

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: team.s@bmj.gv.at

ZI. 13/1 15/180

BMJ-S578.029/0002-IV/ 3/2015

**BG, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz und das
Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geändert werden
(Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2015)**

Referent: VP Dr. Elisabeth Rech, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung
des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Der gegenständliche Entwurf beschäftigt sich inhaltlich mit drei Schwerpunkten. Thema sind die verfahrensrechtliche Umsetzung der Richtlinie Opferschutz, die Verankerung einer gesetzlichen Grundlage für die Abfrage von Strafverfolgungsbehörden im Kontenregister und die Erweiterung des Rechtsschutzes im Strafverfahren durch die teilweise Umsetzung der Richtlinie Rechtsbeistand sowie die Umsetzung der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Problematik des agent provocateur.

1.) Zur Umsetzung der Richtlinie Opferschutz

Die Erläuternden Bemerkungen (Allgemeiner Teil) weisen darauf hin, dass in Österreich bereits ein hohes Niveau des Opferschutzes im Strafverfahren besteht und sich daher der Umsetzungsbedarf auf einige wenige Aspekte beschränke. Tatsächlich ist der Opferschutz insbesondere ab dem Strafprozessreformgesetz 2004 stetig ausgebaut worden. Diese Entwicklung setzt sich weiter fort. Der gegenständliche Entwurf enthält neue Bestimmungen, die zur Stärkung der Opferrechte zu begrüßen sind. Es ist jedoch darauf zu achten, dass Beschuldigtenrechte entsprechend gewahrt bzw. angepasst werden. Und es ist bei

jeder neuen Regelung auch auf ihre Auswirkungen auf den Strafprozess und die Position des Beschuldigten Bedacht zu nehmen.

Zu Ziffer 5 (§ 25 Abs 7 StPO)

Die RL Opferschutz sieht vor, dass lediglich Opfer einer Straftat unter bestimmten Bedingungen Anzeige bei den Behörden ihres Wohnsitzmitgliedstaates erstatten können, welche dann auf Verlangen des Opfers an die zuständige Behörde des Mitgliedstaates, in dem die Straftat verübt wurde, zu übermitteln sind.

Der Entwurf geht über die RL Opferschutz hinaus und möchte dieses Recht jedem Anzeiger einer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union begangenen Straftat zugestehen.

Die vom Entwurf vorgesehene Ausweitung erscheint zu weitgehend und wird angeregt, entsprechend der RL Opferschutz diese Möglichkeit lediglich Opfern einer Straftat einzuräumen. Die Ausweitung auf alle Anzeiger erscheint überschießend und sachlich nicht gerechtfertigt:

Opfer haben ein berechtigtes eigenes Interesse an der Aufklärung einer sie betreffenden Straftat. Ihnen kann es zudem faktisch (mangels Ressourcen) oder emotional in vielen Fällen nicht zugemutet werden, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union Anzeige zu erstatten. Anders verhält es sich hingegen bei einem von der Straftat nicht betroffenen Anzeiger, dem – so er ein Interesse an der Aufklärung der Straftat hat – jedenfalls zugemutet werden kann, direkt Anzeige in dem betreffenden Mitgliedstaat der Europäischen Union zu erstatten.

Aus systematischen Gründen wird zudem angeregt, die vorgeschlagene Bestimmung als Abs 4 des § 10 StPO, der die Beteiligung der Opfer am Strafverfahren normiert, einzufügen und nicht wie vorgeschlagen als Abs 7 des § 25 StPO:

Die vorgeschlagene Regelung räumt Opfern einer Straftat das Recht der Anzeigeerstattung in einem anderen als dem Tatortstaat ein. Damit wird das Recht eines Opfers normiert. Nicht hingegen normiert die vorgeschlagene Regelung die Zuständigkeit einer bestimmten (österreichischen) Staatsanwaltschaft, von der derartige Anzeigen behandelt oder von der derartige Anzeigen weitergeleitet werden müssen. Nach dem vorgeschlagenen Gesetzestext ist die Staatsanwaltschaft, bei der die Anzeige erstattet wurde, für die Weiterleitung zuständig. Einer näheren Zuständigkeitsregelung bedarf es daher nicht.

