

UNIVERSITÄT INNSBRUCK
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
INSTITUT FÜR STRAFRECHT, STRAFPROZESSRECHT
UND KRIMINOLOGIE

A-6020 Innsbruck, Innrain 52
Univ.-Prof. Dr. Andreas Venier



Stellungnahme
zum
Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2014
(BMJ-S578.028/0001-IV 3/2014)

Folgende Änderungen der StPO und des StAG (Art 1, 4 Entw) sind bedenklich:

1. Sehr bedenklich ist die Definition des Strafverfahrens in § 1 Abs 2 und 3 StPO Entw in Zusammenschau mit § 35c StAG Entw.

Laut Entwurf beginnt das Strafverfahren, sobald Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft zur Aufklärung eines „Anfangsverdachts“ gegen eine bekannte oder unbekannt Person ermitteln (§ 1 Abs 2 StPO Entw). Ein Anfangsverdacht erfordert hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für ein gerichtlich strafbares Delikt (§ 1 Abs 3 StPO Entw). Nach den Erläuterungen (S 3) soll *die Phase der Ermittlungen bis zur Konkretisierung des Verdachts* noch keine Beschuldigung bedeuten, der davon Betroffene soll „Verdächtiger“ heißen (§ 48 Abs 1 Z 1 StPO Entw).

Schon derzeit ist es möglich, zwischen Beschuldigten und bloß angezeigten Personen zu unterscheiden, denn nicht jeder Angezeigte ist „konkret verdächtig“ (§ 48 Abs 1 Z 1 StPO). Wenn die Unterscheidung lediglich dazu diene, Angezeigte von Beschuldigten terminologisch abzugrenzen, um Angezeigte nicht öffentlich als „Beschuldigte“ bloßzustellen (so vordergründig die Intention der Erläuterungen S 2), wäre gegen die Neuerung nichts einzuwenden. Aber die Neuerung verfolgt andere Ziele. Daran lassen § 35c StAG Entw und die darauf bezogenen Erläuterungen (S 21) keinen Zweifel. Danach hat der Staatsanwalt von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abzu- sehen, wenn kein Anfangsverdacht besteht oder die Verfolgung des Angezeigten aus rechtlichen Gründen unzulässig wäre. Vor der „Einleitung“ gibt es kein Strafverfahren und auch keine Möglichkeit des Opfers, sich gegen eine Nicht-Einleitung mit einem Antrag nach § 195 StPO auf Fortführung des Ermittlungsverfahrens zur Wehr zu setzen.

Nehmen wir folgendes Beispiel. Ein Bürgermeister weigert sich, gewisse Nachbarrechte im Bauverfahren einzuhalten. Ein Betroffener zeigt den Bürgermeister schließlich wegen Amtsmissbrauchs bei der Staatsanwaltschaft an. Der Staatsanwalt kommt nach Studium der Anzeige zum Ergebnis, der angezeigte Sachverhalt sei kein Amtsmissbrauch: das Verhalten des Bürgermeisters könne man noch als rechtlich vertretbar ansehen; oder: der Bürgermeister habe nicht wissentlich gegen Rechtsvorschriften verstoßen bzw ohne Schädigungsvorsatz gehandelt, oder: der angezeigte Amtsmissbrauch sei verjährt (vgl 17 Os 13/13k). So verständigt der Staatsanwalt den Anzeiger davon, dass „die Verfolgung des Angezeigten aus rechtlichen Gründen“ unzulässig wäre und der Anzeiger darum kein Recht habe, die Fortführung des Verfahrens nach § 195 StPO zu beantragen (§ 35c StAG-Entw). Alle Umstände, welche die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit der Tat ausschließen, sind Umstände, die es unzulässig machten, den Anzeiger zu verfolgen, nicht nur Fälle der Verjährung, wie die Erläuterungen (S 21) andeuten.

Der Entwurf nimmt dem Opfer gerade in heiklen Fällen die Möglichkeit, die Entscheidung des Staatsanwalts durch ein Gericht überprüfen zu lassen. Freilich kann das Opfer eine Dienstaufsichtsbeschwerde an die Oberstaatsanwaltschaft (§ 37 StAG) erheben, aber das kann es immer, und es steht ganz im Ermessen der Oberbehörde, wie sie mit dieser „Beschwerde“ umgeht. Es gibt keinen Anspruch des Opfers auf Erledigung. § 195 StPO wurde eingeführt, weil sich der Strafprozessreformgesetzgeber mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde nicht begnügen, sondern ausdrücklich eine gerichtliche Missbrauchskontrolle schaffen wollte (25 BlgNR 22. GP 235). Diese Missbrauchskontrolle durch ein unabhängiges Gericht kann der Staatsanwalt künftig über die „Hintertür“ des § 35c StAG Entw iVm § 1 Abs 2, 3 StPO Entw leicht umgehen: Er verneint schlicht einen Anfangsverdacht, zB weil noch keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für ein Delikt vorliegen, oder weil aus seiner Sicht der angezeigte Sachverhalt strafrechtlich nicht relevant ist.

