

RAA Mag. Matthias Cernusca
c/o Schönherr Rechtsanwälte GmbH
Schottenring 19
1010 Wien
m.cernusca@schoenherr.eu

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien
team.s@bmj.gv.at

und parallel an
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Begutachtungsverfahren zum Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015
BMJ-S578.029/0002-IV 3/2015

Wien, 21.12.2015

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ich erlaube mir, zum vorliegenden Entwurf punktuell Stellung zu nehmen.

Zum geplanten Beweisverwertungsverbot im Fall von Tatprovokation (§§ 133 Abs 5, 281 Abs 1 Z 3, 345 Abs 1 Z 4, 468 Abs 1 Z 3 StPO)

Die hinter der vorgeschlagenen Neuerung stehende Intention, die von der neuesten Judikatur des EGMR vorgegebene Konsequenz eines strikten Beweisverbots (bzw. sonstiger adäquater Mechanismen) in Fällen unzulässiger Tatprovokation im österreichischen Strafrecht gesetzlich klarzustellen, ist absolut zur begrüßen. Insofern hat die gesetzliche Klarstellung auch den Effekt, potentielle Verurteilungen Österreichs wegen Festhaltens an der Strafzumessungslösung (RIS-Justiz RS 0119618; vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 361) hintanzuhalten.

Bislang untersagte schon § 5 Abs 3 StPO die Tatprovokation und statuierte somit ein Beweiserhebungsverbot. Dieses Beweiserhebungsverbot war aber bis dato eben nicht mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrt. Im Festhalten an der Strafzumessungslösung beschied der OGH auf eine Verletzung dieses Beweiserhebungsverbots abzielenden Anträgen gem § 281 Abs 1 Z 4 StPO (der ja grundsätzlich die Geltendmachung von EMRK-bewehrten Grundrechten auch dann ermöglicht, wenn sie nicht ausdrücklich nichtigkeitsbewehrt sind) keinen Erfolg. Somit erübrigten sich auch auf die Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots abzielende Nichtigkeitsbeschwerden iSd § 281 Abs 1 Z 5 4.

Fall und Z 5a StPO. Einerseits deswegen, weil Begründungsmängel gegenüber Verfahrensfehlern nach hL subsidiär sind (vgl nur Ratz, WK-StPO § 281 Rz 66) und deshalb der Antrag aus Z 4 vorgeht. Andererseits aber schon deswegen, weil aus einem Beweiserhebungsverbot nicht automatisch ein Beweisverwertungsverbot folgt (vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 65) und ein solches Beweisverwertungsverbot angesichts der höchstgerichtlichen Strafzumessungslösung argumentativ nicht durchdrang.

Die nun vorgeschlagene Regelung zieht der Strafzumessungslösung insoweit den Zahn, als der neue § 133 Abs 5 StPO ein ausdrückliches Beweisverwertungsverbot vorsieht, das durch die Aufnahme in den Katalog des § 281 Abs 1 Z 3 StPO auch mit Nichtigkeit bewehrt ist. Für die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung ist die Aufnahme in die Z 3 mit der glücklichen Konsequenz verbunden, aus einer unterlassenen Antragstellung im Hauptverfahren keine negativen Folgen für die Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde fürchten zu müssen.

Trotz dieser begrüßenswerten Besserung erweisen sich die Einordnung als Beweisverwertungsverbot und damit die Lösung auf Beweisebene bei genauerer Betrachtung als nicht mit dem System des österreichischen Strafprozessrechts kompatibel und adressieren die Problematik der Tatprovokation an der falschen Wurzel.

Das wird schon deutlich, wenn man sich vor Augen hält, was ein strikt verstandenes Beweisverwertungsverbot prozessual bewirkt: Einerseits kann (und darf) zwar eine Verurteilung nicht auf die durch die Provokation gewonnenen Beweismittel gestützt werden. Systemkonform könnte (und dürfte) dann aber auch ein Freispruch nicht (!) auf die unzulässig gewonnenen Beweismittel gestützt werden. Das legistische Ziel, Verurteilungen wegen unzulässiger Tatprovokation zu verhindern, ist somit verfehlt. Denn ein Freispruch wegen unzulässiger Tatprovokation muss sich (schon allein, um die Revisibilität des Urteils sicherzustellen) ebenfalls auf konkrete Beweismittel stützen, wenn die Begehung der Tat außer Zweifel steht. Das sind eben jene Beweismittel (Berichte des Lockspitzels etc), die die unzulässige Tatprovokation erst für das Gericht sichtbar machen. Eine Tat, die einwandfrei nachweisbar ist (bspw. durch Videoüberwachung auf öffentlichen Plätzen) und zu der der Angeklagte voll geständig ist, müsste daher trotz Provokation gesetzeskonform zur Verurteilung führen, da die gewünschte entlastende Wirkung der Tatprovokation just wegen des Beweisverwertungsverbots nicht greift.

