



2017, 350

Strafrecht und Grundrechtsschutz¹⁾

Von Präsident des OGH Hon.-Prof. Dr. Eckart Ratz, Wien. Der Autor ist Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO, verantwortlich für den strafrechtlichen Teil des Evidenzblatts der Rechtsmittelentscheidungen der ÖJZ und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien.

Unser Verständnis von gleichem Recht für alle fußt auf europäisch einheitlich verstandenen Grundrechten, Demokratie und Gewaltenteilung, erlaubt europaweit einheitliche Regeln und gebietet Subsidiarität. Im Kriminalstrafrecht ist klare Begrifflichkeit im Rechtsvollzug und im Dialog zwischen Demokratie und Rechtsstaat gleichermaßen unverzichtbar.

I. Grundrechte

Präsident Dr. *Wolff* hat mich zu einem Impulsreferat eingeladen. Ich soll also keine Lösungen anbieten, womöglich nicht einmal meine Meinung zu Lösungsansätzen sagen, sondern Anstoß geben. Ihre Aufgabe ist es folgerichtig, an dem, was ich sage, Anstoß zu nehmen.

Da der Mensch, wie *Aristoteles* sagt, ein *zoon politikon* – ein staatliches Wesen – ist, setzen wir den Staat als Organisationsprinzip für geordnetes und geschütztes Zusammenleben voraus. Während im Gottgnadentum der Herrscher seine Macht vererben kann, wird staatliche Macht in der Gegenwart nur für eine bestimmte Zeit vom Volk verliehen.

Schon *Thomas von Aquin* hatte – gegen die weltliche Macht des Kaisers gerichtet – die „*vox populi*“ der „*vox dei*“ gleichgesetzt. Heute spricht man besser vom Gesellschaftsvertrag. In seinem 1651 erschienenen Standardwerk „*Leviathan*“ hat *Thomas Hobbes* als Naturzustand den Krieg aller gegen alle beschrieben, der durch Übertragung sämtlicher Gewalt an den *Leviathan* befriedet werde. Die Bürger hätten einen Vertrag geschlossen, um alle Macht dem König zu übertragen. Der König sei aber nicht Vertragspartner und besitze deshalb zwangsläufig unbegrenzte Autorität – einen Unterwerfungsvertrag.

Samuel Pufendorf hat 1672 dann von der Würde des Menschen gesprochen, die wir heute ganz prominent in Art 1 sowohl des deutschen Grundgesetzes als auch der EU-Grundrechtecharta garantiert finden. Der Mensch, so *Pufendorf*, sei „von höchster Würde, weil er eine Seele hat, die ausgezeichnet ist durch das Licht des Verstandes, durch die Fähigkeit, die Dinge zu beurteilen und sich frei zu entscheiden [...]“²⁾ Schon *Protagoras* hatte ja gemeint, er könne weder sagen, dass es Götter gebe noch, dass es sie nicht gebe, weshalb der Mensch das Maß aller Dinge sei.

John Locke, den wir viel besser kennen als *Pufendorf*, hat 1690 den Weg zur heutigen bürgerlichen Demokratie gewiesen. In *Lockes* Formulierung der Vertragsdoktrin von *Hobbes* ist die Regierung nun Vertragspartner – ein Gesellschaftsvertrag. Seine Erwägungen führen zu der Auffassung, dass Regierungen nicht absolut sein sollten.

Partner des Gesellschaftsvertrags ist nach *John Locke* also auch der Herrscher selbst. Denn: „Absolute monarchy is as if men protected themselves against pole-cats and foxes, but are content, nay think it safety, to be devoured by lions.“³⁾

Der Mensch hat also Grundrechte. Ihrem Ursprung nach sind Grundrechte Abwehrrechte gegen die Staatsgewalt. Die Grundrechte von EMRK und EU-GRC sind im Prinzip allgemein akzeptiert. Den Abwehrrechten stehen heute Gewährleistungsansprüche gegen den Staat gegenüber. Der Staat hat ua für eine effektive Strafverfolgung zu sorgen, damit die Menschen ihre fundamentalen Ansprüche auch leben können. Das Grundrecht auf Privatleben wäre wertlos, wenn der Staat nichts gegen Eindringlinge in die Privatsphäre unternehmen würde, jenes auf Leben nutzlos ohne die Strafverfolgung von Mördern. Drittwirkung und soziale Grundrechte⁴⁾ sind weitere Schlagworte in diesem Zusammenhang.

II. Demokratie und Rechtsstaat

Sämtliche Verfassungen der Mitgliedstaaten und der EU-Vertrag verlangen aber auch Demokratie als Staatsform. Art 1 unserer Verfassung drückt die Beziehung von Demokratie und Rechtsstaat mit den Worten aus, dass das Recht vom Volk ausgehe. Art 2 EUV bezeichnet Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als „Werte, auf die sich die Union gründet“.

Seit den Revolutionen in den USA und Frankreich im 18. Jahrhundert hat sich zudem die Idee Gewaltenteilung als unabdingbare Freiheitsgarantie durchgesetzt. Manche Staaten teilen selbst die Gerichtsbarkeit, die sich ohnehin über dezentrale Gewaltausübung – Unabhängigkeit genannt – definiert, weiter auf, zB Deutschland

1) Impulsreferat bei der 45. Europäischen Präsidentenkonferenz am 24. 2. 2017 in Wien; die Vortragsform wurde beibehalten.

2) Vgl. *U. Wiesel*, Geschichte des Rechts in Europa 397 f.