Zu Ziffer 12 bis 17, 20, 35, 39 und 40 (§§ 65 Z 1 lit a und b; 66 Abs 1 Z 1a und 1b; 66 Abs 1 Z 5; 66 Abs 3 und 4; 66a; 80 Abs 1; 156 Abs 1 Z 2; 165 Abs 3 und 4)

Die vorgeschlagene Ausweitung bzw. Klarstellung von Opferrechten wird ausdrücklich begrüßt.

Recht des Opfers auf Bestätigung der Anzeige

Nach den Erläuterungen hat diese Bestätigung Aktenzeichen, Datum und Ort der Anzeigenerstattung sowie Angaben zur Art der Straftat, der Tatzeit und dem Tatort sowie den durch die Straftat verursachten Schaden zu enthalten. Diese inhaltliche Anforderung an die Bestätigung der erstatteten Anzeige wird aber nicht gesetzlich normiert. Die Rechtsanwaltschaft regt daher an, die inhaltlichen Anforderungen an die Bestätigung in den Gesetzestext aufzunehmen.

Besondere Schutzbedürftigkeit von Opfern

Eine ehestmögliche Beurteilung der besonderen Schutzbedürftigkeit ist zu befürworten (§ 66 Abs 1 Z 1b StPO), allerdings in Form eines ausdrücklichen gesetzlichen Anspruchs auf schriftliche Feststellung der Zuerkennung der „besonderen Schutzbedürftigkeit“. Dies würde einerseits für den Fortgang des Verfahrens klarstellen, dass einem Opfer die ergänzenden Rechte des § 66a Abs 2 StPO zustehen. Andererseits würde dem Opfer im Falle der Verneinung der besonderen Schutzwürdigkeit ein Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO (im Falle der Beurteilung durch die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft) bzw. Beschwerde nach § 87 Abs 2 2. Satz StPO (im Falle der Verletzung durch das Gesetz) zustehen.

Umgekehrt ist jedoch auch (zumindest in den Erläuterungen) klarzustellen, dass dem Beschuldigten (für den Fall der Zuerkennung der besonderen Schutzwürdigkeit) der Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO (Staatsanwaltschaft) bzw. die Beschwerde nach § 87 Abs 2 2. Satz StPO (Gericht) zusteht.

Die Erläuterungen zu Z 17, 35, 39 und 44 halten in diesem Zusammenhang lediglich fest, dass bei Verweigerung der Rechte von besonders schutzbedürftigen Opfern (§ 66a Abs 2 StPO) dem betroffenen Opfer Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO (Staatsanwaltschaft) bzw. Beschwerde nach § 87 Abs 2 2. Satz StPO (Gericht) zusteht. Zumindest in den Erläuterungen wäre klarzustellen, dass selbstverständlich auch im Falle der Gewährung der besonderen Rechte durch Staatsanwaltschaft bzw. Gericht dem Beschuldigten die gleichen Rechtsmittel (§§ 106 bzw. 87 Abs 2 2. Satz StPO) zustehen müssen.

Damit wird aber die Frage der besonderen Schutzbedürftigkeit lediglich als Vorfrage der konkreten Zuerkennung der besonderen Rechte nach § 66a Abs 2 StPO einer Überprüfung unterzogen. Da § 66a Abs 1 StPO die ehestmögliche Beurteilung und Feststellung der besonderen Schutzbedürftigkeit anordnet, erscheint es sinnvoll, eine Klärung des (Nicht-)Vorliegens der besonderen Schutzbedürftigkeit zu einem möglichst frühen Verfahrensstadium zu erwirken und bereits in einem möglichst frühen Verfahrensstadium eine Überprüfung dieser Beurteilung im Wege eines Einspruchs wegen Rechtsverletzung (§ 106 StPO) bzw. der Beschwerde (§ 87 Abs 2 StPO) zu ermöglichen.

Da nach § 70 Abs 1 StPO besonders schutzbedürftige Opfer über ihre Rechte nach § 66a zu informieren sind, wird vom Gesetz ohnedies bereits vorausgesetzt, dass die Beurteilung der Staatsanwaltschaft bei Bejahung der besonderen Schutzbedürftigkeit (zumindest mittelbar) mitgeteilt werden muss. Umso mehr erscheint es geboten, dass zumindest auf Antrag eines schutzbedürftigen Opfers eine formale

Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen dieser Eigenschaft zu treffen ist. Umgekehrt ist von der Zuerkennung der Rechte nach § 66a Abs 2 StPO auch der Beschuldigte zu informieren, um ihm die Möglichkeit der Erhebung von Rechtsbehelfen einzuräumen.

