestimmte Stadien des Strafverfahrens [...] nicht zu entnehmen“ ist.<sup>37</sup> Zumal § 4 Abs 2 FinStrG explizit auf das „zur Zeit der Entscheidung des Gerichts erster Instanz oder der Finanzstrafbehörde geltende Recht“ abstellt und somit begünstigende Gesetzesänderungen während des Rechtsmittelverfahrens (somit offenbar vor dem „final judgment“) nicht berücksichtigt werden können, scheint ein Widerspruch zu Art 7 Abs 1 EMRK offenkundig (siehe dazu noch näher Kap 7.3.2. zum Entscheidungszeitrecht).<sup>38</sup>

In gewissen Fällen müssen begünstigende Gesetzesänderungen auch noch nach dem „final judgment“ berücksichtigt werden. Eine Berücksichtigung von begünstigenden Gesetzesänderungen, die nach dem „final judgment“ eingetreten sind, ist dann geboten, wenn nach innerstaatlichem Recht die Möglichkeit besteht, das „final judgment“ einer nachträglichen Überprüfung bzw Abänderung zuzuführen und von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht wird.<sup>39</sup> Bleibt anschließend daran noch zu klären, wie der Begriff „final judgment“ – in vertragsautonomer Weise – auszulegen ist. Zunächst einmal kann festgehalten werden, dass eine Entscheidung<sup>40</sup> jedenfalls dann „final“ ist, wenn sie vollständig in Rechtskraft erwachsen ist. Zumal eine Entscheidung typischerweise einen Schuldspruch sowie einen daran anknüpfenden Strafausspruch beinhaltet (siehe für das gerichtliche Finanzstrafverfahren § 260 Abs 1 Z 2 und 3 StPO und für das verwaltungsbehördliche Finanzstrafverfahren § 138 Abs 2 lit a und c FinStrG), drängt sich die Frage auf, ob allein bereits die Teilrechtskraft des Schuldspruchs das „final judgment“ markiert oder ob erst bei einem rechtskräftigen Strafausspruch das „final judgment“ vorliegt.<sup>41</sup> Diese Frage wurde zuletzt im Schrifttum kontrovers diskutiert. *Capelare/Schaunig* sowie *Walser* gehen davon aus, dass erst dann, wenn sowohl Schuldspruch als auch Strafausspruch in Rechtskraft erwachsen sind, ein „final judgment“ vorliege.<sup>42</sup> Begründend

37 ErlRV 2009 BlgNR 24. GP 18.

38 Siehe dazu ausführlich *Capelare/Schaunig*, Das Rückwirkungsgebot begünstigender Strafgesetze nach Art 7 EMRK im Verwaltungs-, Finanz- und Kriminalstrafrecht (Teil 1), JBl 2019, 82 (89 f).

39 Siehe EGMR 12.1.2016, 33427/10, *Gouarré Patte/Andorra*, Z 33 bis 36 sowie EGMR 24.1.2017, 67503/13, *Koprivnikar/Slowenien*, Z 49.

40 Wegen der Zweiteilung des Finanzstrafverfahrens in ein gerichtliches und ein verwaltungsbehördliches, wird in der Folge – anstatt des Begriffs „Urteil“ – der Begriff „Entscheidung“, der beide Verfahren gleichermaßen umfasst, verwendet.

41 Im gerichtlichen Finanzstrafverfahren ist das OLG als Rechtsmittelinstanz für Strafberufungen an den Schuldspruch gebunden (§ 295 Abs 1 StPO), weshalb – sofern man lediglich Strafberufung (und nicht auch gleichzeitig Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH) erhebt – Teilrechtskraft hinsichtlich des Schuldspruchs eintritt. Ebenso tritt – nach der stRsp des VwGH – im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren die Teilrechtskraft des Schuldspruchs ein, sofern man lediglich gegen den Strafausspruch Beschwerde an das BFG erhebt.

