



1 Präs. 1617-3686/09h

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs
zum Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975,
das Urheberrechtsgesetz, das Markenschutzgesetz 1970, das Patentgesetz
1970, das Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz und das Bundesgesetz über
die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der
Europäischen Union geändert werden**

Zu Art I

6.1. Die in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Wien vom 5. Mai 2008, AZ 18 Bs 86/08s, vertretene Ansicht wurde durch das zwischenzeitig ergangene Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 19. August 2009, AZ 15 Os 81/09i, insofern korrigiert, als die Freiwilligkeit eines Verhaltens im öffentlichen Raum schlechthin kein taugliches Kriterium zur Bestimmung des von § 7 Abs 1 MedienG umfassten Schutzbereichs in Angelegenheiten der Privatöffentlichkeit darstellt, vielmehr dieser erst durch ein explizit an die Medienöffentlichkeit adressiertes Verhalten preisgegeben wird.

Zu Art II

18. Das Zitat hat statt § 22 Abs 2 bis 5 § 22 Abs 2 bis 4 zu lauten.

Zu Art III

1. Der Grund für die Änderung ist unerfindlich. Die Anordnung steht bereits im geltenden Gesetz. Wenn stets ohnehin nach übergeordneten Regeln Selbstverständliches (wie hier die verfassungsgesetzliche Vorschrift, dass ein staatliches Organ nur im Rahmen seiner Zuständigkeit tätig zu werden hat) in den Gesetzestext aufgenommen wird, stellt sich dann, wenn das Selbstverständliche einmal unerwähnt bleibt, die Frage nach dem Gebotensein eines Umkehrschlusses. Durch diese Art legistischer Methodik wird ohne Not die Geltung gesetzlicher Gesamtsysteme ausgehöhlt (vgl hier: § 57 Abs 1 EU-JZG, § 55 ARHG).

3. Auch hier wird eine der StPO für gerichtlich geführte Verfahren immanent gewesene und immer noch immanente (§ 314 Abs 2) Begrifflichkeit ohne Not zerstört. Der Begriff „Trennung“ war bisher staatsanwaltlich geführten Verfahren vorbehalten.

4. Hier wird eine aufgrund des logisch-systematischen Zusammenhangs der StPO unnötige Klarstellung vorgenommen, die solcherart eine Tendenz zur weiteren Erosion des Gesamtsystems fördern wird (vgl die von den Materialien übergangene Darstellung von *Lässig* in WK-StPO § 43 Rz 33). Wenn ein praktisches Bedürfnis nach Klarstellung tatsächlich bestehen sollte, bietet sich für das BMJ ganz zwanglos der in früheren Zeiten mit Selbstverständlichkeit beschrittene Weg der Anregung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes an (vgl auch § 23 Abs 2). Nur weil der OGH in einer Entscheidung aus 1995 *aufgrund gänzlich unterschiedlicher Gesetzeslage* (§ 68 in der damals geltenden Fassung nahm auf die Wiederaufnahme gar nicht Bezug) eine von der derzeit unstrittigen Meinung über die Reichweite von Richterausgeschlossenheit abweichende Meinung vertreten hatte, sollte nicht gleich wieder das Gesetz geändert werden. Unverständlich ist auch, warum nicht – allgemein gültig – auf den unmittelbar vorangegangenen Verfahrensgang (besser, weil sonst Begriffsvermengung mit dem dogmatischen Begriff des Rechtsgangs möglich ist: [das] vorangegangene Verfahren), sondern – kasuistisch bloß – auf den ersten Verfahrensgang als Bezugspunkt abgestellt wird.

6 lit c. Es wird nicht klar, warum hier, anders als sonst überall (§§ 213 Abs 4, 450, 485) statt von „Anordnung“ von „Anberaumung“ der Hauptverhandlung die Rede ist. Gleicher Begrifflichkeit für Gleiches sollte unbedingt wieder die erforderliche Beachtung geschenkt werden, weil sonst logisch-systematische Auslegung zunehmend unmöglich gemacht wird und damit das Ergebnis der Auslegung – prozessuale Auseinandersetzungen fördernd – insgesamt immer weniger vorhersehbar ist. Auch birgt ungenaue Begrifflichkeit die Gefahr unbemerkt schleichenden **Verlusts der verfassungsrechtlichen Gesetzesbindung**.

lit d. Der Informationsgehalt des zweiten Satzes bleibt mit Blick auf lit a dritter Satz unklar. Bloße Wiederholung des im selben Paragraphen bereits Gesagten erscheint nicht sinnvoll.

lit e. Was der Klammerhinweis auf § 255 hinter dem Wort „erforderlichen“ ausdrücken soll, ist unklar: § 255 (Abs 1) normiert bloß ein Recht und ein Verbot, jedoch keine prozessualen Obliegenheiten. In Wahrheit bleibt offen, welche Anträge nach dem Gesetz überhaupt erforderlich sein sollen. Unklar ist weiters, warum der Entwurf statt vom Haftungsbeteiligten vom Betroffenen spricht. Statt diesen Begriff zu verwenden, hätte anlässlich der Anpassungsgesetzgebung an das StPRefG § 445 Abs 4 an § 64 angeglichen werden sollen. Bei dieser Gelegenheit hätte man auch den bei der Anpassung des § 444 übersehenen letzten Teilsatz dieser Bestimmung streichen können.