3) Vgl. *B. Russel*, Philosophie des Abendlandes (Anaconda 2012) 639 f.

4) Ungemein instruktiv dazu: *Wiederin*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, in *Peter M. Huber* (Hrsg.), Der Sozialstaat in Deutschland und Europa (2005) 53.

und Österreich, wo – anders als etwa in den USA – auf spezielle Verfassungsgerichte gesetzt wird.

Da es die eine Wahrheit in Wertungsfragen nur in Glaubensgemeinschaften, nicht aber in demokratischen Verfassungsstaaten gibt, Werte zwar rational diskutierbar, aber nicht logisch beweisbar sind, wird in manchen europäischen Staaten, keineswegs überall *nota bene*, etwa nicht im Vereinigten Königreich oder in den Niederlanden, besonders prominent aber in Deutschland, von Verfassungsrichtern jene Weisheit erwartet, die man demokratischen Mehrheiten – auf denen der Geltungsanspruch der Gesetze gründet – nicht zutraut.⁵⁾

Von ihnen erfährt man heute, was die einzigartige Würde des Menschen ausmacht, was die demokratische Mehrheit sachlich gelöst und wo sie bloß willensgekürt – willkürlich gehandelt hat. Im europäischen Kontext haben der EGMR in Straßburg und der EuGH in Luxemburg diese Funktion übernommen, was zu einer starken Annäherung der Grundrechtsstandards in den Mitgliedstaaten und den Staaten des Europarats geführt hat.

Und trotzdem scheint man sich vollkommen einig darüber, dass der **Grundsatz der Gesetzesbindung** die „Zentralnorm der demokratischen Rechtsstaatlichkeit“ ist.⁶⁾ Dabei hört, wie es *Wiederin* auf den Punkt gebracht hat, die Demokratie dort auf, wo die Menschenwürde beginnt.⁷⁾ Ich spreche vom Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaat. Demokratie ist Mehrheitsherrschaft, Rechtsstaat erwartet man sich von den Richtern. Sie sollen nicht nur den Willen der Mehrheit gegenüber dem Individuum im Zaum halten, sondern auch garantieren, dass Gesetz gewordene Mehrheitsentscheide im Einzelfall gerecht umgesetzt werden.

Was aber bedeutet Gesetzesbindung in Europa, wo die leitenden Grundsätze des Rechts der EU zu einem Gutteil „Schöpfung eines Gerichts“ sind und bis heute in den Gründungsverträgen keine Grundlage haben –⁸⁾ eines Gerichts, dessen „Selbstverständnis auch auf die Mitgliedstaaten ausstrahlt“, ganz besonders auf Verwaltungsgerichte und ordentliche Gerichte? Diese haben nationales Recht, auch Verfassungsrecht, gegenüber jeder Norm, auch des Sekundärrechts, unbeachtet zu lassen und eine Normerzeugungsfunktion zu übernehmen, die – wie *Wiederin* betont – dem VfGH bei der Normenkontrolle verwehrt und dem Gesetzgeber vorbehalten ist.⁹⁾

Und was sagt uns das über den Geltungsanspruch des Rechts der EU, der vom Volkswillen abgeleitet wird? Ist der Wille der Exekutiven jener des Volkes, das auf Gewaltenteilung setzt? Begreift der Wähler zum Europäischen Parlament dessen Abgeordnete als diejenige, an welche er seine Befugnisse delegieren will?

Gleiches Recht für alle in einem demokratischen Europa hat viele Facetten und es ist lohnend und nötig, sich darüber Gedanken zu machen. Gleiches Recht für

alle, Verhinderung von Ungleichheiten – und das noch dazu möglichst im gesamten europäischen Rechtsraum – ist also nicht ohne Grund das Generalthema ihrer Konferenz!

III. Gleichheit bei Verschiedenheit

Gleiches Recht für alle und Demokratie verlangt vor diesem Hintergrund strikte Subsidiarität. In diesem Sinn ist es gleichgerecht, wenn nationale Volksvertretungen der Mitgliedstaaten unterschiedliche Regelungen für gleichartige Sachverhalte schaffen. In diesem Sinn ist die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten gerecht und ist es gerecht, wenn der EuGH in stRsp trotzdem mit Blick auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit betont, dass europarechtliche Ansprüche gegenüber solchen des innerstaatlichen Rechts in ihrer Durchsetzung – auch unter dem Aspekt von Schnelligkeit und Kosten – nicht benachteiligt werden dürfen.¹⁰⁾

Es muss also, ganz is der platonischen Unterscheidung von arithmetischer und geometrischer Gerechtigkeit, keineswegs jeder Sachverhalt in jedem Mitgliedsland gleich geregelt sein, um nicht von einer Ungleichheit im europäischen Rechtsraum sprechen zu müssen. Bekanntlich nehmen ja auch die nach Art 288 AEUV in Verordnungen, Richtlinien, Beschlüssen, Empfehlungen und Stellungnahmen zerfallenden Rechtsakte der Union darauf Rücksicht und betont das 15. Zusatzprotokoll zur EMRK den in der Rsp des EGMR zunehmend angesprochenen „margin of appreciation“.

