

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold  
 Institut für Strafrecht und Kriminologie  
 Universität Wien  
 Schenkenstraße 4  
 1010 Wien



An das  
 Bundesministerium für Justiz  
 Museumstraße 7  
 1070 Wien

Begutachtungsverfahren zum Strafprozessänderungsgesetz 2014  
 BMJ-S578.028/0001-IV 3/2014

Wien, am 21. Mai 2014

Anbei erlaube ich mir, eine Stellungnahme zum Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014 abzugeben. Erneut ist zu kritisieren, dass die Begutachtungsfrist recht kurz gehalten ist. Gesetzgebung ist kein Fall von Notfallmedizin. Daher drängt eigentlich nichts zu einem derartigen Vorgehen. Dadurch entsteht der Eindruck, an einer eingehenden Begutachtung nicht interessiert zu sein.

Dennoch soll im Folgenden kurz Stellung genommen werden. Die Stellungnahme bezieht sich zum Teil auf Themenbereiche, zum Teil auf einzelne Bestimmungen. Vorschläge für die Änderung des projektierten Wortlautes werden kursiv hervorgehoben. Auf Grund der kurzen Zeit können Irrtümer schon gar nicht ausgeschlossen werden.

### **Anmerkungen zum Themenkomplex „Anfangsverdacht“ und „Verdächtiger“**

1. Mit dem Vorschlag geht der Entwurf von einem Grundanliegen der Strafprozessreform ab (vgl dazu zuletzt *Venier*, JBl 2012, 673 mwN). An sich sollte das gesamte Strafverfahren rechtlich geregelt sein. Es stellt sich nun die Frage, welche Regeln für das Verhalten von Kriminalpolizei und Staatsanwalt vor der Bejahung eines Anfangsverdachtess gelten. Nach § 91 Abs 2 ME soll die bloße Nutzung von allgemein zugänglichen Informationsquellen kein Ermitteln sein. Was ist aber die Nutzung dieser Quellen rechtlich? Irgendeine rechtliche Qualität sollte auch dieses Vorgehen haben, und diese Qualität sollte sich im Gesetz widerspiegeln.

Im Übrigen ist fraglich, wie weit der Begriff der „allgemein zugänglichen Informationsquelle“ ausgelegt werden kann. Telefonbücher scheinen keine gerade umfassende Erkenntnisquelle zu sein, um Behauptungen von Anzeigern zu überprüfen. Auch Menschen sind allgemein zugängliche Informationsquellen – Kenntnis der Nummer vorausgesetzt kann jeder angerufen werden. Auf der Straße kann jeder Passant gefragt werden, an jeder Wohnung kann geläutet werden. Das ist wohl nicht gemeint, denn für diese Form der Er-

mittlungen – sprachlich ist dann schwer davon zu sprechen, dass hier nicht ermittelt wird – muss es doch auch eine Rechtsgrundlage geben. Die Regeln über Erkundigungen oder Zeugenbefragungen sollen auf diese Art wohl nicht umgangen werden. Hier bedarf es einer Klarstellung im Gesetzestext.

2. Der Begriff des Anfangsverdachts ist sehr unbestimmt. Wann liegen „hinreichend tatsächliche Anhaltspunkte“ vor. Es besteht dadurch ein weiter Beurteilungsspielraum. Verknüpft mit einer weiten Auslegung der „allgemein zugänglichen Informationsquelle“ und einer engen Auslegung des Begriffs „ermitteln“ kann ein weiter rechtsfreier Raum entstehen, was unter dem Gesichtspunkt des Art 18 B-VG bedenklich erscheint. Ursprünglich war wohl nur an ein Einstellen „vom Blatt weg“ gedacht (vgl OGH vom 11.6.2012, 1 Präs 2690-2113/12i, JBl 2012, 672); der Entwurf geht jedenfalls und je nach Auslegung sogar weit darüber hinaus.
3. Durch die Aufnahme des Verdächtigen in § 48 Abs 2 StPO dürfte der Betroffene keinen Rechtsverlust nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens erleiden. Sobald er befragt wird, ist er Beschuldigter, denn die StPO kennt nur die Zeugen- und Beschuldigtenvernehmung. Die Materialien gehen hingegen davon aus, dass ein Verdächtiger zu einer Stellungnahme aufgefordert werden kann (EBRV 3). Eine Rechtsgrundlage dafür ist weder im Gesetz noch im Entwurf ersichtlich. Schließlich müsste diese Aufforderung auch entsprechende Belehrungen enthalten. Damit eine solche Möglichkeit besteht, müsste erst eine eigene Rechtsgrundlage geschaffen werden. Im Entwurf findet sie sich nicht, denn der Gegenschluss aus § 91 Abs 2 ME genügt dafür nicht.
4. In einem Bereich liefert der Entwurf keine Antworten: Was hat die Kriminalpolizei zu machen, wenn sie eine Anzeige bekommt, die der Staatsanwalt sofort einstellen würde? Die Regeln der §§ 99 ff StPO geben darauf wohl keine Antwort. Hier besteht jedenfalls ein Anpassungsbedarf.

### **Anmerkungen zum Themenkomplex Schöffengerichtsbesetzung**

5. Zu diesem Bereich gibt es zweierlei Einwände: Dem Grunde nach und der Ausgestaltung nach. Zunächst zur Ausgestaltung:
6. ME ist es systematisch nicht richtig, diese Frage auch in § 31 anzusiedeln und diese Frage doppelt zu regeln. Denn es geht um dasselbe „Schöffengericht“, bloß die Besetzung variiert. Es liegt somit keine Frage der sachlichen/funktionellen Zuständigkeit vor, sondern es handelt sich um eine Besetzungsfrage. Demnach gehört diese Frage nicht auch in § 31 geregelt, sondern ausschließlich in § 32. Dieser gehört demnach umformuliert und sollte lauten:
  - (1) *Das Landesgericht als Geschworenengericht setzt sich aus dem Schwurgerichtshof und der Geschworenenbank zusammen. Der Schwurgerichtshof besteht aus drei Richtern, die Geschworenenbank ist mit acht Geschworenen besetzt. Das Landesgericht*

*als Schöffengericht besteht ausgenommen den Fall des Abs 1a aus einem Richter und zwei Schöffen.*

- (2) *Das Landesgericht als Schöffengericht besteht aus zwei Richtern und zwei Schöffen im Hauptverfahren wegen.....“* [hier folgen die zu überarbeitenden Z 1 bis 5 des ME zu § 31 Abs 3a; siehe dazu unten Punkt 10]

In § 41 Abs 1 könnte dann „dreiköpfig“ vor Schöffengericht oder „*Schöffengericht in der Besetzung nach § 32 Abs 1*“ stehen. Falls der Satz hinsichtlich des Unterbleibens einer Besetzungsänderung erhalten bleiben soll, kann er als Schlusssatz an diesen § 32 Abs 2 angehängt werden.