An dieser Stelle ist grundsätzlich anzumerken, dass das BMJ trotz allein 2009 insgesamt dreier Novellen, mit welchen die StPO in vielfacher Weise, stets über das gesamte Gesetzeswerk verteilt, verändert wurde, nun erneut nur einen Teil der vielen bei der Anpassungsgesetzgebung unterlaufenen Redaktionsversehen zu berichtigen vorhat. Als Beispiel, wie wichtig eine (einmalige) gewissenhafte Durchforstung des vornehmlich durch die Anpassungsgesetzgebung an das StPRefG häufig unstimmig gewordenen Textes der StPO wäre, seien hier bloß § 433 Abs 1 zweiter Satz mit seiner unterlassenen Anpassung an den durch BGBl I 2009/98 mit Wirkung vom 1. 1. 2010 (übrigens ohne erkennbaren Anlass) veränderten § 282 Abs 1 und die von 13 Os 56/09y (EvBl 2009/101, 677) aufgezeigten vielfachen Brüche genannt – etwa auch, dass als Beschwerdegericht für Urteils- und Hauptverhandlungsprotokollsberichtigungsbeschlüsse auch im bezirksgerichtlichen Verfahren das Oberlandesgericht fungieren soll (§ 270 Abs 3 zweiter Satz iVm § 271 Abs 7 fünfter Satz [§ 447]; siehe weiters unten zu Art III Z 29). Von ständigen unterjährigen Berichtigungen ist aber dringend abzuraten. Statt dessen sollte einmal **mit der in einem Rechtsstaat unbedingt gebotenen Sorgfalt** das ganze nunmehrige Gesetz auf solche Fehler durchgearbeitet und **eine einzige** weitere Berichtigungsnovelle in Aussicht genommen werden, um dem Praktiker die Chance zu lassen, das Gesamtsystem des neuen Strafverfahrens in einer konsolidierten Fassung zu durchdringen. In dieser Zeit könnten problematische Fälle gezielt durch die Generalprokuratur an den OGH herangetragen werden, um diesem die Chance zur Entwicklung von Leitjudikatur zu geben.

18. In Ermangelung eines Rechtsmittelgerichts (13 Os 56/09y) bedarf es auch dieser Änderung nicht. Davon ganz abgesehen, entsteht erneute Begriffsverwirrung. Wenn nämlich klargestellt werden soll, dass die Entscheidung bloß als solche nach § 35 Abs 2 zweiter Fall zu verstehen ist, wäre das Gericht daran nicht gebunden, könnte maW auch danach noch nach § 213 Abs 6 zweiter Satz vorgehen. Wie gesagt, hat der OGH bereits klargestellt, dass (arg „an das Rechtsmittelgericht“ in § 87 Abs 1) keineswegs alle Beschlüsse (§ 35 Abs 2 erster Fall) mit Beschwerde anfechtbar sind, sodass die derzeitige gesetzliche Benennung der Entscheidungsform zutrifft (§ 32 Abs 3 ist in § 33 Abs 1 nicht genannt; sollte die von 13 Os 56/09y angesprochene Lücke vom Gesetzgeber geschlossen werden, wäre darauf Bedacht zu nehmen). Wegen § 33 Abs 1 Z 1 iVm § 31 Abs 4 könnte umgekehrt – um die Anordnung der Hauptverhandlung zu dem werden zu lassen, was sie offenbar sein sollte, nämlich ein contrarius actus zu den Beschlüssen nach § 485 Abs 1 Z 1 bis 3 – in § 485 Abs 1a die Unanfechtbarkeit dieser Entscheidung angeordnet werden (§ 87 Abs 1 aE).

Praktische Probleme sind damit nicht verbunden: Der Beschluss müsste mangels Anfechtbarkeit nicht zugestellt werden (§ 86 Abs 2 erster Satz). Die von § 86 Abs 1 für Beschlüsse verlangte Begründung macht keine Probleme (zB: „weil keine der in Z 1 bis 3 genannten Umstände aus Strafantrag und Akteninhalt ersichtlich sind“). Dafür aber erzeugt ein (unanfechtbarer) Beschluss im Gegensatz zu einer bloß prozessleitenden Verfügung Sperrwirkung für das entscheidende Organ.

24. S oben zur Z 6 lit e. Die Änderung berücksichtigt zudem nicht, dass § 364 Abs 1 Z 3 hier ins Leere geht und nennt keinen gesetzlichen Richter.

28. Es sollte auch die Harmonisierung des in § 485 Abs 2 genannten Verfolgungshindernisses mit anderen dieser Art und eine begriffliche Konsolidierung der völlig verschieden geregelten gleichartigen Anordnungen (s eingehend: 13 Ns 44/09p [Punkt 2]) vorgenommen werden.

29. Das Zitat müsste richtig lauten „mit Ausnahme des § 468 Abs 2 zweiter Halbsatz). Ergänzend ist hier die verfehlte Verweisungstechnik zum bg Verfahren anzuführen, die – vom Entwurf übersehen – in der Kommentarliteratur aufgearbeitet wurde (*Ratz*, WK-StPO § 468 insbesondere Rz 29 § 473 Rz 13 und §§ 474-476 Rz 1a).

Zuletzt ist darauf zu verweisen, dass dann, wenn man § 5 Abs 1 erster Satz als – seit 1. Jänner 2008 geltendes – Analogieverbot für Zwangsmaßnahmen begreift, dem OGH (und auch Berufungsgerichten) seit diesem Zeitpunkt keine sitzungspolizeilichen Befugnisse mehr zukommen.

Wien, am 23. September 2009
Hon.-Prof. Dr. Griss