IV. Gleiches Kriminalstrafrecht

1. Grundrechtliche Vorgaben

Im Strafrecht spielt Rechtssicherheit als Ausprägung von Gleichgerechtigkeit gegenüber anderen Rechtsbereichen eine herausragende Rolle. Art 7 EMRK und Art 49 der EU-Grundrechtecharta garantieren ausdrücklich, dass keine Strafe ohne Gesetz ausgesprochen werden darf. Art 6 EMRK enthält über allgemeine Verfahrensfairness weit hinausgehende Verteidigungsgarantien. Strenge Regeln gegen Mehrfachverfolgung stellen Art 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK im nationalen und Art 50 der EU-Grundrech-

5) Vgl. B. Rütters, Vom Rechtsstaat zum Richterstaat 21.

6) Vgl. Eberhard, Verfahrensökonomie und Effektivität des Rechtsschutzsystems, JRP 2014, 90 (92).

7) *Wiederin*, Sterbehilfe für die Demokratie, RdM 2014, 303.

8) Vgl. *Wiederin*, Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht, in *Griller/Kahl/Kneiß/Obwexer* (Hrsg.), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs 179 (184).

9) *Wiederin*, Vorrang 197.

10) Vgl. statt aller: *Haider* in *Mayer/Stöger* (Hrsg.), Kommentar zu EUV und AEUV Art 4 Abs 3 EUV Rz 25 ff; zu Gemeinschaftsfreiheiten s. EuGH, C-34/02, *Pasquini*, Rz 59.

techarta im europäischen Kontext auf. Die Formstrenge des Strafverfahrens wird in Art 6 Abs 2 EMRK und Art 48 Abs 1 der Grundrechtecharta explizit herausgestrichen.

Strafrecht bedeutet bewusste Übelzufügung gegenüber dem Rechtsbrecher und dient primär der nachhaltigen Bekräftigung für das Zusammenleben besonders wichtiger Regeln. Das kann nur gelten, wenn der Rechtsunterworfenen die Norm – das Gesetz – klar vor Augen hat, sein Verhalten danach ausrichten kann.

2. Gleicher Vollzug durch klare Begriffe

Recht, das erst im Nachhinein durch geschwätziges Aneinanderreihen je für sich plausibel erscheinender Argumente geschaffen wird, genügt diesen Anforderungen nicht. Stattdessen muss die Rückführung auf das Gesetz klar fassbar, falsifizierbar sein. Tritt das Gesetz hinter das Rechtsgefühl des Richters,¹¹⁾ bleibt nicht nur die Demokratie auf der Strecke, meist ist es auch die Rationalität und damit gerade das, was der Bürger sich vom Richter erwartet, was diesen legitimiert. Nicht in ein stimmiges dogmatisches Konzept gebrachte Gefühlsjurisprudenz bedeutet eine besonders gefährliche Form von Machtausübung, die Richtern nicht zukommt. Inhalte, die nicht auf klare Begrifflichkeiten heruntergebrochen werden, verleihen keine harten, durchsetzbaren Rechte – sichere Schutzmauern für den Freiheit suchenden Bürger.

Der österreichische OGH hat daher in den letzten Jahrzehnten exakter Begrifflichkeit zum Schutz von Rechtsunterworfenen spezielles Augenmerk geschenkt. Sämtliche Entscheidungen, die von 1993 bis Jänner 2017 im verstärkten Senat getroffen wurden,¹²⁾ gründen just darauf. Wer im Strafrecht mitreden oder auch bloß auf der sicheren Seite sein will, kommt nicht umhin, die in ständiger Rsp gebrauchten Begriffe und deren Inhalt genau zu kennen.

Das gilt auch im Rechtsmittelverfahren, wo exakt ausformulierte Anfechtungskategorien nach Art einer Checkliste den Verteidigern klare Orientierung über ihre harten Rechte und darüber geben, wo das Rechtsmittelkalkül nicht greift, wo es also allein darauf ankommt, die in erster Instanz tätigen Richter zu überzeugen.

Was nicht sozusagen über Bilder oder im Smalltalk gleichsam nebenbei aufgenommen werden kann, was mit anderen Worten volle Konzentration verlangt, erzeugt zuerst einmal Widerwillen. Exakte Algorithmen, mit anderen Worten logisch allgemein gültige Rechtsatzbildung, ist intellektuell fordernder als freies Assoziieren – gleichsam *anlässlich*, weniger *zur* Falllösung. Jeder von uns weiß, dass es auch Zeit braucht, kurz zu sein!

Primäre Aufgabe des Rechts ist nicht Streitentscheidung, sondern Streitvermeidung! Für Streitvermeidung bedarf es klar erkennbarer Grenzen. Die-

jenigen für den Bürger müssen noch dazu leicht verständlich sein, natürlich nach Maßgabe der jeweiligen Verkehrskreise, an die sich eine Strafnorm richtet. Die entscheidenden Tatsachen bei Bilanzdelikten müssen nur einschlägig befassten Funktionären, entscheidende Tatsachen bei Delikten gegen Leib und Leben aber von jedermann verstanden werden.

3. Beispiele aus der Rsp des OGH

Und es lohnt sich allemal, vom Gesetz eingeführte Begrifflichkeiten nicht gleichsam brachliegen zu lassen. Wenn etwa im **Korruptionsstrafrecht** alles vom rechten Verständnis eines angebotenen oder angenommenen Vorteils abhängt, macht es Sinn, diesen exakt vom allgemeinen Leistungsbegriff abzugrenzen.