Eine solche systemkonform zu Ende gedachte Auswirkung des Beweisverwertungsverbots liegt wohl nicht in der Intention der vorgeschlagenen Regelung. Der Rechtsanwender kommt aber auf Grund des gesetzlichen Wortlauts schlicht nicht um dieses Verständnis umhin, wenn er die gesetzliche Anordnung "Beweisverwertungsverbot" ernst nimmt. Es zeigt sich, dass die Lösung auf Beweisebene nicht den gewünschten Effekt hat und den angestrebten Zweck (nämlich Freisprüche in Folge unzulässiger Tatprovokation) sogar konterkariert.

Auch der deutsche Bundesgerichtshof hat sich im Nachgang zu EGMR *Furcht vs Deutschland* explizit gegen die Einführung eines Beweisverwertungsverbots (und für die Lösung als strafprozessuales Verfolgungshindernis) ausgesprochen (vgl BGH, 10.6.2015, 2 StR 97/14, insb. Rz 50 ff). Dabei spricht er an, dass im Hinblick auf den Umfang eines Verwertungsverbots insbesondere die Differenzierung zwischen "unmittelbaren" und "mittelbaren" Beweisen nicht durchführbar sei. Auch dann, wenn die durch die Provokation erlangten ("unmittelbaren") Beweismittel nicht die wichtigsten für die

- 3 -

Überführung des Täters sind, bewirke eine Verwertung der anderen "mittelbaren" Beweise einen Konventionsverstoß (Rz 52). Genau das übersieht der vorliegende Entwurf, wenn er meint, ein Schuldspruch käme bei Vorliegen sonstiger gewichtiger Beweismittel (trotz der Tatprovokation) durchaus in Frage. Ein solches Verständnis ist klar konventionswidrig.

Die Lösung auf Beweisebene ist aus den geschilderten Gründen nicht systemkonform und in das Gefüge der StPO nicht integrierbar. Da eine Beweislösung nicht in Frage kommt, muss den Vorgaben des EGMR also durch ein *Verfahren mit* [dem Beweisausschluss] *vergleichbaren Konsequenzen* (vgl nur EGMR, *Furcht vs Deutschland*, Rz 64) Rechnung getragen werden.

Zur Auswahl stehen die Einordnung als *prozessuales Verfolgungshindernis* oder als *materieller Strafausschließungsgrund*. Die Strafzumessungslösung ist nach deren klarer Absage durch den EGMR in *Furcht vs Deutschland* obsolet.

Beide Lösungen sind grundsätzlich mit der österreichischen Strafprozessordnung kompatibel. Entgegen dem deutschen Bundesgerichtshof (vgl 10.6.2015, 2 StR 97/14, Rz 53 ff) sehe ich aber, wie schon *Fuchs* (ÖJZ 2001/495) und weitere Vertreter der Lehre (vgl *Wiederin*, WK-StPO § 5 Rz 134 mwN), die dogmatisch logischere Handhabung in Form eines materiellen Strafausschließungsgrund. Denn die Provokation bewirkt, dass die konkrete Tat *per se* nicht mehr strafwürdig ist. Ein dogmatisch vergleichbarer Strafausschließungsgrund ist bspw. § 136 Abs 4 StGB. Ein prozessuales Verfolgungshindernis hingegen adressiert nicht den rechtlichen Gehalt der Tat, sondern nur den staatlichen Verfolgungsanspruch (bspw. bei Verfolgungshindernissen aufgrund diplomatischer Immunität oder aufgrund der *ne-bis-in-idem* Sperrwirkung). Da das österreichische Strafrecht für die Strafbarkeit von Beteiligten keine qualitative Akzessorietät vorsieht, wirkt sich die Strafausschließung für den unmittelbaren Täter nicht weiter auf andere Beteiligte iSd § 12 StGB aus.

Ich schlage daher vor, die Tatprovokation als materiellrechtlichen Strafausschließungsgrund zu werten. Dieser Strafausschließungsgrund wäre durch § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO (bzw. im geschworenengerichtlichen Verfahren § 345 Abs 1 Z 11 lit a StPO) Nichtigkeitsbewehrt und der Nichtigkeitsgrund wäre überdies von Amts wegen wahrzunehmen. Dies wäre zudem (insb für unvertretene Angeklagte) ein weiterer Vorteil gegenüber der Nichtigkeit aus Z 3 (die von Amts wegen nicht wahrzunehmen ist).

Der Strafausschließungsgrund kann mit Einführung eines zusätzlichen Satzes in den bestehenden § 5 Abs 3 StPO simpel umgesetzt werden:

§ 5 Abs 3 StPO lautet wie folgt:

"Beschuldigte oder andere Personen zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat zu verleiten oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken, ist unzulässig. *Wer zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat verleitet wurde, ist für diese Straftat nicht zu bestrafen.*"

Mit freundlichen Grüßen

Matthias Cernusca