Der Entwurf will dem OGH entgegenkommen (Erl S 21); dieser lässt ein Strafverfahren erst beginnen, wenn die Kriminalpolizei oder der Staatsanwalt wegen eines Verdachts einer Straftat „tätigwerden“ (JBl 2012, 671 mit Anm *Venier*). Der Entwurf geht aber weiter als der OGH, indem er für ein Ermitteln mehr als irgendein Tätigwerden verlangt. Nach dem Entwurf soll kein Ermitteln vorliegen, wenn sich Staatsanwalt und Kriminalpolizei ihre Informationen aus „allgemein zugänglichen Informationsquellen“ beschaffen (§ 91 Abs 2 StPO Entw), zB aus dem Internet, Grundbuch oder Firmenbuch (Erläuterungen S 3). Solange also der Staatsanwalt eine Anzeige zB mit Hilfe des Internets nur prüft, liegt kein Ermittlungsverfahren vor, selbst wenn er einen Anfangsverdacht vorläufig für gegeben hält. Wenn der Staatsanwalt aufgrund der Internetrecherche (zB über Google) zum Ergebnis kommt, es bestehe doch kein Anfangsverdacht; oder zB nach Studium des Wiener Kommentars (auch er ist allgemein zugänglich) die Tat für doch nicht strafbar hält, braucht er ein Ermittlungsverfahren nicht „einleiten“: er sieht von der Einleitung nach § 35c StAG Entw ab (siehe oben). Dagegen gibt es nach dem System der geltenden StPO keine „Einleitung“ des Ermittlungsverfahrens. Das Strafverfahren wird materiell verstanden, eine „formfreie Aufklärungsphase“ wollte der Gesetzgeber vermeiden (25 BlgNR 22. GP 25). Der Entwurf bricht mit diesem System der StPO, zumindest schafft er Möglichkeiten, es zu umgehen. Die Strafverfolgungsbehörden haben es in der Hand, den Beginn des Strafverfahrens hinauszuschieben, indem sie „nur“ prüfen, aber (noch) nicht „ermitteln“. Auch dadurch können sie das Recht des Opfers, einen Fortführungsantrag zu stellen, leicht umgehen.

Ein Anfangsverdacht liegt nach § 1 Abs 2 StPO Entw vor, wenn aufgrund hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung begangen worden ist; und nach § 2 Abs 1 StPO Entw entsteht die Pflicht der Polizei und des Staatsanwalts zur Aufklärung des Sachverhalts erst dann, wenn ein Anfangsverdacht besteht. Angenommen eine Polizeistreife bemerkt bei einem Haus eine zerbrochene Fensterscheibe. Ursächlich für den Schaden könnte zB der Fußball eines spielenden Kindes, die Unachtsamkeit eines Hausbewohners, eine Windböe, aber auch ein Einbrecher oder Vandalen sein. Möglich wäre eine Straftat (Einbruchsdiebstahl, Sachbeschädigung) durchaus, aber der vorliegende tatsächliche Anhaltspunkt, das zerbrochene Fenster, lässt ebenso andere Erklärungen zu. Darf sich die Polizeistreife die Variante aussuchen und nichts tun oder muss sie wenigstens die Umstände klären, zB den Hausbesitzer fragen? Oft lassen sich die hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat erst gewinnen, wenn man mehrdeutige oder vage Umstände abklärt. Dass die Polizei generell darauf verzichten dürfte, solche Umstände abzuklären, erschiene nicht vertretbar. Die im Entwurf vorgenommene Definition des Anfangsverdachts würde den Grundsatz der Amtswegigkeit und Verfolgungspflicht (§ 2 StPO) nicht unerheblich einschränken.

