

Juli 2019 / Heft 4, Seiten 301–384 (6. Jahrgang)

VÖStV-Newsletter (Nr. 46) als Beilage

## 17. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Linz 15./16. März 2019 10 Jahre StPO-Reform

### Editorial

Richard Soyer

### Eröffnung

Manfred Ainedter

### Aufsätze

Die StPO-Reform und der (liberale) Rechtsstaat

Gerhard Donhauser

10 Jahre StPO-Reform, die Sicht der Gerichte

Rainer J. Nimmervoll

10 Jahre StPO-Reform aus Sicht der Kriminalpolizei

Rudolf Keplinger

10 Jahre StPO-Reform – die Sicht der Staatsanwaltschaft

Robert Holzleitner

10 Jahre StPO-Reform und unterbliebene Reformen

Wilfried Ludwig Weh

Rhetorik und Fragetechnik im Strafverfahren

Axel Wendler

Beschlüsse des 17. Österreichischen StrafverteidigerInnentages

Herausgeber: Alois Birklbauer, Bernhard Gröhs, Rainer Nimmervoll, Richard Soyer, Fritz Zeder



# 10 Jahre StPO-Reform und unterbliebene Reformen<sup>1</sup>

Von Wilfried Ludwig Weh

Erst nach einer Schrecksekunde von etwa 70 Jahren, nach einem nur mit russischer Hilfe niedergeschlagenen Volksaufstand, zwei verheerenden Niederlagen in Italien und Mähren und der Ausrufung des Deutschen Reichs ohne österreichische Beteiligung<sup>2</sup> war das Bürgertum stark genug, der autoritären Monarchie eine modernere Strafprozessordnung abzurufen. Nach napoleonischem Vorbild wurde der unabhängige Untersuchungsrichter eingeführt und als weiteres Rechtskontrollinstrument die Ratskammer. Dabei blieb es im Wesentlichen bis zur hier zu besprechenden Strafprozessreform.

Um die Kontrolle über den Strafprozess nicht zu verlieren, griff der Monarch zu einer Hinterlist. Die Generalprokuratur, deren Charakter als reine Staatsanwaltschaft stets verbrämt wurde, hatte fortan sogenannte Croquis zu erstellen, damit die unabhängigen Richter auch ja sicher wüssten, was der Monarch tatsächlich will. Die Existenz dieser Croquis war bis 1957 weiten Teilen der Rechtsanwaltschaft unbekannt. Mühsam konnte dann erkämpft werden, dass die Croquis auch der Verteidigung zugestellt werden. Seit rund dreißig Jahren besteht nach mehreren Urteilen in Straßburg auch die Möglichkeit, dazu Stellung zu nehmen.<sup>3</sup> Anscheinend handelt es sich dabei allerdings um einen reinen Alibiakt – jedenfalls ist mir noch kein Fall bekannt, in dem eine Stellungnahme zum Croquis irgendetwas im Strafprozess bewirkt hätte. Die Abschaffung des Croquis würde mehr Waffengleichheit bedeuten und das Rechtsmittelverfahren sachverhaltsnäher und weniger rechtstheoretisch gestalten, denn die Croquis sind selten konstruktiv. Dann müssten die Staatsanwaltschaften selbst ihre Anklage vertreten, und dabei bekäme der konkrete Sachverhalt deutlich mehr Gewicht.

Dagegen wäre die Einführung von Schlussanträgen im Revisionsverfahren nach der ZPO in vielen Fällen sicher hilfreich. Ich schlage daher vor, die Generalprokuratur statt im Strafprozess im Zivilprozess einzusetzen.

Schnell hat sich herausgestellt, dass die Auswirkungen des Art 6 EMRK auf den Strafprozess bei der Ratifikation der EMRK dramatisch unterschätzt wurden.<sup>4</sup> OGH-Vizepräsident *Harbich* hat noch 1967 im Schrifttum behauptet, die Waffengleichheit sei nur ein Schlagwort. Der erste große Schub notwendiger Reformen betraf die Berufungsverhandlung, an der der Angeklagte nicht teilnehmen durfte.<sup>5</sup> Auch ergänzende Ermittlungen des Obersten Gerichtshofs ohne Parteiengehör waren Gegenstand von erfolgreichen Menschenrechtsbeschwerden.<sup>6</sup> Alle diese Erfahrungen haben naturgemäß die Sensibilität beim Gesetzgeber geschärft. Später wurde das Startplädoyer der Verteidigung eingeführt.