Übersetzungshilfe

Nach Ansicht der Rechtsanwaltschaft ist es nicht nur für den Beschuldigten absolut notwendig, Strafantrag oder Anklageschrift in seiner Muttersprache zu kennen. Dies muss auch für das Opfer gelten. Strafantrag und Anklageschrift sind daher in den Katalog der wesentlichen Aktenstücke in § 66 Abs aufzunehmen.

Zu Ziffer 44 und 45 (§§ 177 Abs 5 und 181a StPO)

Die Ausweitung der Verständigungspflicht von Opfern wird begrüßt, insbesondere die amtswegige Verpflichtung zur Verständigung von Opfern nach § 65 Abs 1 Z 1 lit a und von besonders schutzbedürftigen Opfern (§ 66a in § 177 Abs 5 StPO).

Nicht nachvollziehbar ist jedoch, warum nicht auch die amtswegige Benachrichtigung von Opfern nach § 65 Abs 1 Z 1 lit a StPO und besonders schutzbedürftiger Opfer nach § 66a StPO im Falle einer Flucht des Beschuldigten gesetzlich verankert wird. Die Flucht eines Beschuldigten ist für eines der genannten Opfer wohl jedenfalls bedrohlicher bzw. belastender, als die (vom Gericht verfügte) Freilassung des Beschuldigten aus der Untersuchungshaft. Gerade im Falle der Flucht eines Beschuldigten erscheint die amtswegige Verständigung des Opfers ganz besonders geboten. Denn während bei einer Entlassung aus der Haft vor Fällung des Urteils 1. Instanz das Gericht offensichtlich die Meinung vertritt, dass etwa Tatverdacht oder Haftgründe nicht mehr gegeben sind, ist dies bei der Flucht nicht der Fall. Gerade bei besonders schutzbedürftigen Opfern erscheint eine Belehrung über die Möglichkeit, die Benachrichtigung bei einer (von vornherein wohl unwahrscheinlichen) Flucht zu beantragen, als nicht ausreichend.

Die Rechtsanwaltschaft erachtet es daher als geboten, die amtswegige Verständigungspflichtung der in § 177 Abs 5 StPO genannten Opfer auch in § 181a StPO zu normieren.

2.) Abfrage von Strafverfolgungsbehörden im Kontenregister

Zu Ziffer 22 bis 24 (§§ 109 Z 3 und 4; 116 StPO)

Dieser Bestimmung ist insofern zuzustimmen, als es sich bei der Auskunft aus dem Kontenregister zweifelsohne um eine weniger eingriffsintensive Maßnahme handelt, als es die Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte darstellt. Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips kann durch die Einsicht in das Kontenregister in einem (möglicherweise) ersten Schritt eine bestehende Verdachtslage bestätigt oder eben ausgeräumt werden, wobei im letzteren Fall die eingriffsintensivere Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte unterbleiben kann.

Nichtsdestotrotz handelt es sich aber auch bei der Auskunft aus dem Kontenregister um eine nach wie vor eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahme. Zu Recht wird daher die Zulässigkeit der Auskunft aus den Kontenregister an die gleichen allgemeinen Voraussetzungen geknüpft, die auch für die Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte gelten (§ 116 Abs 1 StPO).

Die Rechtsanwaltschaft lehnt jedoch die vorgeschlagene Regelung, wonach die Auskunft aus dem Kontenregister durch bloße Anordnung der Staatsanwaltschaft eingeholt werden kann, strikt ab. Da auch die Auskunft aus dem Kontenregister eine eingriffsintensive und die Privatsphäre betreffende Ermittlungsmaßnahme darstellt, ist aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes die bloße Anordnung durch die Staatsanwaltschaft unzureichend. Auch die Auskunft aus dem Kontenregister ist (wie die Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte) an eine gerichtliche Bewilligung zu knüpfen. Den Ausführungen in den Erläuterungen, dass mit der Anordnungsbefugnis durch die Staatsanwaltschaft keine Beeinträchtigung des Rechtsschutzes verbunden wäre, da diese Anordnung durch den Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 StPO) bekämpft werden könne, kann nicht gefolgt werden. Im Unterschied zu einer Beschwerde nach § 87 Abs 1 StPO hat nämlich der Einspruch wegen Rechtsverletzung keine aufschiebende Wirkung. Damit wird aber die gerichtliche Kontrolle auf einen Zeitpunkt verlegt, nach dem die Auskunft aus dem Kontenregister bereits vorliegt. **Aus Sicht des Rechtsschutzes ist es daher unumgänglich, auch die Auskunft aus den Kontenregister nur nach vorangegangener gerichtlicher Bewilligung zuzulassen.**