7. Mit diesem Entwurf werden zwei Arten von Schöffengerichten (bzw auf Basis des hier gemachten Vorschlages: zwei Arten von Besetzungen des Schöffengerichts) eingeführt. Es ist zweifelhaft, ob das an sich sachlich gerechtfertigt ist. Richtigerweise sollte es für alle Schöffverfahren nur eine Art der Besetzung, nämlich mit 2 Berufsrichtern geben. Denn eine Unterstützung – wie auch eine Kontrolle – bedarf der Vorsitzende in allen Verfahren. Nur mit zwei Berufsrichtern wird der Vorwurf, dass das Schöffengericht weitgehend an eine einzelrichterliche Verhandlungsführung und Entscheidungsfindung angeglichen wurde (*Moringe*, AnwBl 2014, 227), beseitigt. Der zweite Berufsrichter ist in einem engen Bereich auch Gegengewicht zum die Laienrichter in der Regel völlig dominierenden Vorsitzenden. Bei der wohl als zutreffend erkannten Entwicklung des Schöffengerichts zu einem erweiterten Einzelrichterverfahren erscheint die bestehende Rechtsmittelbeschränkung (Ausschluss der Schuldberufung) nicht mehr sachgerecht. Bei einer generellen Besetzung mit 2 Berufsrichtern wäre dieser Fehlentwicklung Einhalt geboten.
8. Die Aufzählung in § 31 Abs 3a ME knüpft zum einen – ohne dafür einen zwingenden Grund zu nennen – an § 20a Abs 1 Z 1 und 7 StPO an. Es handelt sich dabei um einige Vermögensdelikte und Finanzvergehen. Wiederum werden damit Vermögensdelikte gegenüber anderen Delikten aufgewertet. Das steht eigentlich im Widerspruch zu dem Vorhaben, die Relation der Strafen zwischen Körperverletzungsdelikten und Sexualdelikten einerseits und den Vermögensdelikten andererseits zugunsten ersterer zu überarbeiten. Diese mit einem Strafgesetzbuchänderungsgesetz 2015 geplante Aufwertung der Körperverletzungs- und Sexualdelikte wird durch den Vorschlag konterkariert.
9. Die Z 5 des § 31 Abs 3a ME enthält eine recht heterogene Gruppe, wobei die Wertung des ME nicht ganz nachvollziehbar ist. Der zweite Berufsrichter soll in Großverfahren oder in sonst rechtlich oder tatsächlich komplexen Verfahren tätig werden. Mit der Z 5 wird der zweite Berufsrichter etwa dann erforderlich, wenn eine vergewaltigte Person eine schwere Körperverletzung erlitten hat oder schwanger wurde. Das sind keine allzu komplexen rechtlichen Fragen und auch nicht mit allzu komplexen tatsächlichen Problemen verbunden. Eher erscheint der zweite Berufsrichter zur Beurteilung des Grunddeliktes als Kontrolle und zur Fehlervermeidung erforderlich, denn dabei erfolgt die entscheidende Weichenstellung und nicht bei der Qualifikation. Dasselbe gilt beim schweren sexuellen Missbrauch von Unmündigen, beim Raub und beim räuberischen Diebstahl; gerade bei letzterem rechtfertigt die wohl nicht allzu komplexe Frage der Todeszurechnung

kaum den zweiten Berufsrichter im Vergleich zu den Fragen des Grunddelikts (oder der Zurechnung der Körperverletzung mit Dauerfolgen). Für die Beurteilung des Grunddelikts ist der zweite Berufsrichter sehr wohl angebracht.

10. So gesehen erscheint die Aufzählung der Fälle, wann der zweite Berufsrichter heranzuziehen ist, nicht sehr schlüssig und sollte daher – sofern an dem Plan festgehalten wird – überdacht werden. Besser wäre es, den zweiten Berufsrichter generell einzuführen. Falls dies aus irgendwelchen Gründen nicht möglich sein soll, könnte man folgenden Katalog als § 32 Abs 2 annehmen:

*„Z. 1: Totschlag (§ 76 StGB), § 142 StGB (Raub), § 169 StGB (Brandstiftung), § 171 StGB (Vorsätzliche Gefährdung durch Kernenergie oder ionisierende Strahlen), § 173 StGB (Vorsätzliche Gefährdung durch Sprengmittel), § 176 StGB (Vorsätzliche Gemeingefährdung), § 177a StGB (Herstellung und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen), § 201 StGB (Vergewaltigung), § 206 (Schwerer sexueller Missbrauch);*

*Z. 2: der in § 31 Abs. 3 Z. 2 bis 6 genannten Verbrechen und Vergehen;*

*Z. 3: Vermögensdelikte, soweit die Höhe der Strafdrohung von dem ziffernmäßig bestimmten Wert der Sache, gegen die sich die Handlung richtet, oder von der ziffernmäßig bestimmten Höhe des Schadens abhängt, den die Handlung verursacht oder auf den sich der Vorsatz erstreckt, sofern die Werte oder Schadensbeträge 1 000 000 Euro übersteigen sowie Finanzvergehen, soweit der angelastete strafbestimmende Wertbetrag 1 000 000 Euro übersteigt;*

*Z.4: wie § 31 Abs 3a Z 3 ME;*

*Z 5: wie § 31 Abs 3a Z 4 ME.“*

Damit sind die oben genannten Grunddelikte erfasst und nicht nur deren Qualifikationen, sowie andere Delikte, bei denen sich dieselbe Situation ergibt. Sodann wird an die schöffengerichtliche Zuständigkeit angeknüpft. Die vom Entwurf projektierte Einschränkung wird generalisiert mit Übernahme der Beschreibung des § 29 StGB fortgesetzt. Z 4 und 5 bleiben wie im Entwurf. Die Ausdehnung sorgt dafür, Wertungswidersprüche zu beseitigen. (Irrtümer vorbehalten).

11. Art 83 Abs 2 B-VG (Recht auf den gesetzlichen Richter) wird dahin gehend verstanden, dass es nicht dem Belieben staatlicher Organe überlassen bleiben darf, wie die Richterbank zusammengesetzt ist (*K. Korinek in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 91/1 Rz 9*); dieser Gedanke gilt auch für das Schöffengericht. Der Satz in § 32 Abs 1 ME *„Treten die Voraussetzungen des § 31 Abs 3a erst nach Rechtswirksamkeit der Anklageschrift ein, so ändert sich die Besetzung des Schöffengerichts nicht“* dürfte gegen diese Verfassungsregel verstoßen. Die Materialien (EBRV 6) nennen Praktikabilitätsgründe als Begründung und die Ausdehnung der Anklage als Anwendungsfall für diesen Satz. Damit hat es der Staatsanwalt in der Hand, die Gerichtsbesetzung zu bestimmen, was verfassungsrechtliche Bedenken begründet. Mag die Frage, wann angeklagt wird, auch nicht im freien Ermessen sein, so besteht durchaus ein Spielraum, wann man Verfahren trennt und dann doch noch die Anklage ausdehnt. So gesehen besteht für

den Staatsanwalt die Möglichkeit, auf die Gerichtsbesetzung einzuwirken. Der vorgeschlagene Satz erscheint somit als verfassungswidrig und sollte daher nicht Gesetz werden.

### **Anmerkungen zum Themenkomplex Überprüfung der Höchstdauer des Ermittlungsverfahrens**

12. Der Haft- und Rechtsschutzrichter soll nach Ansicht des ME für die Überprüfung zuständig sein (Z 5 ME). Diese Position wird in der Regel von jungen Richtern auf ihrem ersten Posten bekleidet. Es erscheint fraglich, ob durch diese Zuständigkeit das Ziel einer Kontrolle erreicht wird. Es verlangt einiges an Selbstsicherheit, Überzeugung und Kraft, gegen den Antrag etwa der WKStA zu entscheiden, selbst wenn es tatsächlich keine Gründe gibt, das Verfahren fortzuführen. Darüber hinaus könnte eine strukturelle Überforderung bestehen, da der Haft- und Rechtsschutzrichter als „Einzelkämpfer“ schlicht überfordert sein könnte und aus dieser Überforderung heraus, eine Fortführung erlaubt, wie wohl es angesichts eines auf der Seite der Staatsanwaltschaft tätigen Teams keine ausreichenden Gründe dafür gibt. Es bestehen daher keine großen Hoffnungen, dass dieses neue Rechtsinstitut Bedeutung erlangen wird.
13. Darüber hinaus sind die Parameter „besonderer Umfang der Ermittlungen“, „Komplexität der Tat- und Rechtsfragen“, „Vielzahl der Beteiligten des Verfahrens“ „im Hinblick auf die Intensität des Tatverdachts“ so unbestimmt, dass es nur in eindeutigen Fällen – man könnte einen Begriff aus der Untreuestrafbarkeit übernehmen und von sogenannten „no go“-Fällen sprechen (vgl dazu *Kirchbacher*, in *Jarolim* (Hrsg), § 153 StGB/Untreue [2014] 26) – selbst bei engagierten und selbstbewussten Haft- und Rechtsschutzrichter zu einer Einstellung kommen wird.
14. Die Anwendung des § 108a ME ist ebenfalls nicht einfach gestaltet. Das Ermittlungsverfahren beginnt für § 108a ME mit der ersten gegen den Beschuldigten gerichteten Ermittlung. Somit sind Ermittlungshandlungen gegen den Verdächtigen noch nicht erfasst, es sei denn, die Ausdehnung in § 48 Abs 2 ME gilt auch dafür. Das ist aber nicht zwingend. Wenn dies erwünscht ist, dann sollte dies in § 108a Abs 1 1. Satz ME klargestellt sein und das Wort „*Beschuldigten*“ durch „*Verdächtigen*“ ersetzt werden.
- Zweitens sind bestimmte Zeiten nicht einzurechnen. Neben Ermittlungsaufgaben bekommen somit Staatsanwaltschaft und Gericht noch Zeitrechenaufgaben; das bedeutet eine zusätzliche Belastung der Strafverfolgungsbehörden. Wahrscheinliche Ineffektivität und wahrscheinliche zusätzliche Belastung der Strafverfolgungsbehörden lassen das neue Institut nicht gerade als gelungen erscheinen.
15. Eine Gefahr könnte die neue Bestimmung schaffen: Man könnte meinen, dass jedes Ermittlungsverfahren drei Jahre wird dauern dürfen. Um dieser Gefahr vorzubeugen, könnte man vor „*Ermittlungsverfahrens*“ in Abs 1 Satz 1 als Wiederholung des Gedankens von