42 Siehe *Capelare/Schaunig*, Das Rückwirkungsgebot begünstigender Strafgesetze nach Art 7 EMRK im Verwaltungs-, Finanz- und Kriminalstrafrecht (Teil 2), JBl 2019, 150 (158) sowie *Walser*, Nachträgliche Berücksichtigung begünstigender Gesetzesänderungen im Berufungsverfahren im Lichte grundrechtlicher Vorgaben, JBl 2017, 62 (66).

wird ausgeführt, dass eine Entscheidung nur dann final bzw. endgültig sein könne, wenn alle zwingend vorgesehenen Bestandteile der Entscheidung feststehen und nicht mehr anfechtbar sind, sprich, wenn sowohl Schuldspruch als auch Strafausspruch rechtskräftig geworden sind. Bis zu diesem Zeitpunkt seien begünstigende Gesetzesänderungen zu berücksichtigen, weshalb die Frage nach dem Günstigkeitsvergleich von jedem Rechtsmittelgericht eigens zu beantworten und nicht schon durch die 1. Instanz vorgegeben sei.<sup>43</sup> Diesem Verständnis des Begriffs „*final judgment*“ entgegnet ist *Ratz* der Auffassung, dass der Begriff nicht dahingehend ausgelegt werden könne, dass Umstände, die außerhalb des (nach Art 2 Abs 1 Satz 2 7. ZPEMRK dem Vertragsstaat überlassenen) Rechtsmittelkalküls gelegen sind, vom Rechtsmittelgericht aufgegriffen werden müssen.<sup>44</sup> Mit anderen Worten sollen begünstigende Gesetzesänderungen nur dann vom Rechtsmittelgericht aufgegriffen werden, wenn dies im Rechtsmittelverfahren auch vorgesehen ist. Auch der OGH hat hierzu – ganz iSv *Ratz* – bereits festgehalten, dass der „*prozessuale Bezugspunkt*“ des vorzunehmenden Günstigkeitsvergleichs durch die Entscheidung des EGMR im Fall *Scoppola* nicht festgelegt werde.<sup>45</sup>

Einen verfassungskonformen Mittelweg könnte die hier vertretene Auffassung darstellen, wonach weder der Zeitpunkt der Rechtskraft des Schuldspruchs noch der Zeitpunkt der vollständigen Rechtskraft als allein maßgeblicher zeitlicher Bezugspunkt zu betrachten ist, sondern es vielmehr einer differenzierteren Betrachtungsweise bedarf. Der Begriff „*final judgment*“ sollte mE dahingehend ausgelegt werden, dass allein der Eintritt der Rechtskraft das entscheidende Merkmal ist, wobei der Eintritt der Rechtskraft hinsichtlich einzelner Teile der Entscheidung auch respektiert werden muss. Der Schuldspruch ist dann „*final*“, wenn er in Rechtskraft erwachsen ist und ebenso der Strafausspruch. IdS muss ein auf die Rechtsfolgenseite beschränkter Günstigkeitsvergleich angestellt werden, sollte der Strafausspruch – dem rechtskräftigen Schuldspruch zum Trotz – noch nicht in Rechtskraft erwachsen sein.<sup>46</sup> Die Anstellung eines vollumfassenden Günstigkeitsvergleichs, der in einer solchen Situation neben der Rechtsfolgenseite auch die Tatbestandsseite einbeziehen würde, würde

---

43 Vgl. idZ *Höpfel* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup>, § 61 Rz 18 mit Verweis auf *Aichreiter*, Zur maßgeblichen Rechtslage, ZfV 1995, 152, wonach maßgeblich jene Rechtslage sein solle, die zum Zeitpunkt der jeweiligen Entscheidung den Anspruch erhebe, auf den zugrunde liegenden Sachverhalt angewendet zu werden.

44 Siehe *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, § 288 Rz 34 ff sowie *ders*, Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren, ÖJZ 2018, 351 (359).

