



1 Präs. 1621-4763/15z

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs
zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Strafprozessordnung 1975,
das Strafvollzugsgesetz und das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geändert werden
(Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015)**

Änderungen der StPO

Vorangestellt wird, dass der Oberste Gerichtshof in der Vergangenheit wiederholt bewiesen hat, dass ihm der Schutz der Grundrechte ein hohes Anliegen ist (s etwa die Judikatur zum erweiterten Anwendungsbereich der Erneuerung des Strafverfahrens nach § 363a StPO [RIS-Justiz RS0122228]).

Wahrung der Grundrechte bedeutet aber nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts, sondern verlangt auch die Gewährleistung der Grundrechte der von einer Straftat betroffenen Personen durch Sicherstellung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege. Der Rechtsstaat kann nur Bestand haben, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Verfahrensgestaltungen, die den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege dienen, verletzen daher nicht schon dann den grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten dabei eine Zurücksetzung zugunsten einer wirksameren Strafrechtspflege erfahren. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.

Einer der tragenden Grundsätze des österreichischen Strafprozesses ist das Gebot zur Erforschung der materiellen Wahrheit (§ 3 Abs 1, § 232 Abs 2 StPO). Rechtliche Einschränkungen dieses gesetzlichen Gebots durch Schaffung von (neuen) Beweisverboten

sollten sich auf solche beschränken, die aus grundrechtlicher Sicht unabdingbar sind (vgl. *Kirchbacher*, WK-StPO § 246 Rz 59 ff; *Michel-Kwapinski*, WK-StPO § 166 Rz 4).

§ 133 Abs 5, § 281 Abs 1 Z 3, § 345 Abs 1 Z 4, 468 Abs 1 Z 3:

Das geplante Beweisverwendungsverbot nach § 133 Abs 5 StPO bedeutet in seinen Auswirkungen den Verzicht auf eine effektive Bekämpfung von – tatsächlich begangenen – schweren Straftaten, insbesondere im Bereich der Suchtgiftkriminalität.

Dabei geht das vorgeschlagene Verbot sogar weit über das nach Meinung der Erläuterungen zum Gesetzesentwurf aufgrund der Entscheidung des EGMR vom 23.10.2014, 54.648/09, *Furcht/Deutschland*, Erforderliche hinaus.

Zum einen verbietet § 5 Abs 3 StPO jede Verleitung zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat. Dem entgegen beurteilt der EGMR nur solche Verleitungen zu Straftaten als gegen Art 6 Abs 1 MRK verstoßende unzulässige Tatprovokation, bei der die Beamten einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Tat verleitet wird, die sie sonst nicht begangen hätte, wobei Beurteilungskriterien hierfür sind, ob objektive Verdachtsmomente dafür bestanden haben, dass die Person an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder der Begehung einer Straftat zugeneigt war, und ob auf sie Druck ausgeübt wurde, die Tat zu begehen. Eine im Wesentlichen passive Haltung geben die Behörden etwa dann auf, wenn die Person wiederholt kontaktiert wird, das Angebot trotz anfänglicher Weigerung wiederholt wird, die Person beharrlich aufgefordert, überredet oder unter (psychischen) Druck gesetzt wird (vgl. RIS-Justiz RS0130354).

Zum anderen lässt der geplante Wortlaut des § 133 Abs 5 StPO auf einen generellen Ausschluss von aufgrund eines Verstoßes gegen § 5 Abs 3 StPO gewonnenen Erkenntnissen als Beweismittel in irgendeinem Strafverfahren schließen und beschränkt sich nicht auf ein – dem Telos der bezeichneten EGMR-Entscheidung entsprechendes – Verwendungsverbot nur zum Nachweis der vom Verstoß betroffenen Straftat. Wenn durch die Vorführung des Beweismittels eine andere Tat, als die, zu der der Angeklagte verleitet wurde, nachgewiesen werden könnte, wäre dies also auch unzulässig. Ebenso wenig zulässig wäre die Einbringung der Erkenntnisse zum Vorteil des Angeklagten (vgl. *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 214).

Wie das deutsche Bundesverfassungsgericht (2 BvR 209/14) und der Senat 1 des BGH (1 StR 128/15 und 1 StR 7/15) mit zutreffenden Argumenten – auf die an dieser Stelle verwiesen sei – aufgezeigt haben, erfordert Art 6 Abs 1 MRK in der Auslegung des EGMR selbst bei einer konventionswidrigen Tatprovokation nicht die Annahme eines generellen Beweisverwendungsverbots.