In den achtziger Jahren verschärfte sich dann auch die Debatte um den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK auf das Verwaltungsstrafverfahren. Dabei kam es zu langwierigen Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, die schließlich zur Erkenntnis führen, dass auch das Verwaltungsstrafrecht öffentlich, mündlich und kontradiktorisch vor unabhängigen Gerichten zu führen ist. Resultat waren die unabhängigen Verwaltungssenaten, die sich inzwischen zu Landesverwaltungsgerichten gemausert haben. Wer einen guten Eindruck bekommen will, was alles im Hinblick auf Art 6 EMRK wesentlich sein könnte, ist gut beraten, die entsprechenden Verfahren zu studieren.<sup>7</sup> Diese Rechtsprechungslinien haben beim Gesetzgeber die Erkenntnis geschärft, dass auch das österreichische Vorverfahren im Strafprozess waffengleich ausgestaltet werden muss.

Bis zur hier zu behandelnden Strafprozessreform konnte die Polizei mehr oder weniger im rechtsfreien Raum Straftaten aufklären. Die Staatsanwaltschaft hatte keine Ingerenz auf die polizeiliche Ermittlungstätigkeit. Einmal bei Gericht, untersuchte der Untersuchungsrichter bei schwereren Straftaten, bevor dann das Ergebnis der Ermittlungen zur Staatsanwaltschaft kam. Der Grad an Identifikation der Staatsanwaltschaft mit den Ermittlungsergebnissen war dementsprechend enden wollend. Vielfach äußerten sich Staatsanwälte skeptisch über

1 Das Vortragsmanuskript verwendet aus Lesbarkeitsgründen ausschließlich männliche Formen. Im Hinblick darauf, dass die Mehrzahl der Richter heute weiblichen Geschlechtes ist und damit die Gleichberechtigung gerade in der Richterschaft angekommen ist, erscheint mir als Linguist die bessere sprachliche Verständlichkeit vorrangig. Als zusätzlichen Ausgleich dafür wird der mündliche Vortrag die weibliche Form betonen.

2 Aufstand 1848, Niederlagen in Solferino 1859 und Königgrätz 1866, Ausrufung im Spiegelsaal von Versailles 1871, Strafprozessreform 1873.

3 EGMR Urteil Bulut vom 22.2.1990, BNr. 17358/90, mvwH.

4 Im Ratifikationsakt heißt es zu Art 6 EMRK nur: „Ist erfüllt.“

5 Pfunderer-Fälle, während der diversen Verfahren einvernehmlich gelöst.

6 EGMR Urteil Kamasinski vom 19.12.1989, BNr. 9783/82.

7 Die sogenannten „Vorbehaltsfälle“, zB EGMR Urteile Schmutzger, Gradinger Palaoro, Pramstaller, Pfarrmeier und Umlauf je vom 23.10.1995.

die polizeilichen Ermittlungsergebnisse. Es gab also ein äußerst wirksames gegenseitiges Misstrauen zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft.

Die neue Strafprozessordnung hat das grundlegend geändert. Die Polizei handelt nunmehr im Prinzip mit Gesetzesbindung und unter der Weisungsaufsicht der Staatsanwaltschaft. Ermittlungsergebnisse sind für die Staatsanwaltschaft damit nicht mehr *fremde* Ermittlungsergebnisse, sondern eigene. Dieser psychologische Faktor wurde bei der Reform der Strafprozessordnung völlig übersehen und praktisch nicht diskutiert, obwohl er entscheidend wäre.

Jeder, der schon einmal den eigenen Keller ausräumen musste, weiß, wie schwer es ist, sich von „wichtigen“ Dingen zu trennen. Genau das scheint nun auch die neue Schwierigkeit im Strafprozess zu sein. Befreundete Nichtjuristen staunen immer wieder über Zeitungsberichte über vollkommen nichtige Anklageinhalte. § 42 StGB, der Paragraph über die Einstellung wegen Geringfügigkeit der Tat, ist gleichzeitig abgeschafft worden. Die Staatsanwaltschaft hat Energie und Mühe investiert, um die Ermittlungen zu führen, und dann die Gnade zu haben, die Ermittlungen trotzdem einzustellen, scheint viele Staatsanwälte zu überfordern. Hinzu kommt ein Trend des Gesetzgebers, immer unbedeutendere gerichtliche Straftatbestände zu normieren, obwohl vieles auch von der Verwaltung und insbesondere den Verwaltungsgerichten genauso gut sanktioniert werden könnte. Der Griff ans Gesäß, der früher als Störung der öffentlichen Ordnung verwaltungsstrafbewehrt war und heute ein schwerwiegender Sexualstrafatbestand sein soll, zeigt die Richtung: Alles Strafrecht!