45 Siehe OGH 5.4.2012, 13 Os 19/12m.

46 AA offenbar *Walser*, JBl 2017, 65 f, wonach bis zum Zeitpunkt des „*vollständigen*“ Urteils „*begünstigende Gesetzesänderungen zu berücksichtigen sind, und das nicht nur auf der Ebene der Strafzumessung*“, jedoch attestiert sie – in mE widersprüchlicher Weise – dem Einführungserschluss des BMJ zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015 vom 15.12.2015 (BMJ-S318.034/0041-IV/2015, 40), der anordnet, dass bei einer Strafneubemessung der neuerliche Strafausspruch dem Günstigkeitsvergleich nach § 61 StGB zugänglich ist, bereits ein „*grundrechtskonformes Ergebnis*“.

den Eintritt der Rechtskraft des Schuldspruchs negieren. IdZ sei darüber hinaus angemerkt, dass, wenn man einen vollumfassenden Günstigkeitsvergleich nach Rechtskraft des Schuldspruchs und vor Rechtskraft des Strafausspruchs als verfassungsrechtlich geboten erachten würde, man das Rechtsschutzsystem der StPO reformieren und auch der VwGH von seiner stRsp zur Teilrechtskraft abkehren müsste.

Durch den auf die Rechtsfolgenseite beschränkten Günstigkeitsvergleich kann sich folgende Situation ergeben: Es wäre denkbar und möglich, dass dem Schuldspruch eine andere Rechtslage zu Grunde liegt als dem Strafausspruch. Es kommt dadurch zu einer Mischung des alten und des neuen Rechts.<sup>47</sup> Nachfolgendes Bsp soll dies illustrieren:

A erhebt gegen den Strafausspruch Strafberufung an das OLG. Hinsichtlich des Schuldspruchs tritt Rechtskraft ein. Noch bevor das OLG über die Strafberufung entscheidet, kommt es zu einer begünstigenden Gesetzesänderung. Mit dieser Gesetzesänderung wurde einerseits der Straftatbestand auf objektiver Tatbestandsebene eingeschränkt (durch Einfügung eines neuen – zusätzlich zu erfüllenden – objektiven Tatbestandsmerkmals) und andererseits die Strafdrohung reduziert (sowohl Höchst- als auch Mindeststrafe wurden gesenkt). Das OLG hat bei einem Entscheid über die Strafberufung den günstigeren neuen Strafrahmen heranzuziehen (Anm: Angenommen, es bestünde die Möglichkeit, einen auf die Rechtsfolgenseite beschränkten Günstigkeitsvergleich anzustellen). Die Einschränkung auf objektiver Tatbestandsebene ist für die Strafberufung ohne Belang und bleibt vom OLG unberücksichtigt, zumal der Schuldspruch bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Der Strafausspruch richtet sich also nach dem günstigeren neuen Recht, während der Schuldspruch noch auf dem ungünstigeren alten Recht fußt. IdZ sei noch angemerkt, dass auch ein Ergebnis möglich wäre, wonach vom OLG über A eine – wenn auch geringere – Strafe zu verhängen wäre, obwohl A nach dem günstigeren neuen Recht vielleicht sogar straffrei wäre (bspw aufgrund der objektiven Tatbestandseinschränkung).

Dem gerade geschilderten Fall, in dem es zu einer Mischung des alten und des neuen Rechts kommt, können mE keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegengebracht werden, zumal auch das Verfassungsrecht die Teilrechtskraft des Schuldspruchs anerkennt und sich die Anstellung des auf die Rechtsfolgenseite beschränkten Günstigkeitsvergleichs nur positiv auf den Täter auswirken kann. Auch der EGMR hatte sich bereits einmal mit einem Fall zu beschäftigen, in dem jeweils die günstigsten Bestimmungen des alten und neuen Rechts angewendet wurden, und hat diese Mischung des alten und neuen Rechts nicht beanstandet.<sup>48</sup>

47 Vgl hierzu die Rsp des OGH 27.5.2003, 11 Os 95/02 (vS), wonach ein Mischen des alten und neuen Rechts bzw eine Mischung von Schuldspruch nach altem und Strafausspruch nach neuem Recht unzulässig ist (Grundsatz der strikten Alternativität der Gesetze). Der OGH führt dbzgl jedoch keine verfassungsrechtlichen Argumente an.