Auch der in Abs 6 vorgesehenen Einschränkung der aufschiebenden Wirkung lediglich für Beschwerden des Kredit- oder Finanzinstitutes gegen die gerichtliche Bewilligung einer Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte wird entgegengetreten. Dabei handelt es sich nämlich keinesfalls – wie die Erläuterungen ausführen – um eine „legistische Klarstellung“, dass lediglich der Beschwerde von Kredit- und Bankinstituten aufschiebende Wirkung zukäme. Bislang hat jede Beschwerde gegen die gerichtliche Bewilligung der Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte aufschiebende Wirkung, wie aus der Kommentierung zu § 116 StPO im Wiener Kommentar klar hervorgeht:

Flora (in WK-StPO § 116 Rz 123) führt aus: „**Dem Kreditinstitut und anderen Betroffenen stehen zwei verschiedene Rechtsmittel zur Verfügung, gegen die gerichtliche Bewilligung vorzugehen [...] Gegen die gerichtliche Bewilligung kann das Kreditinstitut und jeder dessen bankgeheime Tatsachen von der Beschlagnahme betroffen sind** (Rz 19 f), Beschwerde erheben (§ 87 Abs 1 StPO; *Tipold* § 87 Rz 13).“

Das Beschwerderecht steht also zunächst auch dem zu, dessen bankgeheime Tatsachen von der Beschlagnahme betroffen sind.

Ohne jede weitere Einschränkung auf einen bestimmten Beschwerdeführer (Kredit- und Bankinstitut) vertritt *Flora*, dass der Beschwerde an das OLG **aufschiebende Wirkung** zukommt. Durch die Beschwerde wird die sofortige Sichtung der Unterlagen verhindert. Eine Sicherstellung der Unterlagen ist erst zulässig, wenn das OLG abschließend zu entscheiden hat (aaO Rz 126).

Damit wird von § 116 Abs 6 StPO in der geltenden Fassung die (von § 87 Abs 1 StPO geforderte) ausdrückliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (ohne Einschränkung auf Kredit- oder Finanzinstitute) festgelegt. Die vorgeschlagene Regelung stellt daher eine Einschränkung dar, die zu Lasten der Beschuldigtenrechte geht. Aus Gründen des Rechtsschutzes und des fairen Verfahrens (Art 6 EMRK) ist es unerlässlich, auch der Beschwerde des vom Eingriff Betroffenen aufschiebende Wirkung (weiterhin) zuzuerkennen. Im Gegensatz zu der vorgeschlagenen Einschränkung sollte vielmehr eine in diese Richtung gehende Klarstellung durch den Gesetzgeber erfolgen.

Die Anordnung der Vernichtung der Ermittlungsergebnisse im Falle eines erfolgreichen Einspruchs bzw. einer erfolgreichen Beschwerde wird ausdrücklich begrüßt und dient einer Klarstellung. Sie ist lediglich konsequente Folge eines erfolgreichen Rechtsmittels. Allerdings wird aus legislativen Gründen angeregt, ergänzend eine entsprechende Adaptierung des § 89 Abs 4 StPO dahingehend vorzunehmen, als auch § 116 StPO als im ersten Abschnitt des 8. Hauptstückes geregelte Ermittlungsmaßnahme in den Katalog des § 89 Abs 4 StPO aufgenommen wird. Und es ist klarzustellen, dass nur Kopien, nicht aber Originale vernichtet werden dürfen und müssen. Originale sind an den Betroffenen zurück zu stellen.

Bedenklich erscheint, dass in § 116 StPO der Verweis auf § 112 StPO gestrichen wird. Begründet wird dies mit einer Anpassung an das Abgaben- und verwaltungsbehördliche Finanzstrafverfahren aber auch mit dem mit einem Widerspruch verbundenen Verfahrensaufwand. **Die Rechtsanwaltschaft spricht sich entschieden dagegen aus, dass ein Verfahrensaufwand eine Reduktion des Rechtsschutzes legitimieren soll.** Mit diesem Argument könnte auf jedem Gebiet eingegriffen werden. Denn Rechtsschutz ist immer mit zusätzlichem Verfahrensaufwand verbunden.