2. Die Strafverfügung (Mandatsverfahren nach § 491 StPO Entw) ist abzulehnen.

Die Abschaffung der Strafverfügung bei Einführung der Diversion hatte überzeugende rechtsstaatliche Gründe. So kann man in den Erläuterungen zur Strafprozessnovelle 1999 ua lesen (1581 BlgNR 20. GP 23):

„Das Mandatsverfahren ist aber schon darüber hinaus grundsätzlich problematisch, weil es lediglich auf Grund der Aktenlage und ohne dass der Verdächtige gehört wird, also ohne dass das Gericht einen persönlichen, unmittelbaren Eindruck vom Verdächtigen und den Beweismitteln gewinnt, zu einer gerichtlichen (Vor-)Entscheidung kommt, gegen die der Verdächtige aktiv werden und die Einspruchsfrist wahren muss, um eine gerichtliche Verurteilung zu verhindern.“

Diese Bedenken bleiben aufrecht. Dass der Angeklagte zum Anklagevorwurf schon vernommen worden sein muss (§ 491 Abs 1 Z 1 Entw), sagt nicht, dass ihn der Richter selbst zu allen Anschuldigungen, Verdachtsgründen und Beweismitteln gehört haben muss. Die Vernehmung muss nur „gemäß § 164“ erfolgen. So kann der Richter die Vernehmung zum Anklagevorwurf auch der Kriminalpolizei überlassen. Ja schon die Vernehmung durch die Polizei im Ermittlungsverfahren kann der Sache nach eine Vernehmung „zum Anklagevorwurf“ sein, nämlich dann, wenn sich der Vorwurf im Strafantrag mit dem der Polizei im Abschlussbericht deckt, was regelmäßig der Fall sein wird. In der Hauptverhandlung dagegen muss der Angeklagte immer vom Richter selbst vernommen werden, und der Angeklagte hat dort die Möglichkeit, sich persönlich vor dem Richter zu rechtfertigen und in seiner Gegenwart Fragen insbesondere an Belastungszeugen zu stellen. Eine persönliche Anhörung durch den Richter muss im Mandatsverfahren, wie schon die Materialien zur Strafprozessnovelle 1999 kritisierten, nicht stattfinden.

Eine Anhörung nur durch die Polizei kann man nicht als Anhörung „in billiger Weise“ durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinn des Art 6 Abs 1 MRK bezeichnen. Freilich kann der Angeklagte gegen die Strafverfügung innerhalb von zwei Wochen Einspruch erheben, dann wird die Strafverfügung gegenstandslos und die Hauptverhandlung muss durchgeführt werden (§ 491 Abs 7 StPO Entw). Aber wenn sich der Angeklagte nicht rührt, zB weil er keinen Verteidiger hat, der für ihn tätig wird, ist er vorbestraft. Dass der Angeklagte mit allem, der Strafverfügung und dem Entfall der Hauptverhandlung, einverstanden ist, nur weil er keinen Einspruch erhoben hat, ist eine Unterstellung zu seinem Nachteil. Die MRK schließt zwar nicht aus, dass der Angeklagte auf eine mündliche und öffentliche Verhandlung verzichtet, aber wirksam ist der Verzicht nur, wenn er ausdrücklich erklärt ist und ihm kein öffentliches Interesse entgegensteht (*Grabenwarter/Pabel* EMRK⁵ [2012] 439f Rz 91f). Dass Kriminalstrafen nur in einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung verhängt werden, liegt im öffentlichen Interesse, und es wiegt schwerer als das Interesse des Justizministeriums (Erläuterungen S 5), Verfahren zu beschleunigen und Kosten für Hauptverhandlungen zu sparen.

Die Strafverfügung kann sich – entgegen den Erläuterungen (S 18) – nicht am gekürzten Urteil (§ 270 Abs 4 StPO) „orientieren“. Einem Urteil muss immer eine Hauptverhandlung mit mündlicher Beweisaufnahme vorangehen. Der Richter hat auch vor einem Urteil, das er hinterher gekürzt ausfertigt, den Angeklagten und die Zeugen selbst gehört, bei Erlass einer Strafverfügung muss er nicht einmal den Angeklagten gehört haben.

Die Strafverfügung alten Typs war nur im Verfahren vor dem BG zulässig, der Beschuldigte musste auf freiem Fuß sein und konnte höchstens zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen (45 Tage Ersatzhaft) verurteilt werden (§ 460 StPO alt). Nach dem Entwurf kann – auf Antrag des Staatsanwalts – auch der Einzelrichter des LG eine