Wenn also nach der Definition von „Transparency International“ Korruption „misuse of entrusted power for private gain“ ist, kann Vorteil nur etwas sein, was aus der Leistungsbeziehung zwischen den Rechtsträgern oder Unternehmen, für die der angeklagte Amtsträger tätig ist, herausfällt.¹³⁾ Vorteil für einen Dritten kann dann nicht das sein, was der Körperschaft oder dem Unternehmen des Amtsträgers oder was dem Unternehmen des Bediensteten oder Beauftragten zufließt.

Die „Sauberkeit“ der staatlichen Verwaltung oder privatwirtschaftlich organisierter Körperschaften wird sogar wohl geschützt, aber eben nur mittelbar über die Sauberkeit ihrer Amtsträger. Und Amtsträger wissen dann ganz genau, dass sie sich voll für ihre Körperschaft oder ihr Unternehmen einsetzen, alles für sie herausholen können.

Dass für Hoheitsakte nur gesetzlich festgelegte Gebühren zu leisten sind, stellt in Österreich der Tatbestand des Missbrauchs der Amtsgewalt sicher. Der „Verkauf“ von Hoheitsakten ist also streng strafbewehrt, mit Korruption aber hat er nur bei Privatleistungen etwas zu tun, und auch die Lauterkeit des Wettbewerbs muss hier nicht interessieren. Vor allem

11) Vgl. ua *Schünemann*, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die progressive Rückschrittpropaganda, ZIS 2016, 654 (667); zuletzt eingehend *Schilling*, Die Gesetzesbindung des Richters im Rechtsstaat, ZÖR 2016, 595.

12) 11 Os 95/02 EvBl 2003/182 (Ausscheiden einer Strafnorm aus dem Rechtsbestand); 11 Os 119/06 a EvBl 2007/130 (Abgrenzung Versuch/Vollendung als Gegenstand der Sanktions-[statt Subsumtions-]rüge und der Berufung); 13 Os 1/07 g EvBl 2007/130 (Aufgabe des fortgesetzten Delikts und teilweiser Ersatz durch tatbestandliche Handlungseinheit); 14 Os 172/11 t EvBl 2012/163 (Beschränkung auf einmalige Erfolgszurechnung).

13) Grundlegend: *Lewisch*, Aktuelle Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, in FS Bernhard Raschauer 335 (349); *ders*, Korruption und Compliance, in: *Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* (2013) 43 (51 ff); *ders*, Altes und Neues zum Korruptionsstrafrecht, in *Lewisch* (Hrsg.), *Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit* 2015, 1; vgl. aber auch 17 Os 8/16 d EvBl-LS 2016/116 = JBl 2016, 672 (*Birkbauer*).

Gemeindepolitikern wird so die schwierige Abgrenzung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung erspart, ohne auf Strafbarkeit beim Befugnismissbrauch zu verzichten – ein begrifflich klar abgesteckter „save harbor“.

Dass im **Prozessrecht**, jedenfalls dort, wo Anwaltszwang besteht, andere Maßstäbe gelten, ist klar. Nach anfänglich massiven Irritationen über eine stark an Begriffsschärfung ausgerichtete Judikatur der letzten 20 Jahre scheint das in Österreich auch von Verteidigerseite zunehmend akzeptiert zu werden; nicht zuletzt wohl auch, weil im wertschätzenden Dialog mit der Anwaltschaft¹⁴⁾ immer wieder bei einzelnen aus Sicht der Verteidigung wichtigen Rechtssätzen nachjustiert wird.

So ist es in dieser Zeit gelungen, die einschlägige Grundrechtsjudikatur des EGMR im beeindruckend anpassungsfähigen System der Nichtigkeitsgründe des Strafverfahrens vollständig abzubilden und als handwerkstaugliche Spruchformeln für das Erkenntnisverfahren zur Verfügung zu stellen.¹⁵⁾

Daraus folgt etwa die strikte Unterscheidung von **Beweisverwendung** und **Beweisverwertung** bei den immer häufigeren Beweisverboten. Dass es nämlich zu spät ist, den Verstoß gegen ein Beweisverbot erst nachträglich zu reklamieren, erfolgreiche Beschwerdeführung vielmehr verlangt, durch sachgerechte Anträge bereits das Vorkommen des verbotenen Beweises in der Hauptverhandlung zu verhindern. Verteidiger werden so zu einer aktiven Rolle bereits im erstinstanzlichen Verfahren veranlasst, in dieser aktiven Rolle aber auch ernst genommen, etwa wenn die Verteidigung gegen die Verwendung eines Beweises einwenden kann, dass der reklamierte Verstoß einem unter ausdrückliche Nichtigkeitsanktion gestellten einigermassen gleichwertig ist.¹⁶⁾

Gerade bei den Beweisverboten ist es wichtig, deren Bedeutung im nationalen Kontext von „checks and balances“ nicht aus den Augen zu verlieren, sie also nicht isoliert, losgelöst von ihrem Schutzzweck, in den jeweiligen Verfahrensordnungen zu sehen.¹⁷⁾

Die US-amerikanische Beweisverbotslehre, die sog. „exclusionary rule“, hängt ja entscheidend mit dem dortigen Jurysystem und der höchst heterogen organisierten Polizei zusammen, deren Disziplinierung sich kaum anders einheitlich gewährleisten lässt. Die österreichische Polizei dagegen ist weitgehend zentral organisiert. Man muss sich also hüten, das Kind mit dem Bade auszuschütten und auf den Nutzen gewonnener Beweise in einer Art Grundrechtsrausch unnötig zu verzichten.