3.) Umsetzung der Richtlinie Rechtsbeistand u.a.

Die Rechtsanwaltschaft hat bereits in den Diskussionen zum Strafprozessreformgesetz 2004 und in den Jahren danach diverse Forderungen im Zusammenhang mit den Beschuldigtenrechten erhoben, die nun in diesem Gesetzesvorhaben und, wie bereits angekündigt, in den nächsten erfüllt werden sollen. Es handelt sich dabei um das Recht des Beschuldigten auf unüberwachte Kommunikation, sein Recht, sich über einzelne Fragen mit seinem Verteidiger sowohl im Ermittlungs- als auch im Hauptverfahren zu beraten sowie sein Recht auf einen Verteidiger im Fall seiner Festnahme.

Als ganz besonders wichtig erachtet die Rechtsanwaltschaft die legislative Klarstellung zu § 157 Abs 2 StPO. Es war für sie und auch andere Experten nie nachvollziehbar, dass ein Unterschied in der Beurteilung der Vertraulichkeit bestehen soll, je nachdem in welchen Händen sich der Schriftverkehr mit dem Rechtsanwalt befindet.

Erneut keinen Eingang in das Gesetz findet die notwendige Verteidigung bei kontradiktorischen Vernehmungen, obwohl dies seit mehr als zehn Jahren von der Rechtsanwaltschaft gefordert wird. Die Hemmung des Gesetzgebers, dieses Recht

des Beschuldigten festzuschreiben, ist schwer nachvollziehbar. Gerade in Anbetracht der Regelungen in diesem Entwurf ist eine derartige Regelung unumgänglich. Denn die Unmittelbarkeit wird immer mehr durch die Opferrechte geschmälert.

Die Rechtsanwaltschaft fordert daher erneut die notwendige Verteidigung bei kontradiktorischer Einvernahme. Es sollte nicht erneut einer Richtlinie der EU bedürfen, um hier zu handeln.

Ziffer 8 (§ 50 Abs 3 StPO)

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüßt. Allerdings wird angeregt, dass ein wirksamer Verzicht eines Beschuldigten auf ein ihm zustehendes Recht nicht bloß schriftlich festzuhalten ist, sondern auch vom Beschuldigten (allenfalls im Zuge eines Protokolls) unterfertigt werden muss.

Die vorgeschlagene Ergänzung dient zum einen der Sicherstellung der Rechte eines Beschuldigten. Durch die vorgeschlagene Dokumentation wird sichergestellt, dass der Beschuldigte sich über die Aufgabe eines Rechtes ausdrücklich bewusst ist. Zum anderen wird aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden durch Unterschrift ein abgegebener Verzicht deutlicher dokumentiert, falls ein abgegebener Verzicht nachträglich vom Beschuldigten bestritten wird.

Zu Ziffer 10 (§ 59 Abs 1 StPO)

Die vorgeschlagene Änderung ist unbedingt notwendig. Die bisher bestehende Regelung widerspricht den auch in Art 6 EMRK garantierten Beschuldigtenrechten. Eine Überwachung des Kontaktes (und der Gespräche) eines Beschuldigten mit seinem Verteidiger ist aus Sicht eines fairen Verfahrens unerträglich. Gerade eine Vernehmung vor Einlieferung eines Beschuldigten in die Justizanstalt durch die Kriminalpolizei kann wesentliche Bedeutung für das fortgeführte Ermittlungsverfahren haben. Es ist daher geboten, Beschuldigten unverzüglich das Recht auf Beiziehung eines und Besprechung mit einem Verteidiger ohne Überwachung einzuräumen und zu garantieren.

In diesem Sinne wird vorgeschlagen, ergänzend (eventuell im § 49 StPO) klarzustellen, dass auch dem noch nicht in die Justizanstalt eingelieferten Beschuldigten das Recht zusteht, vor seiner ersten Vernehmung eine unüberwachte Besprechung mit einem Verteidiger iSd § 59 Abs 1 StPO zu führen, und er darüber gemäß § 50 StPO zu informieren ist.