Gegenüber der Ausschaltung des Untersuchungsrichters und der neuen Verbindung zwischen Polizei und StA scheint die Rechtskontrolle des Rechtsschutzrichters in der Praxis wenig einflussreich. Vermutlich hat die Existenz des Rechtsschutzrichters eine präventive Funktion, die wichtiger ist als die repressive. Möglicherweise ist es auch ein Problem der personellen Besetzung: Waren die Mitglieder der Ratskammer seinerzeit erfahrene Richter, so handelt es sich heute nicht selten um Anfänger.

Bis heute umstritten ist übrigens der Umfang der Kontrollbefugnis des Rechtsschutzrichters im Verhältnis zu den Maßnahmenbeschwerden, die vor den Landesverwaltungsgerichten geltend zu machen sind. Nach meiner Erfahrung sollte polizeiliches Handeln vom Landesverwaltungsgericht kontrolliert werden können, soweit es sich um Polizeirecht im engeren Sinne handelt, wie zum Beispiel Verhaltens- und Benehmensvorgaben der Polizei, während inhaltlich strafprozessual bezogene Rechtsfragen wie zB die Verhältnismäßigkeit einer Hausdurchsuchung im Hinblick auf den Tatverdacht jedenfalls vor die gerichtliche Kontrolle gehören.

Insgesamt ist aus den hier dargestellten Gründen – Abschaffung des Untersuchungsrichters, Abschaffung der Ratskammer, engere Kooperation zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft – davon auszugehen, dass der Strafprozess ungleich anklagelastiger ist als vor 30 Jahren. Alle wirksamen Kontrollen der Staatsanwaltschaft sind entweder beseitigt oder geschwächt. Da der Weg zurück jedenfalls nicht realistisch ist, wird es gesetzgeberischer Schritte bedürfen, um den Strafprozess weniger anklagelastig und damit fairer und waffengleicher zu machen. Ein Grund für die Anklagelastigkeit des Strafprozesses ist auch das österreichische Verfahrenshilfesystem. Wenn alle Rechtsanwälte zu Verfahrenshelfern bestellt werden, obwohl viele sonst so gut wie nie strafrechtliche Vertretungen übernehmen, ist der durchschnittliche Verfahrenshelfer fachlich – vorsichtig formuliert – nicht gerade hochspezialisiert. Dies stärkt wiederum die Anklageseite, deren Vertreter tagtäglich nur Strafrecht machen und daher über Routine verfügen. Die einfachste Reform könnte darin bestehen, wenigstens jeden Rechtsanwalt optieren zu lassen, ob er seine Verfahrenshilfen im Strafrecht oder im Zivilrecht bekommen will, oder allenfalls je nach Nachfrage zumindest überwiegend. Dies wäre wohl ohne Gesetzesänderung machbar. Dazu sollten die Verteidiger aus dem Staatsäckel bezahlt werden, so wie dies in den Nachbarländern selbstverständlicher Standard ist. Dabei wäre darauf zu achten, dass die Entlohnung sachgerecht stattfindet, was nicht überall der Fall zu sein scheint. Jeder Angeklagte, der *nicht* in Haft kommt, erspart dem Staat Unsummen, und zahlt im Regelfall Steuern und Abgaben und produziert Güter.

Reformbedürftig sind auch die Regeln über das Einschreiten von Verteidigern vor der Polizei. Dabei ist die Judikatur des EGMR klar, wer Beschuldigter im Strafprozess ist und wann der Strafprozess beginnt. Beschuldigter ist jemand genau in dem Moment, in dem er einer Straftat bezichtigt wird. Wenn die Polizei mit der Befragung beginnt, ist die Person verdächtig, damit Beschuldigter und hat alle Rechte nach Art 6 EMRK. Natürlich meine ich damit nicht Personen, die *offenkundig* nur Zeugen sind, wie der Zeuge am Straßenrand, der einen Unfall beobachtet hat. Andererseits meine ich sehr wohl jene Personen, die zwar als Zeugen befragt werden, die aber in den Sachverhalt so involviert sind, dass sie auch jederzeit zu Beschuldigten werden können. Wenn wegen eines Untreuesachverhalts in einer Bank oder einem Unternehmen ermittelt wird, kann theoretisch jeder irgendwie Involvierte vom Zeugen zum Beschuldigten mutieren. Oft ist es auch reinste Willkür, wer in einem komplexen mehrstufigen Geschehen eines Unternehmens oder einer Bank schließlich auf der Anklagebank landet und wer nicht. Jeder, dessen Beschuldigtenstellung im Rahmen des zukünftigen Strafprozesses

ses nicht verlässlich auszuschließen ist, ist also von Anfang der Befragung an Beschuldigter und damit Träger aller Rechte nach Art 6 EMRK. Das ergibt sich klar aus der Rechtsprechung zu Art 6 EMRK und den Unionsrechtsvorgaben.