Strafverfügung erlassen, er kann darin Geldstrafen oder Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr aussprechen (§ 491 Abs 2 StPO Entw), und zwar auch gegen Angeklagte in Untersuchungshaft. Die Erläuterungen (S 18) bewerben die Strafverfügung sogar als Mittel zur Verkürzung der Untersuchungshaft. In Wahrheit bietet das Mandatsverfahren eine weitere Gelegenheit, den Beschuldigten mit der Haft zu „erpressen“. Schon die Polizei kann dem Beschuldigten die Strafverfügung „schmackhaft“ machen: Der Beschuldigte brauche nur zu gestehen und das Verfahren werde kurz und schmerzlos sein, ohne lange Ermittlungen und ohne (lange) Haft. Einen Verteidiger, der ihn beraten könnte, hat der Beschuldigte vor der Polizei in der Regel nicht (*Birklbauer/Starzer AnwBl 2011, 120*). Die „Erpressung“ kann ihre Fortsetzung vor dem Staatsanwalt finden. Er legt dem Beschuldigten ein Geständnis nahe und bietet ihm an, sich beim Richter für eine Erledigung im kurzen Weg zu verwenden, denn nur der Staatsanwalt kann die Strafverfügung beim Richter beantragen (§ 491 Abs 1 StPO Entw). Der Richter wird dem Antrag gerne entsprechen, weil der Angeklagte gestanden hat und die Hauptverhandlung nur Zeitverschwendung wäre. Dafür wird die Strafe milder bemessen. Wie das Geständnis zustande gekommen ist und ob es wirklich mit den Ermittlungsergebnissen in Einklang zu bringen ist, danach fragt hinterher niemand. „Ungehorsame“ Beschuldigte aber, die sich auf einen „Deal“ mit dem Staatsanwalt nicht einlassen, bleiben länger in Untersuchungshaft und müssen, auch wegen der längeren Untersuchungshaft, mit längeren Freiheitsstrafen rechnen.

Die Strafverfügung ist dem Angeklagten samt dem Strafantrag „auf die in § 83 Abs 3 bezeichnete Weise“ zuzustellen (§ 491 Abs 4 StPO Entw), also auch an den Verteidiger. Wenn der Angeklagte auf den Einspruch gegen die Strafverfügung verzichtet oder innerhalb der Frist von 14 Tagen keinen erhebt, ist die Strafverfügung endgültig, sie steht einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 491 Abs 6, 8 Entw). Wenn der Angeklagte in Untersuchungshaft ist, können ihm Strafantrag und Strafverfügung dort zugestellt werden, zB durch einen Rechtspraktikanten. Niemand hindert den Richter daran, den Rechtspraktikanten anzuweisen, dem Angeklagten auch einen Einspruchsverzicht zur Unterschrift vorzulegen. Der Angeklagte wird gerne unterschreiben, wenn er erfährt, dass mit seiner Unterschrift das Verfahren zu Ende ist und ihm – schon in der Strafverfügung oder später? – die Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet wird. Dem Verteidiger aber sind durch den Verzicht des Mandanten die Hände gebunden. § 57 Abs 2 letzter Satz StPO gilt nur für den Verzicht „auf Rechtsmittel gegen das Urteil“. Der Einspruch ist kein Rechtsmittel, nur ein Rechtsbehelf, und die Strafverfügung kein Urteil, sondern steht einem Urteil nur gleich.

Unerfreulich sind auch die Folgen für die Diversion. Zwar soll die Strafverfügung nur erlassen werden dürfen, wenn eine diversionelle Erledigung etwa wegen schwerer Schuld oder spezial- oder generalpräventiver Bedenken nicht mehr in Frage kommt (§ 491 Abs 1 Z 2 StPO Entw; Erläuterungen S 17). Die Strafverfügung soll also keine Alternative zur Diversion sein. Aber das Gegenteil ist zu befürchten. Es besteht die Gefahr, dass die Praxis den Weg „des geringsten Widerstands“ geht. Die Strafverfügung erspart dem Richter – auf ausdrücklichen Wunsch des Staatsanwalts (§ 491 Abs 1 StPO Entw) – die Hauptverhandlung, sie erspart ihm ferner Mitteilungen, Fristvormerkungen und Beschlüsse, die bei diversionellen Erledigungen nötig wären. Wenn der Richter aber dennoch eine Diversion durchführt, muss er mit dem Widerstand des Staatsanwalts rechnen, der dagegen Beschwerde erheben kann. Auch für den Staatsanwalt ist die Strafverfügung eine arbeitssparende Alternative zur Diversion. Das gilt besonders für sozialkonstruktive Maßnahmen wie Tauschgleich, Probezeit mit Verpflichtungen und gemeinnützige Leistungen, bei denen der Staatsanwalt den Fall über längere Zeit betreuen muss. Der Strafantrag ist die viel „einfachere“ Lösung, vor allem wenn das Gericht dem Staatsanwalt durch die Strafverfügung die zeitraubende Sit-

zungstätigkeit in einer Hauptverhandlung erspart. So wird der Staatsanwalt gerne auf den Strafantrag und die Strafverfügung „ausweichen“. Der Entwurf ist eine ernste Gefahr für die Diversion!

Univ.-Prof.-Dr. Andreas Venier