Zu Ziffer 11 (§§ 59 Abs 2 StPO; 157 Abs 2 StPO)

Die vorgeschlagene Änderung wird uneingeschränkt begrüßt. Allerdings scheint es aufgrund teilweise bestehender Praxis, dass Telefonate des Beschuldigten (der telefonüberwacht wird) mit seinem Verteidiger immer wieder verschriftet werden, Schriftverkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten (und umgekehrt) und Erkenntnisse aus anderen Kommunikationsformen Eingang in Ermittlungsakten finden, geboten, eine entsprechende gesetzliche Klarstellung iSd Ausführungen der Erläuterungen zu Z 10, 11 und 36 in das Gesetz aufzunehmen.

Die Rechtsanwaltschaft erachtet es für notwendig, gesetzlich klarzustellen, dass jede Form der Kommunikation zwischen Beschuldigten und Verteidigern (Treffen, Schriftverkehr, Telefongespräche, E-Mail-Verkehr und jegliche sonstige Kommunikationsform) vor behördlicher Überwachung (auch zur Vermeidung der Umgehung des Aussageverweigerungsrechtes des Rechtsanwaltes gemäß § 157 Abs 1 Z 2 StPO) geschützt ist, nicht überwacht werden darf und Ergebnisse einer Überwachung (insbesondere deren Verschriftlichung), Sicherstellung oder Beschlagnahme nicht zum Ermittlungsakt genommen werden dürfen und gemäß § 89 Abs 4 StPO zu vernichten sind. Gesetzlich sicherzustellen ist daher auch, dass etwa vertrauliche Korrespondenz zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, Aktenvermerke, die der Vorbereitung der Verteidigung dienen, Schriftsatzentwürfe, etc. geschützt sind und dem Verwertungsverbot unterliegen, auch wenn diese Schriftstücke bei anderen Personen, insbesondere beim Beschuldigten selbst, vorgefunden bzw. sichergestellt werden.

Diese Ergänzung erscheint deshalb notwendig, da der vorgeschlagene Entfall des zweiten und dritten Satzes des § 59 Abs 2 nicht ausreicht, um die nach der RL Rechtsbeistand zu garantierende unüberwachte Kommunikation zwischen Beschuldigten und Verteidiger sicherzustellen, auch wenn sie sich in der Verfügungsmacht anderer Personen befindet.

Das Recht auf vertrauliche Beratung des Beschuldigten mit seinem Rechtsbeistand hat jede Form der Kommunikation (mündlich wie schriftlich) zu umfassen. Es ist praktisch unmöglich – gerade in komplexen Wirtschaftsstrafcausen – ohne schriftliche Arbeitsbehelfe eine effektive Verteidigung (und damit die Wahrung der Beschuldigtenrechte) vorzubereiten und durchzuführen. Derartige Schriftstücke sind stets als vertraulich einzustufen, und zwar auch dann, wenn sie dem Beschuldigten (oder anderen Personen) zur Durchsicht, Überarbeitung oder Kommentierung übergeben werden und haben privilegierten Schutz zu genießen.

Ein Schriftstück verliert nicht deshalb die Vertraulichkeit, weil es die Sphäre des Rechtsanwaltes verlassen hat (etwa weil es dem Beschuldigten oder einer dritten Person zur Überprüfung übergeben wurde) oder sonst bei einer dritten Person vorgefunden wird. Das Recht des Beschuldigten auf vertrauliche Kommunikation (in jedweder Form) macht es notwendig, die vertrauliche Kommunikation auch dann zu schützen, wenn sie im Zuge von Ermittlungsmaßnahmen den Strafverfolgungsbehörden zufällt.

Eine gesetzliche Klarstellung des Verbots der Überwachung jeder möglichen Kommunikationsform zwischen Beschuldigten und Verteidiger ist daher notwendig.

Zu Ziffer 26 (§ 133 Abs 5 StPO)

Die Herstellung der konventionsrechtskonformen Rechtslage wird ausdrücklich begrüßt. Es wird jedoch angeregt, dass zudem die Vernichtung von aufgrund eines Verstoßes gegen § 5 Abs 3 StPO gewonnenen Ermittlungsergebnissen gemäß § 89 Abs 4 StPO angeordnet wird.

Zu Ziffer 49 (§ 245 Abs 3 StPO)

Der vorgeschlagene Entfall des zweiten Halbsatzes ist positiv zu bewerten. Es wird jedoch eine Klarstellung im Gesetz angeregt, dass der Angeklagte sich auch hinsichtlich der Beantwortung einzelner Fragen unüberwacht mit seinem Verteidiger besprechen darf. Diese Klarstellung erscheint geboten, da ohne diese Möglichkeit der Zweck der verfolgten Änderung nicht erreicht werden kann.

Zu Ziffer 26 (§ 133 Abs 5 StPO)

In ständiger Rechtsprechung legt der EGMR dar, dass alle auf unzulässiger staatlicher Tatprovokation basierenden Beweismittel aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen, damit das Verfahren iSd Art 6 Abs 1 EMRK fair bleibt (jüngst auch *Pareniuc gg die Republik Moldawien*, EGMR 01.07.2014, § 35).

In § 133 Abs 5 StPO versucht der Gesetzgeber nunmehr eine Umsetzung dieser Judikatur, wobei allerdings in den Erläuternden Bemerkungen ausgeführt wird, dass man weiterhin – hier sich der Rechtsprechung des OGH fügend – kein prozessuales Verfolgungshindernis schaffen möchte.

In der Praxis ist die vorgeschlagene Neuregelung – ihrem materiellen Gehalt nach – aber nichts anderes. Denn der Ausschluss sämtlicher auf unzulässiger staatlicher Tatprovokation beruhender Beweismittel muss zwingend zum Freispruch führen. Sobald nämlich der Täter zur Tathandlung provoziert wurde und dies auch – iSd § 245 StPO – zu seiner Verantwortung macht (wozu er nach *Doncev und Burgov gg die frühere jugoslawische Republik Mazedonien*, EGMR 12.06.2014, Nr. 30265/09 auch verpflichtet ist), kann er – schon aufgrund der vom EGMR seit Jahrzehnten judizierten staatlichen Beweislast zum Nichtvorliegen der Tatprovokation – einerseits allein aufgrund seines Geständnisses nicht verurteilt werden. Andererseits gibt es aber in Folge stattgefundenener staatlicher Tatprovokation keinerlei „nicht kontaminierte“ Beweismittel mehr. Bedenkt man nämlich, dass die Judikatur des EGMR eigentlich nur zwei Arten von Delikten im Zusammenhang mit dem Problem des „Agent provocateur“ nennt – nämlich Suchtmitteldelikte bzw Bestechungsdelikte von Amtsträgern – so ist zB anhand eines Suchtmitteldelikts das Problem ersichtlich. Der verdeckte Ermittler (öfter noch die Vertrauensperson) wirkt in aktiver – und damit aus Sicht des EGMR unzulässiger – Weise auf die Tatbegehung des letztlich Angeklagten ein, bis dieser sich letztlich dem Druck beugt und die Suchtmittel organisiert. Im Zuge der Übergabe an den verdeckten Ermittler erfolgt dann die Festnahme. Welches Beweismittel soll aber ab dem Zeitpunkt der Provokation noch zulässig sein? Die Antwort ist in der Praxis unter Bedachtnahme auf die seit *Teixeira de Castro gg Portugal*, EGMR 09.06.1998, Nr. 44/1997/828/1034 durchgängige Judikatur des EGMR einfach: Keines.

Und gerade aus diesem Grund hat auch der EGMR in *Furcht gg Deutschland*, EGMR 23.10.2014, Nr. 54648/09 Deutschland dennoch verurteilt, obwohl dieser einerseits durch seine innerstaatlichen Gerichte das Vorliegen einer Tatprovokation anerkannt und diese durch eine – zwar nicht messbare – Strafreduktion ausgeglichen hat. Der EGMR hat sich damit eindeutig gegen die österreichische und deutsche „Strafzumessungslösung“ ausgesprochen. Wenn aber das Gegenteil dieses Zugangs

nur im prozessualen Verfolgungshindernis liegen kann, so ist es auch zulässig dieses klar anzusprechen.

Der ÖRAK begrüßt daher die Einführung des gegenständlichen „faktischen“ prozessualen Verfolgungshindernisses, ersucht aber den Gesetzgeber dies auch *expressis verbis* klarzustellen.

Dass ein derartiger Schritt zwingend mit dem Nichtigkeitsgrund nach den §§ 281 Abs 1 Z 3, 345 Abs 1 Z 4 und 468 Abs 1 Z 3 StPO verbunden wird, ist zwingend und verdient daher volle Zustimmung.

Wien, am 21. Dezember 2015

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