§ 9 StPO Folgendes einfügen: „*stets zügig und ohne unnötige Verzögerung durchgeführten*“.

16. Die Materialien (Seite 5) gehen davon aus, dass das Gericht den Ablauf der Höchstfrist von Amts wegen zu überwachen hat, wenn es mit der Bewilligung einer Ermittlungsmaßnahme befasst war; eine Begründung aus dem Gesetz wird dafür nicht geboten. Sie ist auch nicht ersichtlich. Es ist auch fraglich, ob das nur punktuell mit dem Ermittlungsverfahren beschäftigte Gericht dieser Aufgabe mangels Überblicks über das Verfahren überhaupt nachkommen kann. Diesbezüglich ist eine Klarstellung (Änderung der Erläuterungen oder Schaffung einer gesetzlichen Grundlage) erforderlich.

17. Folgende Klarstellungen sollten jedenfalls getroffen werden:

In Abs 2 sollte der Satz eingebaut werden: „*Liegen die Voraussetzungen des Abs 1 nicht vor, hat das Gericht das Verfahren einzustellen*“.

Abs 3 sollte um die Vorgangsweise des Gerichts ergänzt werden: „*... . Diesfalls kann das Gericht erneut aussprechen, ob ... vorliegen. In diesem Fall verlängert sich erneut die Höchstdauer ... . Liegen hingegen die Voraussetzungen des Abs 1 nicht mehr vor, hat das Gericht das Verfahren einzustellen*“.

Beide Aussagen können nämlich nicht aus dem ME direkt abgeleitet werden, sondern ergeben sich nur aus einem Gegenschluss. Es ist besser, wenn der Gesetzestext eindeutig ist.

### **Anmerkungen zum Themenkomplex Mandatsverfahren**

18. Das Mandatsverfahren wurde durch die Strafprozessreform 1999 beseitigt. Damals wurde die Diversion eingefügt. Das Geldbußensystem des damaligen § 90c StPO (heute § 200 StPO) hat das Mandatsverfahren entbehrlich gemacht (so EBRV 1581 BlgNR XX. GP 23). Die Materialien sorgten sich bei einem Nebeneinander dieser Diversionsmaßnahme und des damaligen Mandatsverfahren vor der Gefahr von regional und individuell voneinander beträchtlich abweichenden Sanktionsstilen. Da nach dem neuen Mandatsverfahren auch eine Geldstrafe verhängt werden kann, ist diese Sorge auch für den Entwurf des § 491 ME noch berechtigt, auch wenn eine ausdrückliche Subsidiaritätsklausel zugunsten der Diversion aufgenommen ist und die Strafverfügung nach dem Vorschlag die in der Reaktion wesentlich eingriffsintensivere Reaktion ist als die frühere Strafverfügung. Dennoch besteht die Gefahr, dass das Mandatsverfahren zulasten der Diversion gehen könnte. Schließlich besteht ein gewisser Spielraum, der in diesem Sinne genutzt werden könnte, gerade die strengere, aber vielleicht schneller umsetzbare und damit „ressourcenschonendere“ Reaktion heranzuziehen. Das spricht gegen dieses Rechtsinstitut und sollte bei der Diskussion um seine Einführung mitbedacht werden.

19. Die EBRV 1581 BlgNR XX. GP 23 nahmen auch rechtsstaatliche Bedenken gegen das Mandatsverfahren an. Vor allem sah die EBRV (22) die Gefahr der Strafverfügung darin,

dass sie bei Rechtskraft die Wirkung eines Strafurteils entfaltet, obwohl sie durch postamtliche Hinterlegung zugestellt wurde. Diese Bedenken gelten auch heute – und angesichts vieler Probleme im Zustellwesen sogar noch mehr als in der Zeit vor dem Jahr 2000.

So kann es zu einer gerichtlichen Verurteilung kommen, von der der Betroffene zunächst keine Kenntnis hat und sich auch gar nicht des konkreten Anklagevorwurfes bewusst ist. Schließlich ist der Strafantrag mitsamt der Strafverfügung zuzustellen. Für die Wirksamkeit reicht die Zustellung zu eigenen Händen, wofür eine Hinterlegung genügt. Was passiert, wenn die Hinterlegungsbenachrichtigung von Dritten entfernt wird oder aus anderen Gründen untergeht? Die Zustellung wäre wohl wirksam und jemand mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr verurteilt und vielleicht mit einem existenzvernichtenden Verfall belastet. Da die Einspruchsfrist abgelaufen ist, käme nur eine Wiedereinsetzung in Betracht, für deren Nachweis der so Verurteilte sehr schlechte Karten hat.

Der Beschuldigte könnte auch derart von der Abgabestelle entfernt sein, dass eine Hinterlegung mangels Abgabestelle nicht zulässig ist. Nur weiß das weder das Gericht noch das Zustellorgan. Dann geht das Gericht von einer rechtskräftigen Strafverfügung aus und sorgt für den Vollzug. Die Judikatur des OGH würde hier wohl nur eine Wiedereinsetzung als zulässig ansehen (richtigerweise müsste man die Strafverfügung nochmals zustellen, weil sie mangels Zustellung noch nicht wirksam wurde, auch wenn das niemand erkennt). Die Situation ist jedenfalls angesichts der Konsequenzen recht unerträglich.

Schließlich könnte man die Situation zuspitzen und annehmen, dass der Beschuldigte durch die Einvernahme vom Verfahren wusste. Gemäß § 8 ZustellG hat eine Partei, die während eines Verfahrens, von dem sie Kenntnis hat, ihre bisherige Abgabestelle ändert, dies der Behörde unverzüglich mitzuteilen. Wird diese Mitteilung unterlassen, so ist, soweit die Verfahrensvorschriften nicht anderes vorsehen, die Zustellung durch Hinterlegung ohne vorausgehenden Zustellversuch vorzunehmen, falls eine Abgabestelle nicht ohne Schwierigkeiten festgestellt werden kann. Es kann natürlich sein, dass die Einvernahme längst vergessen ist. So wird jemand zu einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr verurteilt und vielleicht mit einem existenzvernichtenden Verfall belastet und hat in einem solchen Fall auch keinen Rechtsbehelf. Denn das Verschulden könnte – was man nicht ausschließen kann – als nicht bloß minderen Grades angesehen werden. Angesichts der möglichen Eingriffsintensität der Strafverfügung erscheint eine solche Situation als unerträglich. Das ist kein Strafverfahren mehr; die präventive Wirkung des Verfahrens geht so jedenfalls verloren (siehe dazu auch *Riklin*, BSK-StPO Vor Art. 352-356 Rz 5), die Rechte des auf solche Art Verurteilten hängen dann oft von Zufälligkeiten ab.