Selbstverständlich gilt, dass im Rechtsstaat der Zweck nicht alle Mittel heiligt. Welche Mittel man der Polizei, die ja unser aller Grundrechte schützen soll, aber versagt, sollte man besser nüchtern als im Rausch entscheiden. Und dabei die Analyse von *Rogall*

im Auge behalten, der feststellt, dass weder das deutsche nationale Verfassungsrecht noch das europäische Recht eine Bestimmung enthält, die die Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln zwingend verbietet.¹⁸⁾

4. Gleichheit durch Dialog der Staatsgewalten

Durch möglichst klare Begrifflichkeit wird auch der Dialog zum Gesetzgeber vereinfacht. Der Wille zur Gesetzesbindung als Grundprinzip demokratischer Rechtsstaatlichkeit muss nämlich auf beiden Seiten vorhanden sein. Gesetze, die in der Rsp stets gleich verwendete Begrifflichkeiten ignorieren, verlieren ihre Regelungskraft. Mehrdeutigkeiten deregulieren und nötigen den Richter, Strukturen zu *erfinden*, statt *aufzufinden*, wo es gilt, Gleichgerechtigkeit herzustellen.¹⁹⁾ Umgekehrt kann ein klarer Rechtssatz vom Gesetzgeber auch zum Anlass auszusprechen. Das ist Demokratie!

Begrifflich unsauberes Aneinander-Vorbeireden schafft Unordnung – und wenn Recht Ordnung bedeutet: Unrecht. Klare Rechtssätze erkennt man daran,

14) Vgl zuletzt *Wolff*, AnwBl 2016, 637, aber auch die jährliche Einladung und Teilnahme von Mitgliedern des OGH bei der Strafrechtskommission des österreichischen Rechtsanwaltskammertags.

15) Näher: *Ratz*, Grundrechte in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2005, 318; *ders*, Überprüfung von Entscheidungen durch den OGH in Strafsachen, ÖJZ 2010, 983 (988 f); *ders*, Begrifflichkeiten und Strukturelemente des Straf(prozess)rechts im Lichte der Rechtsprechung des OGH, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch für Wirtschaftsstrafrecht 2016, 119.

16) Vgl *Ratz* in WK-StPO § 281 Rz 195, 222, 337, 354 ff.

17) Instrukтив: *Rogall*, Grundsatzfragen der Beweisverbote, in *Höpfel/Huber* (Hrsg), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen 119; *Rogall* lehnt die Theorie *Amelungs* über angebliche Informationsbeherrschungsrechte ab, weil sie „das mit jedem persönlichen Gut verbundene Recht der Verfügung über dieses Gut zu einem informationellen Ausschließlichkeitsrecht aufwertet“ (132 FN 82). Es gehe aber „im Strafprozess nicht um die Erfüllung privater Informationsansprüche, sondern um die Erledigung öffentlicher Aufgaben [...] Auf ein derartiges ‚privates Anspruchs- und Aktionendenken‘ [...] könnte sich kein strafverfahrensrechtliches System einlassen.“ (139). Obwohl *Rogall* die Disziplinierungsfunktion als Rechtfertigungsgrund ablehnt, läuft seine Systematisierung im Ergebnis auf nichts anderes hinaus, außer dass er auch Handeln Privater uU Beweisverboten unterstellen will. Vgl auch *Gerald S. Reamey*, The American exclusionary Rule Experience, in *Höpfel/Huber* (Hrsg), Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen 191, der eine knappe, aber sehr lehrreiche Einführung über die US-amerikanische Beweisverbotslehre liefert. Danach fußt die exclusionary rule auf der Zusammenschau von 4. (unreasonable searches and seizures) und 5. Verfassungszusatz (Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung), hängt stark mit dem amerikanischen jury-System zusammen und auch mit der höchst heterogen organisierten Polizei, sodass die Disziplinierungsfunktion sich anders kaum einheitlich gewährleisten lasse, weil disziplinäre Maßnahmen vor allem bei Unkenntnis etc nicht greifen. Neben der Disziplinierungsfunktion wird die Rolle des Staates als Lehrer hervorgehoben.

18) *Rogall*, Grundsatzfragen 129.

19) Vgl *Ratz*, Wechselwirkungen zwischen Judikatur und Legislative im Strafprozessreformgesetz, ÖJZ 2005, 705.

dass sie sich falsifizieren lassen. Was sich der Falsifizierung entzieht, ist Willkür, nicht Recht.²⁰⁾

Nicht ohne Grund zählte im Nationalsozialismus „der Wert und nicht die Norm, der Geist und nicht das Wort. [...] Auch die Gesetze der nationalsozialistischen Epoche werden mit ihrem Wortlaut nicht ernstgenommen, sondern als Sinnträger von Prinzipien aufgefasst, die es dem Interpreten – hat er sie einmal erkannt – erlauben, einzelne fehlerhaft formulierte Regeln auszublenden oder sie anders zu arrangieren. [...] Mit dem Wortlaut der Norm zu argumentieren oder sich gar auf das Schweigen des Gesetzes zu berufen, gilt [...] als Ausdruck primitiven Rechtsdenkens, als starrsinniges Verharren in überwunden geglaubtem Positivismus, weil es stets nur darum gehen kann, den als richtig erkannten Prinzipien im Wege der Analogie flächendeckend zum Durchbruch zu verhelfen.“²¹⁾ „Diese Art der Begriffsbildung lässt einerseits viel diskretionären Spielraum und erlaubt es andererseits doch, das schlussendlich erzielte Ergebnis – wie immer es ausgefallen sein mag – zu begründen; sie gibt im Grundsätzlichen eine Orientierung und belässt gleichzeitig die konkrete Folgerung in der Schwebe.“²²⁾ – so *Wiederin* in einer höchst lesenswerten Abhandlung über *Ernst Rudolf Huber* und das Verfassungsrecht im „Dritten Reich“.