48 Siehe EGMR 27.9.1995, 15312/89, G/Frankreich, Z 22: „As the most lenient provisions of both the new law and the former law had been applied to him, he had no grounds for complaint.“

### 3. Verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen

---

- Darüber hinaus ist der Judikatur des EGMR zu entnehmen, dass das „*most favourable law*“<sup>49</sup>, das zwischen dem Zeitpunkt der Tat und dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung gegolten hat, zur Anwendung zu gelangen hat.<sup>50</sup> Um diesen Vorgaben nachkommen zu können, muss der Günstigkeitsvergleich einen Vergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglichen. Auch der VfGH hat sich dahingehend schon einmal geäußert, wobei er § 1 Abs 2 VStG idF nach Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013 Verfassungskonformität attestierte, indem er ausführte, „*dass § 1 Abs 2 VStG den Anforderungen des Art 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht*“.<sup>51</sup> Ein Vergleich mehrerer Rechtslagen bedeutet freilich auch, dass eine Rechtslage zur Anwendung gelangen kann, welche weder zum Tatzeitpunkt gegolten hat noch zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung gilt. Demnach können auch Vorschriften zur Anwendung gelangen, die zu keinem der beiden Zeitpunkte bzw lediglich zwischen diesen Zeitpunkten Teil des Rechtsbestands sind (sog Zwischengesetz).<sup>52</sup> Ein bedingungsloses Abstellen auf die Rechtslage zum Tatzeitpunkt und jene zum Entscheidungszeitpunkt – so wie dies in § 4 Abs 2 FinStrG angeordnet wird – scheint damit nicht in Einklang zu bringen zu sein. Insofern scheint auch hier ein Widerspruch zu Art 7 Abs 1 EMRK zu bestehen.
- Der vom EGMR verwendete Begriff „*most favourable law*“ wird dahingehend auszulegen sein, dass davon nicht nur Abmilderungen bzw Einschränkungen der Strafbarkeit (etwa eine Reduktion der Strafdrohung, eine Einschränkung auf Tatbestandsebene oder eine Anhebung der qualifizierenden Wertgrenzen) umfasst sind, sondern auch der gänzliche Wegfall der Strafbarkeit (etwa in Folge Aufhebung des Straftatbestands).<sup>53</sup> Das Günstigkeitsprinzip erstreckt sich also auf die teilweise oder gänzliche Entkriminalisierung einer bereits

---

49 Übersetzt bedeutet das so viel wie „*günstigstes Gesetz*“.

50 Siehe EGMR 17.9.2009, 10249/03, *Scoppola/Italien*, Z 119: „*It follows that the applicant was given a heavier sentence than the one prescribed by the law which, of all the laws in force during the period between the commission of the offence and delivery of the final judgment, was most favourable to him.*“

51 Siehe VfGH 10.3.2015, E 1139/2014, Rz 24.

52 Vgl dazu *Capelare/Schaunig*, JBl 2019, 150 (156), wonach der EGMR zu dem Ergebnis kam, „*dass das Rechtsmittelgericht sogar ein bereits außer Kraft getretenes Zwischengesetz anzuwenden hatte*“, vgl zudem *Walser*, JBl 2017, 64, wonach „*der EGMR sogar die Anwendung eines Zwischengesetzes*“ verlangt.

53 Vgl ErlRV 2009 BlgNR 24. GP 18, wonach „*Art 7 EMRK auf das Prinzip der Rückwirkung der günstigeren Strafnorm ab[stellt], dh im Fall der Senkung der Strafdrohung oder ihres Entfalls [...] von der geringeren Strafdrohung oder von Straffreiheit auszugehen [ist]*“. Unklar ist idZ die Aussage des VfGH 8.3.2012, B 1003/11, wobei angemerkt werden muss, dass der Entscheidung ein Zeitgesetz zugrunde lag: „*Im Lichte dessen gebietet es Art 7 EMRK zwar, bei Änderung der Rechtslage nach der Begehung der Straftat die für den Beschuldigten mildere Strafe zu verhängen. Es ist jedoch auch mit Blick auf Art 49 Abs 1 Grundrechte-Charta nicht geboten, von der Verhängung einer Strafe im Fall eines Verstoßes gegen eine konkrete Verhaltenspflicht, der zur Zeit seiner Begehung strafbar war, dessen Strafbarkeit nach Begehung der Tat, aber noch vor der Verhängung der Strafe weggefallen ist, abzusehen.*“, krit hierzu *Muzak*, Aktuelle grundrechtliche Fragen des Verwaltungsstrafrechts, ZfV 2014, 513 (515), wonach den Ausführungen des VfGH in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen ist.

vollendeten strafbaren Handlung oder Unterlassung. Dieses weitgehende Verständnis eines Günstigkeitsprinzips ist insofern erstaunlich, als nach dem Wortlaut des Art 49 Abs 1 Satz 3 GRC, der dem EGMR wie oben erwähnt ja als Vorbild für ein zu implementierendes Günstigkeitsprinzip gedient hat, lediglich die Verhängung einer „*mildere[n] Strafe*“ vorgesehen ist (siehe sogleich Kap 3.1.2. zum unionsrechtlichen Günstigkeitsprinzip).