Zu Recht wurde 1999 auf die Strafverfügung verzichtet. Die Bedenken gelten auch für den Vorschlag im ME. Eine Lösung für dieses Problem sahen die EBRV 1581 BlgNR XX. GP 22 darin, dass dem Beschuldigten die Strafverfügung persönlich übergeben wird und eine rechtliche Belehrung durch das zustellende Gerichtsorgan erfolgt. Dies wurde als enormer Verfahrensaufwand gesehen, der das Einsparungspotential des Mandatsverfahrens minimiert. Der vorliegende ME hat nicht einmal ein Problembewusstsein in dieser Frage. Hier zeigt sich auch die Entwicklung der letzten 15 Jahre recht deutlich. Diese

Überlegungen sprechen gegen dieses Rechtsinstitut und sollten bei der Diskussion um seine Einführung mitbedacht werden.

Man könnte die Problematik abmildern, in dem man eine persönliche Zustellung iSd § 427 Abs 1 StPO vorsieht, sofern man dies gerade nicht wie eine eigenhändige Zustellung auslegt (dazu *Stricker*, Das Abwesenheitsverfahren in der österreichischen Strafprozessordnung, ÖJZ 2014 in Druck).

20. Im Unterschied zum alten Mandatsverfahren muss der Beschuldigte vernommen worden sein. Allerdings sah die EBRV 1581 BlgNR XX. GP 22, die im vorliegenden ME nicht zitiert wird, wie wohl in einigen anderen Bereichen des vorliegenden Entwurfes ein sehr genauer historischer Abriss erfolgt, darin ein Problem, dass das Gericht ohne einen persönlichen, unmittelbaren Eindruck vom Verdächtigen und den Beweismittel zu gewinnen, zu einer gerichtlichen „(Vor-)Entscheidung“ kommt, gegen die der Beschuldigte aktiv werden muss. Offenbar hat die Unmittelbarkeit heute keinen besonderen Wert mehr. Das ist sehr bedauerlich und verfehlt.

Auch die Materialien (Seite 17) machen den Eindruck, als sei die Unmittelbarkeit nicht bedeutend – schließlich steht es dem Gericht bloß frei, eine Hauptverhandlung durchzuführen und in der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung wird herabwürdigend von einer „zeit- und kostenintensiven Hauptverhandlung“ gesprochen (Seite 5). Primär soll das Gericht wohl – ressourcenschonend – dem Antrag folgen. Das ist wertungsmäßig verkehrt; der unmittelbare Eindruck von Beweismitteln ist nicht zu unterschätzen. Mit dem Entwurf und der tendenziösen Erläuterung relativiert der ME den in § 13 StPO festgelegten Grundsatz. Es wird damit bewiesen, dass Grundsätze, die am Anfang eines Gesetzes festgelegt werden, oft nicht so wertvoll sind, wie sie scheinen. Man sollte sich der Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes wieder bewusst werden und bei der Diskussion um die Einführung des Mandatsverfahrens mitbedenken.

21. Ein anderes Problem, das die EBRV 1581 BlgNR XX. GP 22 noch hatten, beseitigt der vorliegende Entwurf. Der die Strafverfügung erlassende Richter ist für das ordentliche Verfahren nach dem Einspruch ausgeschlossen. Wie die dadurch bedingte Belastungsver-schiebung durch die Geschäftsverteilung ausgeglichen werden kann, wird eine spannende Frage. Zumindest in der ersten Zeit und bei jeder Neubesetzung einer Richterplanstelle wird das für Unsicherheit und uU für Unfrieden in der Richterschaft eines Gerichts sorgen. Richter, denen die Unmittelbarkeit wichtig ist, werden weniger Strafverfügungen erlassen, und werden dafür bestraft, weil andere Richter, denen die Unmittelbarkeit nicht so wichtig ist, dauernd Strafverfügungen erlassen, die beeinträchtigt werden. Somit drängt der Entwurf zumindest indirekt zum Verzicht auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz.

Ein oberflächliches Ermittlungsverfahren wegen des Drucks auf erhöhte Erledigungszahlen wird die Einspruchszahl sicher erhöhen oder aber im Einzelfall dafür sorgen, dass uU Unschuldige bestraft werden (von hohen Fehlerquoten für die Schweiz ausgehend *Riklin*, BSK-StPO Art. 352 Rz 2 mwN). § 491 Abs 1 Z 3 ME ist sehr weit gefasst und lässt einen weiten Beurteilungsspielraum. In Deutschland wird vermutet, dass Richter dem Antrag des Staatsanwaltes ohne eingehende Prüfung folgen (*Weßlau*, SK-StPO<sup>4</sup> Vor

§§ 407 ff Rz 6 mN). Daher wird auch der Grundsatz der materiellen Wahrheit durch diesen Entwurf eingeschränkt. Auch das spricht gegen die Einführung des Mandatsverfahrens. Die Kriminalpolizei ermittelt, die Staatsanwaltschaften werden vielleicht sehr oft ohne eingehende Prüfung die Ergebnisse dem Strafantrag und dem Antrag auf Erlassung einer Strafverfügung zugrunde legen, das Gericht wird ohne eingehende Prüfung die Strafverfügung erlassen. In diesem Bereich bleibt nicht viel von einem gerichtlichen Strafverfahren über.

Die Bedenken der EBRV 1581 BlgNR XX. GP gelten auch heute noch. Sie in den Erläuterungen nicht anzusprechen ist ein großer Mangel des ME. Daher waren diese Überlegungen hier in Erinnerung zu rufen.

22. Nach § 32 Abs 1 StGB soll Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters sein. Laut Berichten aus der Praxis soll die Zahl der Verurteilungen zu einer zwei Jahre nicht übersteigenden Freiheitsstrafe durch die Schöffengerichte gestiegen sein, seit dem es die Möglichkeit des Protokollvermerks und der gekürzten Urteilsausfertigung auch in diesen Verfahren gibt (§§ 270 Abs 4, 271 Abs 1a StPO). Einzelrichter werden bei der Möglichkeit, eine Strafverfügung zu erlassen, wahrscheinlich auch eine höchstens einjährige Freiheitsstrafe als schuldangemessen erachten, sofern der Beschuldigte anwaltlich vertreten ist. Dass Erleichterungen angenommen werden, ist menschlich und sollte nicht zum Vorwurf gemacht werden. Man sollte einfach nicht zu viele Erleichterungen schaffen. Somit spricht auch die Sicherung der Strafzumessungsvorschriften gegen das vorgeschlagene Mandatsverfahren.

Unklar ist, ob in den Fällen der bedingten oder teilbedingten Nachsicht auch Weisungen erteilt oder Bewährungshilfe gewährt werden kann. Dies dürfte nicht der Fall sein – aber ist das sachgerecht? Andererseits können Verstöße zum Widerruf führen, der auch eingehend überlegt sein müsste.

23. Für Befürwortern von Absprachen im Strafprozess bietet das Mandatsverfahren eine weitere Basis, diese Praxis auf gesetzlicher Grundlage zu forcieren (siehe *Weßlau*, SK-StPO<sup>4</sup> Vor §§ 407 ff Rz 7 ff; *Riklin*, BSK-StPO Art. 352 Rz 4), ohne dass sich der Gesetzgeber wirklich diesem Problem widmet. Ist das gewünscht? Absprachen wirken ebenfalls „ressourcenschonend“. Der Ehrlichkeit halber sollte man dies dann offen legen!

Die Materialien deuten ein wenig in die Richtung der Absprachen, wenn sie auf das Geständnis abstellen (Seite 18). Eines gilt es immer zu beachten: Man weiß nie, warum der Beschuldigte den Vorwurf dem Grunde nach anerkennt. Die Aussicht auf eine milde Strafe könnte einen gewissen Zwang ausüben, ein falsches Geständnis abzugeben (vgl dazu etwa *Venier*, Überlegungen zu einer Reform der Hauptverhandlung, in *Soyer* (Hg), 7. Österreichischer StrafverteidigerInnentag 2009, 17; *Medigovic*, Bemerkungen zu verfahrensbeendenden Absprachen im Strafprozess, in *Soyer* (Hg), 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag 2005, 134; *Kier/Bockemühl*, Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich, AnwBl 2010, 408; *Bockemühl*, Es soll noch unschuldige Mandanten geben, in Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im DAV, Forum Strafverteidigung, Organisationsbüro Strafverteidigervereinigung

gen, Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (Hrsg), 2. Dreiländerforum Strafverteidigung (2012) 203 ff; eindrucksvolle Beispiele für geradezu nötige Verhaltensweisen bei *Velten*, Die Geister, die ich rief – oder wie Deutschland vergeblich versucht, die Folgen einer BGH-Entscheidung zu revidieren, JSt 2009, 181 ff).