In die gleiche Kerbe schlägt *Rüthers*, wenn er sagt: „Der Kampf der Rechtserneuerer im Nationalsozialismus richtete sich vor allem gegen den als ‚Normativismus‘ geschmähten Gesetzespositivismus, also gegen die Fortgeltung der überkommenen Gesetze. [...] Der zweite Hauptgegner war die Interessenjurisprudenz, weil sie von einer strikten Gesetzesbindung ausging. Diese stand der beabsichtigten Umdeutung der ‚unvölkischen‘ Teile der Rechtsordnung im Wege. Die Rechtserneuerer hatten ein Ziel: Die Rechtsanwendung sollte, oft unter dem Deckmantel angeblicher ‚Auslegung‘, zum Gesetzgebungsersatz werden.“²³⁾

V. Gleichheit durch ordentliches Gericht als oberste Instanz (Art 92 B-VG)

1. Erneuerung des Strafverfahrens

Durch ein gewandeltes Verständnis der auf Überleitung von Entscheidungen des EGMR ins nationale Recht angelegten sog Erneuerung des Strafverfahrens hat der OGH 2007 eine allgemeine Grundrechtsbeschwerde gegen rechtskräftige Strafgerichtsentscheidungen zugelassen und sich so in die Lage versetzt, mit Blick auf das der EMRK zugrunde liegende Subsidiaritätsprinzip gleich selbst für höchstgerichtlichen **Grundrechtsschutz** zu sorgen. Dem Rechtsunterworfenen wird so jahrelanges Warten auf eine Entscheidung aus Straßburg – womöglich erst nach vollzogener Freiheitsstrafe – erspart.

Der OGH hat sich dabei – was zumeist übergangen wird – strikt an die Wortlautgrenze der Vorschrift gehalten, die – auf das Wesentliche verkürzt – lautet: Wenn der EGMR eine Grundrechtsverletzung feststellt, hat der OGH das Verfahren zu erneuern, falls der Betroffene dadurch einen Nachteil erlitten haben könnte. Das Gesetz lässt die exakte Bedeutung der einleitenden Bedingung offen, sagt also nicht, dass die Erneuerungsbefugnis des OGH zwingend von einem Erk des EGMR abhängt, er also *nur* erneuern darf, wenn eine Entscheidung aus Straßburg vorliegt. Dann aber kann er die Grundrechtsverletzung zeitsparend gleich selbst prüfen und der Betroffene ist nicht auf nachträgliche Hilfe der internationalen Gemeinschaft angewiesen. Der EGMR hat den Ball aufgenommen und verlangt seit 2015 die Ergreifung des Rechtsbehelfs unter dem Aspekt der Rechtswegausschöpfung nach Art 35 EMRK.

Dass der Rechtszug für nationale Grundrechte auch bei Verletzungen der EU-Grundrechtecharta offen sein muss, liegt für mich auf der Hand.²⁴⁾ Der EuGH verlangt bekanntlich in *stRsp*, dass aus dem EU-Recht abgeleitete Ansprüche gegenüber solchen des nationalen Rechts prozessual nicht benachteiligt werden dürfen, und zwar auch iZm der Aufhebung bereits rechtskräftig gewordener Entscheidungen.²⁵⁾

Praktisch alle anderen nationalen Grundrechte lassen sich ohne besondere Mühe als spezifische Ausprägung der Grundrechtsverheißungen von EMRK und deren Zusatzprotokollen verstehen,²⁶⁾ sodass der OGH ungemein effizient umfassend höchstgerichtlichen Grundrechtsschutz garantiert und der früher ständig wiederholte Ruf nach einem Rechtszug an den VfGH heute unangebracht scheint.²⁷⁾ Die Entscheidung ist noch dazu gebührenfrei, ergeht binnen

20) Vgl *W. Hassemer* in *B. Rüthers*, Vom Rechtsstaat zum Richterstaat 91.

21) *Wiederin*, Ernst Rudolf Huber und das Verfassungsrecht im „Dritten Reich“, in *Ewald Grothe* (Hrsg), Ernst Rudolf Huber, Staat – Verfassung – Geschichte (Nomos 2015) 199 (221).

22) *Wiederin*, Ernst Rudolf Huber 224.

23) *B. Rüthers*, Vom Rechtsstaat zum Richterstaat 15f.

24) Vgl *Ratz*, Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes im Straf- und Medienrecht, in *Pilgermair* (Hrsg), Perspektiven der Justiz (2013) 155 (157, 171).

25) Reklamierte Verletzung von EU-Grundrechten wurden vom OGH stets als Gegenstand von Erneuerung akzeptiert (vgl Art 4 Abs 3 EUV und die daraus vom EuGH abgeleiteten Grundsätze von Äquivalenz und Effizienz; was die Pflicht zur Behebung in Rechtskraft erwachsener Entscheidungen anlangt, vgl C-234/04, *Kapferer*, Rn 22 f; zu 13 Os 49/16 d wurde zuletzt ein verstSen mit der Frage befasst, welcher den EuGH am 23. 1. 2017 um Vorabentscheidung dazu ersucht hat [Art 267 Abs 3 AEUV]).