Der Gesetzgeber sollte darauf vertrauen, dass konventionskonforme Entscheidungen in Fällen unzulässiger Tatprovokation auch ohne gesetzliche Normierung eines Beweisverwendungsverbots durch die bewährte Leitjudikatur des Obersten Gerichtshofs zu § 281 Abs 1 Z 4 StPO sichergestellt werden können. So kann durch die Rechtsprechung gravierenden Fällen von Tatprovokation iSd vom EGMR genannten Kriterien auch durch Ausschluss von Beweismitteln Rechnung getragen werden (vgl die Judikatur zum Verbot des bloß indirekten Einbringens der Aussage eines verdeckten Ermittlers [RIS-Justiz RS0118778; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 231]).

Es wird daher empfohlen, § 133 StPO unverändert zu lassen und demgemäß auch eine Erweiterung der Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 3, § 345 Abs 1 Z 4, 468 Abs 1 Z 3 StPO zu unterlassen.

§ 156 Abs 1 Z 2:

Der Begriff „kontradiktorische Einvernahme“ wurde bereits mit BGBl I 2015/112 in „kontradiktorische Vernehmung“ berichtigt, diese (mit 1.1.2016 in Kraft tretende) Formulierung (s § 165) sollte beibehalten werden.

§ 157 Abs 2:

Gegen die vorgeschlagene Ausweitung des Umgehungsverbots des § 157 Abs 2 StPO auf jene Unterlagen oder auf Datenträger gespeicherte Informationen, die sich in der Verfügungsmacht einer anderen Person befinden, bestehen gravierende Bedenken.

Die Erläuterungen begründen die Ausweitung des Umgehungsverbots mit Art 4 der RL Rechtsbeistand. Dieser normiert (nur) das Gebot der Beachtung der Vertraulichkeit der Kommunikation (Treffen, Schriftverkehr, Telefongespräche und sonstige nach nationalem Recht zulässige Kommunikationsformen) zwischen Verdächtigen oder beschuldigten Personen und ihrem Rechtsbeistand bei der Wahrnehmung des im Rahmen der Richtlinie vorgesehenen Rechts auf Zugang zu diesem.

„Vertraulich“ ist eine Kommunikation oder Information aber nur dann, wenn sie von den Betroffenen selbst so behandelt, nicht aber, wenn sie von diesen aus eigenem nach außen preisgegeben wird. Informationen des Verteidigers, die von ihm ohne Zutun der Strafverfolgungsbehörden aus der Hand gegeben wurden, sind daher nicht mehr als vertraulich anzusehen. Daher kann auch keine Pflicht bestehen, eine nicht mehr vorhandene Vertraulichkeit zu wahren. Gegenteiliges hätte zur Konsequenz, dass sogar ein vor laufenden

TV-Kameras geführtes Gespräch des Verteidigers mit seinem Mandanten im Strafverfahren nicht verwertet werden dürfte.

Im Übrigen geht § 157 Abs 1 Z 2 StPO schon in der geltenden Fassung ohnedies insoweit über die Richtlinie hinaus, als er alle (somit auch von anderen als dem Beschuldigten) empfangenen Informationen des Verteidigers in dieser Eigenschaft umfasst.

Art 4 der RL Rechtsbeistand erfordert daher nicht, das Sicherstellungs- und Beschlagnahmeverbot auf in der Hand Dritter befindliche Informationen auszuweiten.

Art 4 der RL Rechtsbeistand bezieht sich nur auf den Rechtsbeistand (Verteidiger). Für alle anderen in § 157 Z 2 bis 5 StPO genannten Personen begründen die Erläuterungen die geplante Erweiterung des Umgehungsverbots nur mit einem – nicht näher erläuterten – „Gleichheitsgebot“. Grundrechtlich gebotene Umstände zur Einschränkung der Wahrheitsfindung werden hinsichtlich dieser Personen nicht dargelegt und sind auch nicht ersichtlich.

Es wird daher empfohlen, § 157 Abs 2 StPO unverändert zu lassen.

§ 164 Abs 2, § 245 Abs 3:

Gegen die geplante Möglichkeit, dass sich der Beschuldigte bei seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung vor der Beantwortung jeder einzelnen Frage mit seinem Verteidiger beraten können soll, bestehen ebenfalls gravierende Bedenken.