Dieser Druck besteht auch bei der Diversion (zu einem Beispiel, wie sich dieser Druck auswirken kann, *Fuchs*, Diskussionsbeitrag 15. ÖJT Band IV/2, 130). Zwar ist die Diversion fast ein Musterbeispiel für eine gesetzlich vorgesehene Verständigung, die recht nahe an ein Aushandeln von Schuld und Reaktion heranreicht (*Oberhofer*, Statement, in Soyer (Hg), Strafverteidigung – Bewährung in der Praxis, 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag 2005, 145; *Stuefer/Ruhri*, Verständigungen im Strafverfahren in 38. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2010) 72 ff = *Ruhri*, AnwBl 2010, 249 f; eher aA *Hochmayr*, Schuldeinsicht als Voraussetzung einer Diversion? RZ 2003, 279). Ein wesentlicher Unterschied zwischen Diversion und der Strafverfügung liegt aber darin, dass der Geständige bei der Diversion nicht vorbestraft ist, während er es bei der Strafverfügung sehr wohl ist. Falsche Geständnisse drohen aber in beiden Fällen.

*Riklin*, BSK-StPO Art. 354 Rz 3 nennt als weitere Gründe, eine Strafverfügung zu akzeptieren: Scheu vor dem Einspruch, weil man nicht opponieren will, Sprachunkundigkeit, Leseschwierigkeiten, intellektuelle Defizite und Scheu vor einer öffentlichen Verhandlung. Auch das sind Gründe dafür, keinen Einspruch zu erheben – sie haben aber nichts mit einem Geständnis oder einer Schuldeinsicht zu tun.

Auch das sollte man genau bedenken, bevor man ein Mandatsverfahren einführt.

24. Abgesehen von den grundlegenden Bedenken gibt es auch Bedenken gegen die Formulierung des ME. Nach § 491 Abs 2 ME muss der Angeklagte durch einen Verteidiger vertreten sein. Im Einzelrichterverfahren ist aber nicht immer notwendige Verteidigung vorgesehen und nicht immer wird der Angeklagte einen Verfahrenshelfer haben. Eine Regelung wie in § 408b dStPO ist nicht vorgesehen. Insofern kommt eine Strafverfügung mit Haftstrafe bei einem vermögenderen Angeklagten eher in Betracht als bei einem armen Täter. Ausgenommen ist der Fall der Untersuchungshaft, denn diesfalls ist der Verfahrenshelfer in der Regel gemäß § 41 Abs 4 StPO für das gesamte weitere Verfahren bestellt. Das Mandatsverfahren könnte somit sozial unausgewogen eingesetzt werden. Dies zu verhindern war Grund für die Einführung des § 408b dStPO (*Weßlau*, SK-StPO<sup>4</sup> § 408b Rz 2). Auch das spricht gegen den Vorschlag.

Ein Verteidiger ist nicht erforderlich, wenn die Freiheitsstrafe zur Gänze bedingt nachgesehen wird. Es ist aber möglich, dass die Nachsicht widerrufen wird. Der Zweck, warum der Angeklagte einen Verteidiger im Zeitpunkt der Verhängung der Strafverfügung haben soll, gilt wohl auch in dieser Situation. Vor den Gefahren der Freiheitsstrafe gilt es auch im Fall ihrer bedingten Nachsicht zu warnen.

25. In § 491 Abs 2 ME werden entgegen der Reihenfolge im StGB „Verfall, Konfiskation oder Einziehung“ genannt. Hier sollte die Reihenfolge des StGB eingehalten werden. In

Wirklichkeit sollte die Konfiskation hier nicht genannt werden (dazu im folgenden Punkt).

26. Nach § 491 Abs 2 ME kann neben diesem Ausspruch über die Strafe auch die Konfiskation ausgesprochen werden. Die Konfiskation ist eine Strafe (*Fuchs/Tipold*, WK<sup>2</sup> § 19a Rz 17 mwN) und steht nicht neben der Strafe. Als solche muss sie auch bei der Strafzumessung entsprechend berücksichtigt werden (*Fuchs/Tipold*, WK<sup>2</sup> § 19a Rz 17 mwN). Die Verhängung von einem Jahr Freiheitsstrafe und der Ausspruch der Konfiskation wäre eine Überschreitung der Strafbefugnis und bei einem Urteil ein Nichtigkeitsgrund.

Da die Konfiskation somit Teil der Strafe ist, kann sie nicht neben der Strafe verhängt werden. Der Satz müsste entsprechend umformuliert werden. Die Konfiskation könnte in den ersten Satz aufgenommen werden: „... *vertreten ist – verhängt sowie eine Konfiskation ausgesprochen werden.*“. Im zweiten Satz entfällt die Konfiskation; ebenso der Teil „von Gegenständen ...“, die sich ...“. Dafür könnte ein dritter Satz lauten: „*Die Konfiskation, der Verfall und die Einziehung sind in einer Strafverfügung nur von Gegenständen zulässig, die sich ...*“.

27. Nach § 491 Abs 1 Z 1 muss der Angeklagte zum Anklagevorwurf gehört werden, offenbar aber nicht zum Verfall oder der Einziehung. Diesbezüglich fehlt das rechtliche Gehör, was bedenklich ist. Daher sollte durch eine entsprechende Regelung – vielleicht gleich in dieser Z 1, sonst im Abs 2 im Anschluss an den oben formulierten Satz oder zusammen mit dem rechtlichen Gehör hinsichtlich der privatrechtlichen Ansprüche – das rechtliche Gehör abgesichert werden. Fehlt es am rechtlichen Gehör könnte ja – ähnlich der Verweisung auf den Zivilrechtsweg beim Privatbeteiligten – ein Vorbehalt zugunsten eines gesonderten Verfahrens aufgenommen werden, wie er in § 443 StPO vorgesehen ist, um Verzögerungen zu vermeiden.

§ 491 Abs 1 Z 1 könnte daher lauten: „... *zum Anklagevorwurf sowie zu einem allfälligen Verfall und Einziehung vernommen wurde,*“

Ein vierter (nach dem unter Punkt 26 genannten dritten) Satz in § 491 Abs 2 könnte daher lauten: „*Wurde der Angeklagte nicht zum Verfall oder zur Einziehung vernommen, ist der Ausspruch darüber einer gesonderten Entscheidung (§§ 445, 445a) vorzubehalten.*“ Der Vorbehalt hat im Spruch zu erfolgen, was aber durch die Formulierung des Abs 3 Z 3 ohnedies bereits abgesichert ist.

28. Fraglich ist, ob ein Verfall von Gegenständen, die sich nicht in behördlicher Verwahrung befinden, in einem selbständigen Verfahren möglich ist. Dem Sinn des § 443 Abs 2 StPO entsprechend sollte diesbezüglich entweder ein Vorbehalt erfolgen oder der Verfall ist ausgeschlossen, wie es § 443 Abs 2 StPO derzeit vorsieht. Dieses Problem muss wohl noch bedacht werden.

29. Das Gehör hinsichtlich der privatrechtlichen Ansprüche muss sich wohl auch auf die Höhe beziehen. Das sollte im Wortlaut klargestellt werden.

30. Auch ein Widerruf einer bedingten Strafnachsicht ist wohl nur dann zulässig, wenn der Angeklagte dazu gehört wurde, wie dies etwa in § 494a Abs 3 StPO vorgesehen ist. Die Verhängung einer Strafverfügung ist dabei nicht mit dem Abwesenheitsverfahren zu vergleichen, schließlich geht die Initiative der Abwesenheit bei der Strafverfügung vom Gericht (und Staatsanwalt) aus und nicht vom Angeklagten. Das rechtliche Gehör könnte an den letzten Satz etwa mit einem „sofern“ angehängt werden. Ein bloßer Verweis auf § 494a Abs 3 StPO sollte nicht erfolgen, denn dann könnte man ja einen unzulässigen Vergleich mit dem Abwesenheitsverfahren ziehen.