26) Vgl auch 11 Os 142/10g; 12 Os 57/11s; 13 Os 47/11b, 54/11g; 15 Os 81/11; 15 Os 171/08y; 15 Os 174/11v; dagegen nur ein obiter dictum in 12 Os 65/11t JBL 2012, 399 (mit krit Ann von *Rebisant*).

27) Vgl nur Pkt 10 der Beschlüsse des VerteidigerInnentags 2012 und *Kier* in WK² GRBG § 1 Rz 18; vgl aber 13 Os 131/15m EvBl-LS 2016/115.

weniger Wochen und vielfach bereits in einem sehr frühen Verfahrensstadium.

2. Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes

Für die Festlegung eines Prozessprogramms ist „frühzeitig“ geradezu ein Zauberwort und nicht zuletzt probate Übung zur Ordnung der Gedankenführung. Es geht um gedankliche Fixierung der für die Falllösung entscheidenden Tatsachen, jener Tatumstände, die bejaht werden müssen, wenn es zu einer Verurteilung kommen soll. Im Prozess geht es dann nur noch darum, ob sich jede rechtlich als entscheidend definierte Tatsache im historischen Geschehen wiederfindet, mit anderen Worten bejaht, also festgestellt werden kann.

Wird, wie oft beklagt, ohne rechtlich klar festgelegte entscheidende Tatsachen an die Lösung der Tatfrage herangegangen, dümpeln Prozesse jahrelang dahin und der am Ende stehende Freispruch bedeutet keine Erlösung, steht vielmehr in keinem Verhältnis zum Schaden, den das Verfahren als solches angerichtet hat.

Seit dem ausgehenden Mittelalter setzt man zur Ordnung der Gedankenführung das sog. *Ockham'sche* Rasiermesser an. Man schneidet konsequent alles weg, was nichts Neues und – in der Alltagspraxis noch wichtiger – alles, was bei Licht betrachtet gar nichts sagt, und bildet so den Rechtssatz. Ein ganz praktisches Hilfsmittel, um zu erkennen, ob man die Methode konsequent angewendet hat, ist ein Blick auf dessen Länge. Ist er – sagen wir – mehr als fünf Zeilen lang, hat man es in der Regel nicht geschafft. Man nennt das einen pragmatischen Paralogismus. Der Rechtssatz ist dann oft nicht falsch, aber an seinen Knochen hängen noch Eiweißfasern, die den Blick auf die wirkliche Aussage verstellen. Redundanzen, sog. logische Zirkel oder Pleonasmen, sind häufige Ursache: Berühmt ist die in diesem Sinn nichtssagende Aussage des Reichsgerichts, wonach eine Eisenbahn eine Bahn von Eisen sei.

Für die meisten Prozessprogramme findet man so klare Richtlinien in der Rsp. Problematisch sind neue Phänomene, die gleichzeitig in großer Zahl oder zu Beginn komplexer Wirtschaftsstrafverfahren auftreten.

In Österreich könnte vielfach auch hier rasch Abhilfe geschaffen werden. Die beim OGH angesiedelte Staatsanwaltschaft, die sog. Generalprokuratur, hat nämlich ein Steuerungsinstrument in der Hand, das ihr ungeheure Gestaltungsmacht verleiht – die Macht, jede wichtige Strukturfrage zu jeder Zeit dem Höchstgericht vorzulegen und so gleich zu Beginn von Massenphänomenen einerseits und hochverschachtelten Wirtschafts- und Korruptionsverfahren andererseits das zu tun, worauf es ankommt, nämlich die rechtlich entscheidenden Fragen zu isolieren und deren Inhalt, wenn nötig, vorweg zu klären.

Im angloamerikanischen Rechtskreis suchen sich Supreme Courts mithilfe eines „writ of certiorary“ die rechtspolitisch interessanten Fälle heraus, allerdings nach deren Abschluss. Im österreichischen Kriminalstrafrecht wird dieses Planungsermessen nicht dem OGH, vielmehr einer ausgesucht qualifizierten besonderen Einrichtung übertragen. Sie kann dafür in jedem Verfahrensstadium, auch ganz zu Beginn, tätig werden und nicht nur Entscheidungen, sondern überhaupt jeden Akt – auch bloß eine Begründungszeile eines gerichtlichen Beschlusses – dem OGH zur Rechtsklärung vorlegen, ein kaum zu überschätzendes Gestaltungspotential, das allerdings aktiviert werden will.²⁸⁾

Der Ende des letzten Jahres ins Amt gekommene Generalprokurator hat bereits mehrfach öffentlich betont, zum strategischen Einsatz des Rechtsbehelfs bereit zu sein und nötigenfalls die personellen Ressourcen seiner Behörde entsprechend zu bündeln. Dazu bedarf er jedoch entsprechender Information. Und obwohl – sogar ausdrücklich²⁹⁾ jedermann berechtigt ist, eine solche Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes anzulegen, machen Verteidiger regelmäßig nur nach Verfahrensabschluss, kaum aber in der Gestaltungsphase von Strafverfahren davon Gebrauch. Wer die Botschaft nicht hören will, darf sich nicht wegen überlanger Verfahren beklagen!

VI. Resümee

Es liegt – ich komme zum Schluss – nichts Schändliches darin, wenn Juristen sich an ihre handwerkliche Kernaufgabe erinnern, Begriffsverwalter zu sein. Nur wer sein Handwerk wirklich beherrscht, ist für glanzvolle Auftritte geeignet. Richter sollten darauf überhaupt verzichten, vielmehr in Demut vor dem Gesetz, also der Demokratie, versuchen, Ordnungsbeziehungen in den Gesetzen zu erkennen.