Der Wegfall der Strafbarkeit soll jedoch nach der Rsp des VfGH dann nicht zurückwirken, wenn das Unwerturteil über das zur Zeit der Begehung strafbare Verhalten nicht zugleich weggefallen ist, sprich, das Unwerturteil im Zeitpunkt der Entscheidung noch aufrecht ist (Maßgeblichkeit der Aufrechterhaltung des Unwerturteils).<sup>54</sup> Der VfGH scheint hierbei darauf abzustellen, ob das Verhalten an sich weiterhin – sohin zum Zeitpunkt der Entscheidung – strafbar ist oder nicht.<sup>55</sup> Der VfGH führt begründend aus, dass eine andere Auslegung des Art 7 Abs 1 EMRK, wonach das weiterhin aufrechte Unwerturteil unmaßgeblich sein soll, einer Bestrafung entgegenstünde, was für den gegenständlichen Fall, welchem ein sog Zeitgesetz zugrunde lag, bedeuten würde, „*dass die Sanktionsbewehrung eines Gebots bereits einige Zeit vor dem Außerkrafttreten des Gebots beseitigt [werden] würde, [...] mit der Konsequenz, dass der rechtstreue Normadressat im Ergebnis schlechter gestellt wäre als ein Rechtsunterworfener, der ein rechtswidriges Verhalten in Kauf nimmt*“. Setzt man also mit Blick auf das baldige Außerkrafttreten des Gebots oder Verbots eine strafbare Handlung, soll man – um Ungerechtigkeiten zu vermeiden – auch nach Außerkrafttreten des Gebots oder Verbots noch dafür bestraft werden können. Der spätere Wegfall der Strafbarkeit ist in diesen Fällen vorhersehbar und bereits zum Tatzeitpunkt evident. Durch die vom VfGH gelieferte Begründung wird auch ersichtlich, dass gerade bei Zeitgesetzen, also bei zeitlich befristeten Gesetzen, deren zeitlicher Geltungsbereich vorherbestimmt ist, die Frage nach der Aufrechterhaltung des Unwerturteils nach dem Wegfall der Strafbarkeit das maßgebende Kriterium dafür ist, ob der Wegfall der Strafbarkeit zurückwirken kann oder nicht (siehe dazu später Kap 7.4.1.3. zu Zeitgesetzen).<sup>56</sup>

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich das aus Art 7 Abs 1 EMRK abgeleitete Günstigkeitsprinzip als sehr weitreichend gestaltet.

54 Siehe VfGH 8.3.2012, B 1003/11.

55 Siehe VfGH 8.3.2012, B 1003/11, wonach „*die Beschäftigung von Ausländern ohne entsprechende Bewilligung nach dem AuslBG [...] weiterhin strafbar und mit der gleichen Strafsanktion bedroht [ist], auch wenn das AuslBG seit einem bestimmten, nach dem strafbaren Verhalten liegenden Zeitpunkt die im konkreten Fall beschäftigten ungarischen Staatsbürgerinnen nicht mehr umfasst und das gleiche strafbare Verhalten in Zukunft nicht mehr gesetzt werden kann*“; leicht krit hierzu Muzak, ZfV 2014, 515, zur vom VfGH angesetzten hohen Abstraktionsebene.

56 Vgl bereits *Schick*, JBl 1969, 642, wonach die Aufhebung eines Zeitgesetzes nur dann auf vorher konkretisierte Sachverhalte zurückwirken kann, wenn der Normierung durch den Gesetzgeber eine Wertmaßstabsänderung der Gesellschaft zugrunde liegt.