Dem letzten Satz des Abs 2 sollte daher Folgendes angefügt werden: „ ... *nicht übersteigen und der Angeklagte dazu gehört wurde.*“

Alternativ könnte dies auch in § 491 Abs 1 Z 1 aufgenommen werden, der dann lautet: „ ... *zum Anklagevorwurf sowie zu einem allfälligen Verfall und Einziehung vernommen und zu einem allfälligen Widerruf nach § 494a Abs. 1 Z. 4 gehört wurde,*“.

Man könnte hier auch die privatrechtlichen Ansprüche einbauen und das Gehör aus dem Abs 2 nehmen: „ ... *zum Anklagevorwurf sowie zu einem allfälligen Verfall und Einziehung vernommen und zu einem allfälligen Widerruf nach § 494a Abs. 1 Z. 4 sowie zu den privatrechtlichen Ansprüchen gehört wurde,*“.

31. Nach den Materialien (Seite 18) soll auf das Recht auf Übersetzungshilfe hingewiesen werden. In welcher Sprache dieser Hinweis erfolgen soll und was das für Konsequenzen für die Strafverfügung hat, bleibt unklar. Der Angeklagte erhält eine mögliche, weil von seinem Verhalten abhängige Enderledigung in einer ihm unverständlichen Sprache gleichzeitig mit der Anklage in derselben Sprache. Es ist verfassungsrechtlich unumgänglich, dass die Strafverfügung und die Anklage in einer für den Angeklagten verständlichen Sprache schriftlich übersetzt werden (siehe *Weßlau*, SK-StPO<sup>4</sup> § 409 Rz 23 mwN; *Riklin*, BSK-StPO Vor Art. 352-356 Rz 5 und Art. 353 Rz 8). Dies muss eigens geregelt sein, und zwar nach Abs 3 und vor Abs 4 des Entwurfs als neuer Abs 4: „*Dem Angeklagten, der die Verfahrenssprache nicht spricht oder versteht, sind der Strafantrag und die Strafverfügung im Umfang des Abs 3 schriftlich zu übersetzen. Im Fall der Blindheit ist Blindenschrift anzuwenden.*“

Der derzeitige Abs 4 ist als Abs 5 um Folgendes zu ergänzen: „ ... *samt dem Strafantrag und der Übersetzung oder Transkription auf die in ...* “.

Zu klären wäre auch, wie der fremdsprachige Angeklagte Übersetzungshilfe für die Erhebung eines Einspruchs bekommt. UU genügt eine entsprechende übersetzte Belehrung in der Strafverfügung.

32. Nach Abs 5 steht auch der Staatsanwaltschaft der Rechtsbehelf des Einspruchs offen. Da sie selbst das Mandatsverfahren beantragen muss, könnte die Rechtsmittelbefugnis sich nur auf die Strafe beziehen, dann aber sowohl zugunsten als auch zulasten. Andererseits hat sich die Staatsanwaltschaft nicht zur Strafe zu äußern, und der Einspruch beseitigt die Strafverfügung zur Gänze. Das erscheint nicht ganz durchdacht.

Darüber hinaus ist es nicht ressourcenschonend, das ordentliche Verfahren nur wegen eines Fehlers bei der Kostenentscheidung (diesbezüglich anders in der Schweiz, vgl *Riklin*, BSK-StPO Art. 354 Rz 3 und Art. 356 Rz 6), der Einziehung oder beim Verfall einzuleiten. Nebenfragen werden so zur Hauptfrage. Einziehung und Verfall – nicht aber die Konfiskation, diese gehört zur Straffrage – könnten in einem selbständigen Verfahren erledigt werden; ein darauf bezogener Einspruch könnte daher auch zu einer Teilbeseitigung der Strafverfügung führen, um ein solches selbständiges Verfahren zu ermöglichen. Der Einspruch hat den Nachteil eines „Alles oder Nichts“-Prinzips; aber vielleicht ist es gut, wenn eine Strafverfügung auch nur wegen Nebensächlichkeiten beseitigt wird, damit ein ordentliches Verfahren (bzw endlich ein Verfahren im eigentlichen Sinn) durchgeführt wird. Auch das spricht gegen das vorgeschlagene Mandatsverfahren.

Andererseits ist fraglich, welches Rechtsmittel jenem offensteht, der zwar Rechtsansprüche an den für verfallen erklärten Gegenständen geltend gemacht hat, damit aber nicht durchgedrungen ist oder dessen Rechte fehlerhaft beurteilt wurden. Ein Einspruch steht ihm nach dem ME nicht offen (zur Rechtsmittellegitimation nach dem schweizerischen Recht, siehe vgl *Riklin*, BSK-StPO Art. 354 Rz 8). § 444 Abs 2 StPO ist kein ausreichender Ausgleich (siehe *Fuchs/Tipold*, WK-StPO § 444 Rz 49 ff). Diese Frage gilt es noch zu klären.

33. Ungeregelt ist das Verhältnis zu § 16 StPO. Diesbezüglich ist jedenfalls eine Klarstellung geboten und sollte nicht der Judikatur überlassen werden. Sonst entsteht eine Meinungsvielfalt wie in Deutschland (siehe *mwN Weßlau*, SK-StPO<sup>4</sup> § 411 Rz 39 ff).

Darüber hinaus wäre zu klären, ob der OGH auf Basis einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes Rechtsfehler in einer Strafverfügung beseitigen kann und was die Konsequenz einer solchen Vorgangsweise ist. Fällt nur der rechtsfehlerhafte Teil weg, sofern eine Teilbarkeit möglich ist, oder die ganze Strafverfügung? Wie ist dann weiter vorzugehen – oder geht das gar nicht, weil der Wegfall der Strafverfügung jedenfalls nachteilig für den Angeklagten ist? Auch dies sollte noch überlegt werden.

34. Statt eines Verweises in § 491 Abs 7 ME sollte in § 43 Abs 2 StPO der Fall der Erlassung einer Strafverfügung als Ausschlussgrund aufgenommen werden. Das wäre systematisch gesehen geboten. Daher ist § 43 Abs 2 Folgendes anzuhängen: „ ... *aufgehoben wurde, oder eine Strafverfügung erlassen hat, die durch einen Einspruch weggefallen ist.*“.

35. Die Strafverfügung soll nicht im Jugendstrafverfahren anzuwenden sein. Eine Begründung liefern die Materialien nicht, was angesichts der für Erwachsene genannten Vorteile (rasche Klarheit, Vermeidung des öffentlichen Auftritts) nicht ganz verständlich ist. Die Materialien sollten eine Begründung aufweisen, die die unterschiedliche Behandlung von Erwachsenen und Jugendlichen als sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen.

36. Fasst man die Überlegungen zusammen, bedeutet die Idee des Mandatsverfahrens eine wesentliche Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Grundsatzes der

Materiellen Wahrheitsforschung. Mit dem Mandatsverfahren wird eine weitere rechtliche Basis von weitgehend abgelehnten Absprachen („deals“) geschaffen. Es kann zu einer sozial unausgewogenen Anwendung kommen und Spannungen in der Richterschaft erzeugen. Es droht die Diversion eingeschränkt zu werden, woran die gesetzlich vorgesehene Subsidiarität nichts ändern kann. Schließlich können Zustellprobleme zu einer kaum oder gar nicht beseitigbaren Verurteilung führen. Daher wird dieser Vorschlag zur Gänze abgelehnt.