Höchstgerichte haben in ganz besonderer Weise die Aufgabe, die verschiedenen Rechtssphären zusammenzuführen, auf den Punkt zu bringen und für Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen gleichermaßen **handwerkstauglich** – mit anderen Worten berechenbar, exakt wiederholbar, man kann auch schlicht sagen: verlässlich – zu machen. Deshalb auch der direkte Dialog mit dem EuGH, auf den dieser in der Rechtssache *Akerberg-Fransson* und den folgenden Entscheidungen

28) Eingehend: *Ratz*, Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und Wirtschaftsstrafverfahren, ÖJZ 2016, 592; die auf Entscheidungen und Vorgänge (als Gegenstand einer NBzWdG) bezogenen Begriffe „Verletzung oder unrichtige Anwendung des Gesetzes“ und „gesetzwidrig“ (§ 23 Abs 1 StPO) bedeuten nur, dass die GenProk Entscheidung oder Vorgang als gesetzwidrig beim OGH reklamieren, keineswegs aber, dass sie diese ihrerseits für gesetzwidrig halten muss (*ders* in WK-StPO § 292 Rz 1 ff).

29) § 23 Abs 2 zweiter Satz StPO.

so nachdrücklich beharrt. Direkt heißt ohne Vermittlung durch Verfassungsgerichte, die im EU-Kontext durch das Vorabentscheidungsverfahren des Art 267 AEUV erheblich an Bedeutung verloren haben.³⁰⁾ Das 16. Zusatzprotokoll zur EMRK soll diese moderne Art von Kooperation zwischen nationalen Höchstgerichten und europäischen Instanzen auch im Bereich der Europaratsstaaten möglich machen.

Höchstgerichte der ordentlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind als Transmissionsriemen zu den Grundrechten und zum EU-Recht deshalb besonders geeignet, weil sie in direkter Kommunikation mit ihren Untergerichten stehen, deren Sprache exakt sprechen, um deren Probleme und die Probleme der dort auftretenden Parteien genau Bescheid wissen, dafür keine Dolmetscher benötigen und daher besonders schnell sind – eine Eigenschaft, die Art 6 Abs 1 EMRK im Interesse der Rechtssuchenden verlangt und die – international gesehen – durch die stetige Zunahme von Individualbeschwerden aus Anlass oder nach Abschluss ordentlicher Gerichtsverfahren in nicht unbedenklichem Maß gefährdet scheint. Man denke nur an die Erledigungsdauer in Straßburg, aber auch die

signifikante Verzögerung vieler Zivil- und Strafverfahren in Österreich, welche durch den neu eingeführten Individualantrag auf Normprüfung – man muss leider sagen: erwartungsgemäß –³¹⁾ eingetreten ist; und das trotz aller Anstrengungen des VfGH.

Die Grundrechte sind jedenfalls bei den nationalen Höchstgerichten längst angekommen. Einzelfallabwägungen in Wertungsfragen, die auf eine zusätzliche Gerichtsinstanz hinauslaufen, schädigen das Rechtssystem mehr, als sie ihm nützen. Man sollte sich jedenfalls des Preises bewusst sein, den man dafür zahlt, und genau darüber nachdenken, in welchen Segmenten der Aufwand sich wirklich lohnt, nämlich dort, wo das Rechtssystem eines Staates aus den Fugen zu laufen droht, jedenfalls aber kaum zur Einzelfallgerechtigkeit.

30) *Marta Catania*, Fundamental rights and the relationship among the court of justice, the national supreme courts and the Strasbourg court, in 50th anniversary of the judgement, in *Van Genden Loos* (ECJ publ) 155 (166, in fact, since *Simmmenthal*, the doctrine of direct effect has entailed the marginalization of national constitutional courts from the process of European Integration).

31) Vgl *Ratz*, Gesetzesbeschwerde gefährdet funktionierenden Rechtsschutz, RZ 2013, 77.



Holoubek · Lienbacher (Hrsg)

GRC Kommentar online

Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Preis ab EUR 248,40 / Jahr (exkl. USt).
Nähere Informationen und Bestellung unter
Tel.: +43 1 531 61 655 bzw. vertrieb@manz.at oder
auf <https://www.manz.at/grc>

Die praktische Bedeutung der Grundrechtecharta wächst weiter: Sie ist fester Bestandteil der Rechtsprechung der europäischen wie der mitgliedstaatlichen Gerichtsbarkeit. 2012 hat der VfGH richtungsweisend entschieden: In Verfahren im Bereich des – umfangreichen und stetig wachsenden – Unionsrechts ist die **GRC wie österreichisches Verfassungsrecht zu behandeln**. Jeder Einzelne kann daher wegen Verletzung eines Charta-Rechts den VfGH anrufen.

Alles Relevante zum neuen Grundrechtsstandard:

- Normtext mit den im Amtsblatt der EU kundgemachten Erläuterungen
- ausgewählte Judikatur, gegliedert in EuGH/EuG, EGMR, EKMR, VfGH, VwGH, OGH
- ausgewählte Literatur
- übersichtlich strukturierte, **praxisorientierte Kommentierung** mit umfassenden Verweisen auf Judikatur und Literatur mit abschließendem Abschnitt „Implikationen für Österreich“

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1010 Wien www.manz.at

MANZ