Vorgeblich soll die weitgehende Ausschaltung der Verteidiger im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft der Wahrheitsfindung und der Beschleunigung der Ermittlungen dienen.

Ich halte beide Argumente nicht für überzeugend. Noch immer nicht gelöst ist das Problem problematischer Protokollierungen bei der Polizei, obwohl eine Falschaussage bei der Polizei inzwischen einer Falschaussage bei Gericht gleichgestellt ist, in völliger Leugnung der Realität verbreiteter dubioser polizeilicher Protokollierungen. Wenn ein Zeuge in der mündlichen Hauptverhandlung aussagt, sind in der Regel ein Staatsanwalt, ein Verteidiger und ein Richter anwesend. Bei der Polizei genügt aber ein Protokoll ohne Zeugen für eine Verurteilung wegen Falschaussage. In Kärnten gab es mehrfach Protokolle mit nachweislich falschen Inhalten, wobei eine vorsätzlich falsche Protokollierung in einem Drogenprozess mit einer Diversion des manipulierenden Polizisten geendet hat. Unsere Forderung muss nicht unbedingt sein, dass *alle* polizeilichen Ermittlungen per Video aufgezeichnet werden, aber sie muss dahin gehen, dass nur solche Protokolle in der Hauptverhandlung verwendet werden dürfen, die nachkontrollierbar per Video aufgezeichnet wurden. Im Fall *Amanda Knox* hat der EGMR übrigens eine gleichartige Praxis der Fehlprotokollierung in Italien verurteilt.<sup>8</sup>

Der exzessive Einsatz von kontradiktorischen Einvernahmen im Ermittlungsverfahren mit der alleinigen Zielsetzung, damit dem Opfer eine Aussage in der Hauptverhandlung zu ersparen, führt zur Beseitigung des Fragerechts der Richter und damit zu einer entscheidenden Verletzung des Artikels 6 EMRK. Selbst wenn man dem Opfer eine neuerliche Begegnung mit dem Täter ersparen will, könnte dies dadurch geschehen, dass die kontradiktorische Einvernahme in einem anderen Raum, aber während der Hauptverhandlung stattfindet. Ich kenne mehrere Strafprozesse, in denen Verteidiger gemeint haben, auf die Hauptverhandlung komme es an, während in Wirklichkeit das Urteil schon vor der Hauptverhandlung geschrieben war, weil es allein auf der im Ermittlungsverfahren durchgeführten kontradiktorischen Einvernahme beruhte. Die vorzeitige kontradiktorische Einvernahme sollte demnach nur in jenen Fällen erfolgen, in denen wirklich konkret mit einem unmittelbaren Beweisverlust zu rechnen ist, etwa weil

ein Verfahrensbeteiligter oder Zeuge schwerstkrank ist, und sonst im Rahmen des Hauptverfahrens erfolgen.

Die Fragestellung ist also, wie sich die Rechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren und im Hauptprozess sonst noch stärken lassen, ohne das System über den Haufen zu werfen. Hier sehe ich einen weit verbreiteten Irrtum als Hindernis. Die Verteidiger werden allgemein bezichtigt, das Verfahren um jeden Preis zu verlängern. Diese Aussage mag für einzelne Prozesse zutreffen, vor allem für Prozesse, in denen andererseits das Urteil der breiten Öffentlichkeit bereits vorab festgeschrieben ist. In der Mehrzahl der Fälle besteht, wenn überhaupt, allerdings nur eine höchst bescheidene Kriegskasse, sodass die Verteidigung die vorhandenen Verteidigungsressourcen so schonend wie möglich handhaben muss, ganz einfach, weil nicht viel Kriegskasse da ist. Verteidiger wären daher im Regelfall gerne bereit, mit der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zusammenzuarbeiten.

Höhepunkt der Anklagelastigkeit ist § 126 StPO, der in der Urfassung die unsägliche Vorschrift enthielt, dass im Regelfall der Sachverständige des Ermittlungsverfahrens auch im Hauptprozess der Sachverständige zu sein habe, auch wenn er de facto der Staatsanwalt war, weil sein Auftrag pauschal die Identifikation der Verantwortlichen zum Gegenstand hatte. Über diese Regelung ist unendlich lange diskutiert worden, sie war auch Gegenstand von Beschwerden an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Schließlich hat der Gesetzgeber eine Änderung per Initiativantrag durchgesetzt, nachdem das Ministerium nicht zu einer Reform bereit war. Auch die jetzige Textfassung ist wohl noch nicht das Ende der Diskussionen.

Für mich liegt die Lösung auf der Hand. Sobald ein Sachverständiger bestellt werden muss, ist der Prozess so kompliziert, dass Verteidigerzwang bestehen muss. Die Bestellung des Sachverständigen des Ermittlungsverfahrens im Hauptprozess kann dann legitimer Weise nur dann in Betracht kommen, wenn die Verteidigung dieser Bestellung im Ermittlungsverfahren ausdrücklich zugestimmt hat. Da wir Verteidiger alle nicht zaubern können und uns bei den Sachverständigen nach den vorhandenen Möglichkeiten richten müssen, ist diese Vorgabe gut erfüllbar. Ein halbwegs vernünftiger Vorschlag eines Sachverständigen wird wenig Opposition der Verteidigung auslösen, denn irgendjemand muss ja letztlich Sachverständiger sein, und im waffengleichen Prozess hat auch die Verteidigung die Mitsprache der Staatsanwaltschaft zu akzeptieren.

Die Verteidigung muss allerdings auch berechtigt sein, im Ermittlungsverfahren Einfluss auf die Fragestellung

<sup>8</sup> EGMR Urteil *Amanda Knox* gegen Italien vom 24.01.2019, BNr. 76577/13.

gen zu nehmen. Wenn ein Sachverständiger zwar mit Zustimmung der Verteidigung bestellt worden ist, dann aber einen Auftrag der Staatsanwaltschaft bekommt, nur die negativen Aspekte eines Sachverhalts zu berücksichtigen, dann ist einem fairen Strafprozess wieder nicht geholfen. Es muss also ein Sachverständiger, der dann in der Hauptverhandlung wieder zum Einsatz kommen soll, von vornherein Fragen gestellt bekommen können, die das Waffengleichgewicht herstellen. Das klingt komplizierter, als es unbedingt sein muss. Wenn die Verteidigung ihre Fragen an den Sachverständigen stellen kann, oder wenn sie im Hinblick auf die Fragen der Staatsanwaltschaft ergänzende Fragen stellen kann, dann hat der Sachverständige von Beginn seiner Tätigkeit an einen anderen Fokus, als wenn ihm nur pauschal der Auftrag der Staatsanwaltschaft erteilt wird, einen Wust von Unterlagen ohne klare Zielsetzung darauf zu durchforsten, wer in dem Gesamtgeschehen möglicherweise als Täter welcher Straftat in Betracht kommt, denn dann ist der Sachverständige quasi Ermittlungsorgan der Staatsanwaltschaft.

Mit anderen Worten, ein Sachverständigengutachten sollte im Ermittlungsverfahren allein der Orientierung der Staatsanwaltschaft dienen dürfen, wenn es ohne Ingerenz der Verteidigung erstellt wurde, und muss der Sachverständige in solchen Fällen in der Hauptverhandlung befangen sein. Wenn aber die Gutachtenserstellung in Absprache mit der Verteidigung und auch zu deren Fragen erfolgt ist, soll der Sachverständige zur Vermeidung von überflüssigem Mehraufwand auch im Hauptverfahren Sachverständiger sein können.

Die zweite Kernforderung betrifft die Verbesserung der Einspruchsmöglichkeiten gegen die Anklageschrift. In der Praxis scheuen wir Verteidiger uns davor, Einsprüche gegen die Anklageschrift zu erheben, weil dann der Einspruch in der Praxis ohnehin fast immer zurückgewiesen wird, weil die Einspruchsgründe mehr als jämmerlich sind. Dann ist bei sonstiger Nichtigkeit die Einspruchsentscheidung des OLG in der Hauptverhandlung zu verlesen, und welcher Laie meint nicht, dass eine oberlandesgerichtliche Entscheidung auch inhaltlich zu verstehen ist, auch wenn in der Begründung der Entscheidung möglicherweise sogar irgendwo ganz verschämt vorkommt, dass es sich nur um die Äußerung eines Verdachts und nicht um eine Verurteilung handle. Ich stelle mir zwei entscheidende Stärkungen der Verteidigungsrechte vor, nämlich zum einen die Ausweitung der Einspruchsgründe vor allem auf den Einspruchsgrund unzulänglich geklärten Sachverhalts, also auf die Möglichkeit der Behauptung, dass weitere Ermittlungen im Ermittlungsverfahren die Durchführung einer Hauptverhandlung entbehrlich machen und die damit verbundene Stigmatisierung des Angeklagten verhindern könnten. Ein derartiger Einspruchsgrund wäre mit

der hier zu besprechenden Reform durchaus vereinbar. Damit wäre auch der Klage vieler Richter abgeholfen, dass das Ermittlungsverfahren oft ins Hauptverfahren verlagert wird.

Das zweite Problem ist der Instanzenweg. Es ist nicht die Aufgabe des Oberlandesgerichts, *Verdachtsgründe* zu wägen. Aus meiner Sicht sollte der Einspruch gegen die Anklageschrift an die Oberstaatsanwaltschaft gehen. Deren Einspruchsentscheidung müsste dann auch nicht verlesen werden, womit der Hauptgrund wegfiel, Einsprüche gegen Anklageentscheidungen zu meiden wie der Teufel das Weihwasser.

Andererseits sollte der Einspruch auch auf die kleineren Strafverfahren ausgedehnt werden, wo er umso wichtiger wäre, damit nicht jeder Schmarren zur Verhandlung kommt. Es ist nicht einzusehen, warum Strafanträge vor dem Einzelrichter und vor dem Bezirksgericht keinerlei Einspruchsmöglichkeit unterliegen, obwohl mit dem Strafprozess eine gewaltige Stigmatisierung des Opfers einhergeht und in vielen Fällen die Unschlüssigkeit eines Strafantrags auch für Blinde erkennbar ist.

Eine dämpfende Wirkung auf die exzessive Anklageerhebung hätte sicher auch ein voller Kostenersatz im Fall des Freispruchs, wie er in der Mehrzahl der Konventionstaaten gewährt wird. Die derzeitigen Kostenersätze im Freispruchsfall sind eher lächerlich.

Ein Schlussthema, das ich noch streifen möchte, ist das Verhältnis zwischen dem Zwischenverfahren vor dem erkennenden Gericht und der Hauptverhandlung. Vielfach erklären Richter, dass Anträge erst in der Hauptverhandlung gestellt werden können. Dem widerspricht zum einen die Strafprozessordnung, die ausdrücklich die Sinnhaftigkeit der Ermittlungen im Zwischenverfahren vorsieht. In der Hauptverhandlung fährt der Zug, und er fährt, wer will dies bestreiten, in Richtung Verurteilung. Die Anklagebehörde mit ihrem gewaltigen Übergewicht will dies so. Jeder Beweis Antrag muss also das Gewicht haben, den fahrenden Zug zu stoppen. Andererseits gilt sogar in der Physik das Grundgesetz der Trägheit, wonach Gegenstände in ihrem jeweiligen Geschwindigkeitszustand bleiben wollen. Es macht daher durchaus Sinn, zu verlangen, dass aufwändige Beweismittel im Zwischenverfahren ausdiskutiert und eingeholt werden, womit dann oft auch die mündliche Hauptverhandlung vermeidbar wird. Es widerspricht zudem dem Grundsatz der Waffengleichheit, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren *jeden* Beweis einholen kann, die Anträge der Verteidigung in der Hauptverhandlung aber ständig mit dem unsäglichen Begriff des Erkundungsbeweises abgewürgt werden können. Alle Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren sind auch Erkundungsbeweise. Die freie Beweiswürdigung ist ein Übel, das es nicht nur in Österreich gibt. Das Schweizer Bundesgericht sagt,

dass es nicht *den* Beweis schlechthin braucht, es genüge auch eine Mehrzahl halber Beweise. Wer viermal 25% *addiert*, kommt auf 100%, wer sie aber richtig, wie es die Wahrscheinlichkeitsrechnung verlangen würde, miteinander *multipliziert*, kommt auf ein Viertel mal ein Viertel mal ein Viertel mal ein Viertel entspricht einem Zweihundertsechsfünftel. Wer den § 14 StPO analysiert, erkennt, dass die Wortfolge „freie Beweiswürdigung“ nichts anderes bedeuten kann als das Recht auf Entscheidung aus dem Bauch, wie es der Staatsanwalt im „Amok-Prozess“ in Graz auch ausdrücklich vorgegeben hat, und dies widerspricht fundamental dem Grundsatz „in dubio pro reo“. Ein erster Versuch der Anfechtung der Wortfolge „freie Beweiswürdigung“ beim Verfassungsgerichtshof hat allerdings fehlgeschlagen, der Fall war wohl nicht ideal.

Neben diesen Grundproblemen sollen noch einige Sonderthemen andiskutiert werden, die in Summe von großer Bedeutung sind.

Unser eigenes Disziplinarrecht verweist subsidiär auf die Strafprozessordnung, unterschreitet allerdings in peinlicher Weise deren Mindeststandards. Es gibt nicht einmal einen eindeutigen Ankläger und eine eindeutige Anklageschrift.

Kollegen klagen auch über exzessive Anzeigen durch die Strafgerichte wegen Unbotmäßigkeit. Offenbar sollen damit kritische Verteidiger mundtot gemacht werden. Hier klafft eine große Lücke zur EMRK-Judikatur insbesondere seit dem Urteil der Großen Kammer des EGMR im Fall *Morice*,<sup>9</sup> in dem der EGMR mehr oder weniger die Immunität für schriftliches Vorbringen postuliert.

Hartnäckig weigert sich die Rechtsprechung auch, die Befangenheitsjudikatur des EGMR zu übernehmen. Es wird weiterhin nur der „subjective approach“ judiziert, also die persönliche Befangenheit des Richters, während die objektive Befangenheit im Sinne der EGMR Judikatur, für die *Unvertretbarkeit* richterlichen Handelns genügt, nach wie vor systematisch negiert wird. Auch unvertretbar agierende Richter können daher in Österreich weiterhin nicht als befangen abgelehnt werden.

Ich stelle zur Diskussion, ob es nicht nur mir so vorkommt, dass die Bereitschaft der Gerichte gestiegen ist, bei Aussage gegen Aussage willkürlich einer Aussage mehr zu glauben als der anderen.

Auch beobachte ich zunehmend Eingriffe in die Privatheit der Familie. Dann wird regelmäßig in der Presse beklagt, dass ein Familienmitglied das andere bei der Polizei angezeigt hat, sich dann aber in der Hauptver-

handlung der Aussage entschlägt, weil es inzwischen begriffen hat, was es angerichtet hat, mit der Konsequenz der Verfahrenseinstellung. Ich meine, dass die Einmischung in die Familie wie vom Gesetzgeber über das Entschlagungsrecht gewollt, auf wirklich wichtige Fälle beschränkt werden sollte.

Der Anteil ausländischer Häftlinge übersteigt anscheinend 50%, was zum Teil sicher auch auf das Dolmetscherthema zurückgeht. Die EU Richtlinie über Dolmetscherleistungen<sup>10</sup> ist weitgehend nicht umgesetzt worden, womit sie eigentlich direkt anwendbar wäre. Dieser Umstand wird von der Praxis allerdings vollkommen negiert. In der Praxis kommt der Beschuldigte selbst ordnungsgemäß via Übersetzung zu Wort, seine Darlegungen werden übersetzt. Die Übersetzung von Zeugenaussagen und Dokumenten ist andererseits mehr als rudimentär und gibt dem fremdsprachigen Beschuldigten in sachverhaltslastigen Verfahren kaum die Möglichkeit, Feinheiten des Sachverhalts herauszuarbeiten. Die Richtlinie der EU würde eine vollständige Übersetzung aller Dokumente verlangen, die in der Hauptverhandlung vorkommen.

Dazu kommen ein verbreiteter Rassismus sowie teilweise kulturell bedingte unterschiedliche Verhaltensrituale. Das Thema wäre eine eigene Untersuchung wert und kann hier aus Platzgründen nicht näher verfolgt werden. Die Briten kennen als Antwort darauf ein Antirassismus-Monitoring, über das uns der Baseler Professor *Albrecht* in Zürich bei einem Dreiländertreffen berichtet hat; bei uns fehlt bisher jede Einsicht in diese Notwendigkeit.

Ein letztes Thema, das mir am Herzen liegt, ist die Geschworenengerichtsbarkeit. Sie ist aus meiner Sicht unverzichtbar im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Teilnahme des Volkes an der Gerichtsbarkeit, und sie schützt die Richter und Verteidiger vor dem Vorwurf, ihre Rechtsprechung sei abgehoben und decke sich nicht mit der Einschätzung der Bevölkerung. Dennoch ist der Geschworenprozess in Österreich in vielfältiger Weise reformbedürftig.

Die Geschworenengerichtsbarkeit sollte auf wenige Richter und Staatsanwälte, die gerne mit Geschworenen umgehen, konzentriert werden. Diese sollten dann auch spezielle Schulungen erfahren, um entsprechend verständlich zu argumentieren. Die Belehrung der Geschworenen sollte nicht nach dem Prozess erfolgen, sondern vorher. Die schriftliche Rechtsbelehrung sollte auch am Beginn des Prozesses der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis gebracht werden, da-

9 EGMR Große Kammer *Morice* vom 23.04.2015, BNr. 29369/10.

10 Richtlinie 2010/64/EU vom 30.10.2010.

mit diese sie ergänzen können. Für die Aufmerksamkeit und Merkleistung der Geschworenen ist es von großer Hilfe, wenn sie während des Prozesses wissen, worauf sie ihre Aufmerksamkeit fokussieren müssen. Wo beispielsweise der Grundtatbestand unstrittig ist, es aber entscheidend auf eine einzige Qualifikation ankommen kann, zum Beispiel auf die Qualifikation als Waffe, oder als gemeinschaftliche Begehung, wäre es für die Geschworenen entscheidend, dies bereits vor dem Prozess und nicht erst nach dem Prozess zu erfahren. Ein umsichtiger Verteidiger kann im Startplädoyer diese wesentlichen Gesichtspunkte darstellen.

Ein entscheidendes Element des fairen Geschworenenprozesses hat die Schuschnigg-Diktatur in den dreißiger Jahren abgeschafft, nämlich das Public-Summing-Up. Im angelsächsischen Prozess resümiert der Richter den Gang des Strafverfahrens und instruiert die Geschworenen, worauf sie achten müssen und wo möglicherweise ihr Ermessen zu handhaben ist. Das Public-Summing-Up, also die öffentliche Belehrung aller Prozessparteien, der Geschworenen und der Öffentlichkeit, wie man es bei uns leider nur noch aus Filmen kennt, obwohl es in vielen Ländern verbreitet noch existiert, ist das Schlüsselement schlechthin für die Erfassung des Prozessstoffs. Weil die österreichische Richterschaft damit offenkundig weitgehend überfordert war, und weil daher die Unobjektivität des Public-Summing-Up der beste Nichtigkeitsgrund im Geschworenenrecht war, wurde diese Schlüsseleinrichtung des Schwurgerichtsprozesses auch nach der Wiedererrichtung der Demokratie nicht wieder eingeführt. Das Public-Summing-Up wäre der wichtigste Beitrag zur Verbesserung des Geschworenenverfahrens und gleichzeitig zur Spezialisierung der Richter, die solche Prozesse führen.

Der nächste wichtige Gesichtspunkt ist das unsägliche Fragenschema, das teilweise Fragen enthält, die länger als eine halbe Seite sind. Nichts würde hindern, die Fragen an die Geschworenen so zu formulieren, dass sie auch ein durchschnittlicher Normunterwerfener versteht. Jedenfalls lässt sich eine Fragewurst auch in mehrere Teilfragen teilen. Wer argumentiert, dass dann möglicherweise die Geschworenen die Fragestellungen in einer Weise beantworten, die unvertretbar ist, deckt damit in Wahrheit zu, dass in solchen Fällen möglicherweise der Wahrspruch selbst am gleichen Defekt leiden könnte, nämlich am mangelnden Verständnis der Geschworenen für die Kernfrage.

In Österreich besteht kein Fragerecht gegenüber den Geschworenen vor dem Prozess und die Möglichkeit, diese

abzulehnen. Das Gericht bestimmt 8 Geschworene, und die Verteidigung kann nur gute Miene zum bösen Spiel machen. In Frankreich werden 25 Geschworene nominiert, von denen dann 9 durch Los ausgewählt werden. Die Anklagebehörde und die Verteidigung können ohne Angabe von Gründen jeweils mehrere Geschworene ablehnen. Da mag oft ein Vorurteil mitschwingen, aber manchmal ergibt sich schon aus der Optik eines Geschworenen dessen mangelnde oder fragwürdige Eignung. Ein vertieftes Befragungsrecht wie in den Vereinigten Staaten von Amerika wäre wünschenswert, erhöht aber natürlich den zu treibenden Aufwand und damit auch die Kosten des Verfahrens. Das Problem ist allerdings alt und hat mit dem heutigen Vortragsthema nicht unmittelbar zu tun.

Das in zeitlicher Abfolge letzte Kernelement der Diskussion ist die Möglichkeit der drei Berufsrichter, das Urteil der Geschworenen auszusetzen und einen neuen Prozess anzuordnen.

Kritiker des Geschworenenprozesses beanstanden insbesondere, neben der mangelhaften Auswahl der Geschworenen, das Fehlen einer Urteilsbegründung.

Die mangelnde Begründung von Geschworenenurteilen, und zwar in beide Richtungen, ließe sich dadurch bereinigen, dass die Dreirichterbank nachvollziehbar begründen muss, warum sie ein Strafurteil der Geschworenen entweder für richtig, plausibel, vertretbar, je nachdem, wo man die Grenze ziehen will, hält oder für unrichtig oder unvertretbar. Mit einer solchen Begründung durch die Dreirichterbank wäre der Anforderung einer Urteilsbegründung Genüge getan, ohne dass das System über den Haufen geworfen wird.

Die einzige Alternative für begründete Laienurteile bestünde in der Einrichtung große Schöffengerichte, vor der ich aber persönlich Bedenken hätte. Es ist gerade die Langsamkeit des Geschworenenprozesses, eben die Notwendigkeit, Nichtjuristen die Sachverhalte entsprechend darzustellen, die auch zu einer besseren Verständlichkeit des Prozessgeschehens durch die breite Öffentlichkeit beiträgt. Dabei darf nicht übersehen werden, dass es im Geschworenenverfahren um ein Menschenleben geht, das mindestens zu 50 % vom Geschworenenprozess und dessen Ergebnis bestimmt wird, sieht man einmal von den politischen Geschworenenverfahren ab.

**Korrespondenz:**

Dr. Wilfried Ludwig Weh, weh@weh.at