Wenn man meint, unter dem Titel der Ressourcenschonung auf Prinzipien des Strafprozesses verzichten zu können und all die genannten Probleme in Kauf nehmen zu wollen, dann ist einiger Änderungsbedarf nötig, der weitgehend wie folgt zusammengefasst werden kann:

§ 491 Abs 1 Z 1 sollte wie folgt ergänzt werden: *„ ... zum Anklagevorwurf sowie zu einem allfälligen Verfall und Einziehung vernommen und zu einem allfälligen Widerruf nach § 494a Abs. 1 Z. 4 sowie zu den privatrechtlichen Ansprüchen gehört wurde.“*

Abs 2 sollte im ersten Satz um folgendes ergänzt werden: *„ ... vertreten ist – verhängt sowie eine Konfiskation ausgesprochen werden.“* Im zweiten Satz entfällt die Konfiskation; ebenso der Teil *„von Gegenständen ... , die sich.“* Dafür sollte ein dritter Satz lauten: *„Die Konfiskation, der Verfall und die Einziehung sind in einer Strafverfügung nur von Gegenständen zulässig, die sich ... [hier folgt der aus Satz 2 gestrichene Teil]“*.

Satz vier könnte im Abs 2 lauten: *„Wurde der Angeklagte nicht zum Verfall oder zur Einziehung vernommen, ist der Ausspruch darüber einem einer gesonderten Entscheidung (§§ 445, 445a) vorzubehalten.“*

Satz fünf: *„Darüber hinaus kann nach Maßgabe des § 366... zu verweisen“* (bisheriger 3 Satz).

Dem bisher letzten Satz des Abs 2 sollte – trotz der Verdoppelung – Folgendes angefügt werden: *„ ... nicht übersteigen und der Angeklagte dazu gehört wurde.“*

Nach Abs 3 sollte ein neuer Abs 4 lauten: *„Dem Angeklagten, der die Verfahrenssprache nicht spricht oder versteht, sind der Strafantrag und die Strafverfügung im Umfang des Abs 3 schriftlich zu übersetzen. Im Fall der Blindheit ist Blindenschrift anzuwenden.“*

Der derzeitige Abs 4 ist als Abs 5 um Folgendes zu ergänzen: *„ ... samt dem Strafantrag und der Übersetzung oder Transkription persönlich zuzustellen (§ 427 Abs 1)“*.

Die Absätze 5 bis 8 sind neu zu nummerieren.

Abgesehen davon wären insbesondere noch einige Fragen des Rechtsmittelrechts und das Verteidigerproblem zu klären.

### Anmerkungen zum Entwurf des § 34 Abs 2 SMG

37. § 445a StPO ist keine ganz unproblematische Bestimmung, was die Materialien eher verschweigen. Daher soll das Procedere des § 445a Abs 2 StPO hier ein wenig beschrieben werden (aus *Fuchs/Tipold*, WK-StPO § 445a Rz 13 ff):

Der Haftungsbeteiligte – sofern es einen solchen überhaupt gibt – hat auch im staatsanwaltschaftlichen Einziehungsverfahren die vollen Rechte eines Beschuldigten; er ist insbesondere vor der Entscheidung von der Staatsanwaltschaft zu den Voraussetzungen der Einziehung anzuhören. Diese Anhörung kann aus denselben Gründen wie beim gerichtlichen Verfahren nach § 445a Abs 1 entfallen. Allerdings muss dem Haftungsbeteiligten jedenfalls die Möglichkeit gegeben werden, die Entscheidung des Gerichts zu verlangen. Dafür hat ihm die Staatsanwaltschaft die beabsichtigte Anordnung der Einziehung mitzuteilen und, wenn diese Mitteilung nicht im Zuge seiner Vernehmung zur Sache erfolgt, eine angemessene Frist, die aber im Gesetz nicht genannt ist, einzuräumen. Wegen dieser Möglichkeit, die Entscheidung des Gerichts zu verlangen, hat der Haftungsbeteiligte gegen die staatsanwaltschaftliche Anordnung kein Rechtsmittel mehr. Darum darf die Anordnung in keinem Fall ergehen, wenn der Haftungsbeteiligte keine Gelegenheit hatte, eine gerichtliche Entscheidung zu verlangen, und sei es auch deshalb, weil er sich im Ausland aufhält oder sein Aufenthalt unbekannt ist. Allenfalls könnte der Haftungsbeteiligte vom Verfahren wissen, so dass ihm die Mitteilung der beabsichtigten Einziehung durch Hinterlegung an seine alte Adresse zugestellt werden kann (§ 82 Abs 2 iVm § 8 ZustellG), andernfalls bleibt der Weg verschlossen.

Die Anordnung der Staatsanwaltschaft ist dem Haftungsbeteiligten bekanntzumachen (§ 81 Abs 1), damit sie nach außen tritt und wirksam wird. Auch hier könnte uU eine Zustellung an die alte Adresse und gegebenenfalls eine Hinterlegung möglich sein, uU aber auch nicht. Vor der Bekanntmachung ist eine Vollstreckung unzulässig. Nur unbekannte (übergangene) Haftungsbeteiligte können ihre Ansprüche gemäß § 444 Abs 2 im Zivilrechtsweg geltend machen (siehe dazu auch *Fuchs/Tipold*, WK-StPO § 444 Rz 6 ff, 15 ff und 48 ff).

Insofern wird nicht immer die erhoffte Beschleunigung möglich sein; daher wird sich die Frage – entgegen der Ansicht der Materialien (Seite 19) – nicht im Rahmen der Rufbereitschafts- oder Journaldienstes stellen.

38. Unklar ist der Fall, wenn kein Beschuldigter bekannt ist. Diese Frage ist nicht geklärt. In § 445a stellen sich überhaupt einige Fragen, die einer Klärung des Gesetzgebers bedürfen (vgl *Fuchs/Tipold*, WK-StPO § 445a Rz 1 ff). Vielleicht sollte man vor Verweisungen auf diese Bestimmungen diesen ein rechtsstaatliches System angedeihen lassen und all die dort auftretenden Probleme lösen.

### **Anmerkungen zum Entwurf der §§ 26, 37 StPO**

39. Es ist überlegenswert, die vorgeschlagene Änderungen in § 209 StPO, etwa als Abs 1a, einzuführen („*Die Regeln des Zusammenhanges (§§ 26, 37) sind im Fall eines vorläufigen Rücktritts nicht anzuwenden.*“). Die Regelung würde auch in diesem Zusammenhang noch besser passen. Ansonsten sollte wohl ein Verweis auf die Diversionsbestimmungen aufgenommen werden. Der Druckfehler in den Erläuterungen bei der ersten Geschäftszahl sollte beseitigt werden.

### **Anmerkungen zum Entwurf des § 108 StPO**

40. Sollte man nicht ein „*höchstens*“ in die Wendung einfügen? Schließlich sollte doch nicht immer die gesamte 4wöchige Frist zur Verfügung stehen.

### **Anmerkungen zum Entwurf der §§ 110, 115 StPO**

41. Der Entfall des Klammerzitats soll die Beschränkung auf Gegenstände beseitigen, um Bankguthaben, auf die betrügerisch erlangte Geldbeträge überwiesen wurden, zu erfassen (Erläuterungen Seite 7). Es sollte aber bedacht werden, dass durch die Erweiterung jeder privatrechtliche Anspruch gesichert werden könnte und nicht nur von vornherein klar umgrenzte Rückforderungsansprüche wie in dem von den Materialien (Seite 7) genannten Beispiel. Jeglicher Schadenersatz oder jegliche Unterhaltsforderungen nach einer fahrlässigen Tötung könnten solcher Art uneingeschränkt durch Zugriff auf das gesamte Vermögen des Beschuldigten oder der Beschuldigten gesichert werden! Das geht enorm weit und enthält nicht die für die einstweilige Verfügung nach § 144a StPOalt vorgesehenen Einschränkungen. Das könnte uU bis zum vollständigen vorläufigen Vermögensentzug durch die Staatsanwaltschaft führen. Das ist jedenfalls zu weitgehend und wohl auch nicht erwünscht. Die allgemeine Verhältnismäßigkeitsklausel würde hier keine ausreichende Grenzziehung ermöglichen.