Wie in den Erläuterungen (S 15) selbst ausgeführt wird, verlangt Art 3 der RL Rechtsbeistand eine derart weitgehende Eingriffsmöglichkeit des Verteidigers in die Wahrheitsfindung nicht. Warum Kritik an der – durch § 249 Abs 2 StPO im Übrigen in sachlich gerechtfertigter Weise limitierten (vgl dazu *Kirchbacher*, WK-StPO § 249 Rz 34 ff, zum Rechtsschutz Rz 41) – Einschränkung des Fragerechts des Verteidigers dazu führen soll, dass dem Verteidiger (anstelle einer Erweiterung des Fragerechts; so Vorschlag *Ratz* im Schlussbericht der Arbeitsgruppe Strafprozess, S 22f) zugestanden wird, die Antworten des Angeklagten auf an diesen gerichtete Fragen vorzugeben (so Vorschlag *Koenig*, Schlussbericht S 22), ist nicht einsichtig.

Während die Aussage des Angeklagten in seiner Vernehmung Beweismittel und damit Gegenstand der Beweiswürdigung nach § 258 StPO ist (*Lendl*, WK-StPO § 258 Rz 19), gilt dies für die Prozessbehauptungen seines Verteidigers nicht (*Danek*, WK-StPO § 255 Rz 26). Die Beantwortung einer Frage erst nach Beratung über die Antwort mit dem Verteidiger hat zur Folge, dass der Angeklagte keine eigene – einer Glaubwürdigkeitsprüfung zugängliche – Aussage ablegt, sondern im Ergebnis als Sprachrohr seines Verteidigers dessen

Prozessbehauptungen wiedergibt. Der Sache nach bedeutet dies, dass die Antwort des Angeklagten durch die seines Verteidigers ersetzt wird. Die Wertung der Aussage des Angeklagten als Beweismittel und Gegenstand der Beweiswürdigung wäre damit nicht mehr aufrecht zu erhalten. Damit käme aber der Aussage des Angeklagten keine prozessual relevante Bedeutung mehr zu.

Vergleichsweise kann die Aussage des Verteidigers als Machthaber im bg und medienrechtlichen Verfahren (§ 455 StPO, § 41 Abs 4 MedienG) – die in ersten Linie bei geständigen Angeklagten Platz greift – durch den Richter im Interesse der Wahrheitsfindung abgelehnt werden.

Aus prozessökonomischer Sicht ist davon auszugehen, dass die Vernehmungen im Ermittlungsverfahren und die Hauptverhandlungen in den Fällen nicht geständiger Angeklagter – entgegen dem Beschleunigungsgebot (§ 9 StPO) – idR deutlich länger dauern werden.

Aus kriminalpolitischer Sicht ist eine Weiterentwicklung in Richtung „Zwei Klassen-Justiz“ zu befürchten, steht doch unvertretenen Angeklagten in Verfahren ohne notwendige Verteidigung bei ihrer Vernehmung kein „Souffleur“ zur Verfügung und kann die Empfehlung des Verteidigers, wie eine Frage zu beantworten sei, wohl nicht durch richterliche Manuduktionspflicht in dieser Richtung kompensiert werden.

§ 164 Abs 2 erster Satz und § 245 Abs 3 StPO sollten daher unverändert gelassen werden.

§ 489 Abs 1:

Die vorgeschlagene Richtigstellung „§ 281 Abs 1 Z 1a“ erfolgte bereits mit BGBl I 2015/112 und ist daher obsolet.

Darüber hinaus werden folgende redaktionelle Richtigstellungen der StPO vorgeschlagen:

In § 236 Abs 1 sollte das Klammerzitat „§ 48 Abs 1 Z 4“ durch „§ 48 Abs 1 Z 5“ ersetzt werden (weil der Verteidigerbegriff seit BGBl I 2014/71 unter dieser Ziffer definiert ist).

In § 255 Abs 2 sollte das Wort „Staatsanwälte“ durch „Ankläger“ ersetzt werden (weil es möglich ist, dass auch im Privatanklageverfahren ein – nicht mit dem Privatankläger

identer – Privatbeteiligter einschreitet; vgl *Korn/Zöchbauer*, WK-StPO § 69 Rz 3 und 5; *Spenling*, WK-StPO Vor §§ 366-379 Rz 31 ff und § 369 Rz 23).

Wien, am 16. Dezember 2015

Dr. Ratz

Elektronisch gefertigt