42. Man könnte die Z 2 vielleicht (sofern das damit ausreichende Grenzen aufgezeigt sind) wie folgt definieren: „*zur Sicherung privatrechtlicher Rückstellungs- und Rückabwicklungsansprüche*“ oder „*zur Sicherung privatrechtlicher Rückforderungsansprüche*“. Letzteres würde dem Gedanken von zivilrechtlichen Leistungskonditionen entsprechen.

### **Anmerkungen zum Entwurf des § 126 Abs 5 StPO**

43. Eigentlich geht es nicht um die „Voraussetzungen“ des § 106 Abs 1 letzter Satz, sondern um die dort genannten „Einschränkungen“. Dies wäre der passendere Begriff und sollte daher in den Gesetzestext aufgenommen werden.
44. Der Entwurf geht das Problem zu Recht auf zwei Ebenen an: Einerseits wird der Bestellvorgang etwas reformiert, andererseits das Fragerecht ausgedehnt. Der Bestellvorgang wird dann nichts an der problematischen Situation ändern, wenn der Sachverständige – bedenklicher Weise – gleichsam als Jäger eingesetzt wird. Diesfalls ist der beste Bestellvorgang von geringem Wert; das Hauptgewicht liegt an den Möglichkeiten, sich mit dem Gutachten inhaltlich im Hauptverfahren auseinanderzusetzen. Da es nach der EMRK auf ein insgesamt faires Verfahren ankommt, wird die Möglichkeit, das Gutachten vor Gericht entsprechend in Zweifel ziehen zu können, immer von Wichtigkeit sein. Denn nur so ist Waffengleichheit gesichert. Daher ist die 2. Ebene wichtiger.

### **Anmerkungen zum Entwurf des § 204 StPO**

45. Die vorgeschlagenen Änderungen, nicht deren rechtspolitischer Hintergrund, verwirren. § 204 macht nun keinen klaren systematischen Eindruck über den genauen Verfahrensablauf. Man sollte ein System schaffen, bei dem klar ist, wann ein vorläufiger und wann ein endgültiger Rücktritt erfolgt. Demnach sollte Abs 1 den vorläufigen Rücktritt vorsehen; der Tatausgleich ist sodann in den Abs 2 bis 4 geregelt; ein Abs 5 sollte dann den endgültigen Rücktritt regeln, wie er auch in § 200 Abs 5 geregelt ist.

### **Anmerkungen zum Entwurf des § 205 StPO**

46. Nach dem Vorschlag soll eine Diversion scheitern, wenn der Beschuldigte den Pauschalkostenbeitrag nicht leistet. Dieser Mangel wird gleichberechtigt mit der Nichterfüllung der übernommenen (diversionellen Haupt-)Pflichten und dem sich dem Bewährungshelfer beharrlichen Entziehens genannt, ist aber im Vergleich dazu doch von untergeordneter Rolle. Aus präventiven Überlegungen die ansonsten gelungene Diversion an den Pauschalkosten scheitern zu lassen, erscheint als übertriebene Reaktion. Man sollte von dieser Reform Abstand nehmen. Schließlich wird das anschließende Verfahren wohl mehr als € 250 kosten. Vielleicht gibt es andere, ressourcenschonendere Wege, um dieses Manko zu beseitigen.

### **Anmerkungen zum Entwurf des § 249 Abs 3 StPO**

47. Das Fragerecht durch den Privatsachverständigen vorzusehen erscheint als sehr vernünftig und ist letztlich uU sogar menschenrechtlich geboten. Denn es muss sicher gestellt sein, dass sich der staatliche bestellte Sachverständige mit den Argumenten der Verteidigung (etwa auf Basis eines Privatgutachtens) auseinandersetzt und der Angeklagte sein Recht auf Waffengleichheit ausreichend ausüben kann. Eigentlich sollte das erkennende Gericht ausreichendes Interesse an den von Privatgutachtern vorgebrachten Argumenten haben, um nicht grenzenlos einem Sachverständigen die eigene Aufgabe der Beweiswürdigung und Entscheidung zu übertragen. Dies ist aber derzeit nicht der Fall, vielmehr wird auf Grund des Bestellvorganges (Formalvorgang) dem Gerichtssachverständigen inhaltlich volles Vertrauen geschenkt (wiewohl er billiger arbeiten sollte als der Privatsachverständige), während beim Privatsachverständigen aus diesem formalen Grund inhaltlich volles Misstrauen geschenkt wird. In Wirklichkeit sollte es um Sachargumente gehen und nicht um die Art des Bestellvorganges.

Die derzeitige Praxis ist oft menschenrechtlich bedenklich. Der Vorschlag ist ein erster Schritt in die richtige Richtung. Unklar ist hier, wie die Praxis reagiert, denn die Durchsetzbarkeit des Fragerechts ist nicht leicht. Wenn der Vorsitzende (Einzelrichter) nicht will, kann höchstens ein Antrag eine Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO nach sich ziehen. Ob diese Ziffer dann wirklich erfüllt ist, hängt von der Judikatur des OGH ab. Allenfalls ist die Anrufung des EGMR geboten, die in der Praxis auch verstärkt gemacht werden sollte.

Das Gutachten des Privatsachverständigen ist durch Übernahme in die Gegenäußerung noch nicht Teil des Beweisverfahrens geworden. Das sollte auch bedacht werden.

### **Anmerkungen zum Entwurf des § 393a StPO**

48. Die Beitragserhöhung ist löblich, bleibt aber hinter dem Notwendigen zurück und soll laut den Materialien (Seite 16) auch sehr einschränkend zugesprochen werden. Viel bleibt somit nicht übrig. Es wäre wohl richtig, im Fall nachweislich höherer Kosten in der Regel (somit nahezu stets) den Höchstbetrag zuzusprechen, und nur im Ausnahmefall davon abzugehen. Bildlich gesprochen muss man keine „Ferrari“ oder „Mercedes“-Verteidigung bezahlen, es genügt eine „VW-Polo“-Verteidigung. Wenn diese aber den Höchstbetrag übersteigt, ist dieser Höchstbetrag zuzusprechen. Es handelt sich ja dann ohnedies nur um einen „Beitrag“ zu den tatsächlichen Kosten. So gesehen wäre auch dieser Ansatz vom Gesetzeswortlaut gedeckt. Die Materialien sollten hier daher zurückhaltender formuliert sein.

### **Anmerkungen zum Entwurf des § 35b StAG**

49. § 35b wird es der Medienstelle auf Grund der genannten Parameter nicht leicht machen, die Medien zu informieren – und das ist gut so. Angesichts der raschen Vorverurteilungen durch die Medien ist größte Zurückhaltung geboten.

### **Abschließende Bemerkungen**

Sofern gegen Bestimmungen keine Einwände erhoben wurden, bedeutet das keine Zustimmung. Der Grund liegt vielmehr darin, dass mir der nötige Blick für die mit den Vorschlägen verbundenen Probleme gefehlt hat.

Es gibt viele Problemfelder in der StPO. Der Entwurf schafft einige neue und sollte daher in vielerlei Hinsicht überarbeitet werden. Es sollten aber auch andere Bereiche endlich einer Lösung zugeführt werden. Als Hauptpunkt sei die Reform des Rechtsmittelverfahrens genannt. Und um einen kleinen Bereich zu nennen, sei die Stellung des Privatanklägers genannt. Straftaten im Internet sind nahezu nicht verfolgbar, was uU zu einer Europarechtswidrigkeit führt. Auch erscheint eine Wiedereinsetzung für den Privatankläger längst geboten. Diese Beispiele seien als pars pro toto genannt.

Abschließend muss festgestellt werden, dass das Gesetzgebungsverfahren offenbar nicht an den Ressourceneinsatz denkt: Die „Wirkungsorientierte Folgenabschätzung“ erscheint als offensichtliche Ressourcenverschwendung. Ob ihrer teilweisen Absurdität nötigt sie dem Leser aber durchaus gelegentlich ein Lächeln ab, das aber nicht im Verhältnis zum Erstellungsaufwand steht. Im Übrigen sollte man nicht über Materialien lächeln. Die „Wirkungsorientierte Folgenabschätzung“ erscheint als Musterfall einer Fehlentwicklung und offensichtlichen Ressourcenverschwendung und sollte beseitigt werden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold