

Susanne Reindl-Krauskopf
Ingeborg Zerbes
Christian Grafl (Hrsg)

Jubiläumsjahr der Grundrechte

9. ALES-Tagung 2020

2021

Sammlung

■ VERLAG
■ ÖSTERREICH

Univ.-Prof. Hon.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf
ALES-Leitung, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Wien

Univ.-Prof. Dr. Ingeborg Zerbes
Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Wien

Univ.-Prof. Dr. Christian Grafl
stv. ALES-Leitung, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Wien

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in dieser Monografie erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2021 Verlag Österreich GmbH, Wien
www.verlagoesterreich.at
Gedruckt in Ungarn

Satz: Grafik & Design, Claudia Gruber-Feigelmüller, 3580 Horn, Österreich
Druck und Bindung: Prime Rate Kft., 1044 Budapest, Ungarn

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

<https://doi.org/10.33196/9783704688279>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-8793-7 Verlag Österreich

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Vorwort..... | V |
| Inhaltsverzeichnis..... | IX |
| AutorInnenverzeichnis..... | XI |
| Der Grundrechtsschutz in Strafsachen | |
| <i>Clemens Jabloner</i> | 1 |
| Grundrechtskollisionen im Strafrecht – Welche Rolle spielen die nationalen, insbesondere deutschen Grundrechte im europäisierten Strafverfahren? | |
| <i>Helmut Satzger</i> | 23 |
| Ne bis in idem: Europäische Karriere eines traditionellen Grundrechts | |
| <i>Ingeborg Zerbtes</i> | 43 |
| Transnationaler Grundrechtsschutz bei der Überlagerung nationaler Strafrechtsordnungen | |
| <i>Frank Zimmermann</i> | 63 |
| Die Rolle des Strafrechts bei der Ahndung von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen | |
| <i>Miriam Saage-Maaß</i> | 87 |

Der Grundrechtsschutz in Strafsachen

Clemens Jabloner

I. Einleitung¹

Dass die Grundrechte gerade für das Strafrecht von überragender Bedeutung sind, bedarf keiner Darlegung. Dennoch wollen zu Anfang jene zwei grundrechtlichen Dimensionen angesprochen werden, die für das Strafrecht und sein Verfahren bestimmend sind:

Mag das Strafrecht auch älter sein als die Idee der Grundrechte, so hat es im grundrechtsdurchwirkten Staat der Neuzeit die Funktion, auch unter Privaten die wichtigsten grundrechtlichen Garantien – auf das Leben, die Freiheit, das Eigentum etc – zur Geltung zu bringen.² Dabei ist das Strafrecht wie jede Gesetzesmaterie grundrechtskonform auszugestalten.³ Erst wenn auch diese primäre Funktion des Strafrechts betont wird, steht der Grundrechtsschutz im Strafverfahren – um den es ihm Folgenden gehen soll – im richtigen Licht: Isoliert betrachtet würde er sich nämlich weitgehend als rein täterbezogen darstellen, im Sinne des Schutzes von echten oder vermeintlichen Tätern vor Übergriffen des Staates. Doch die Opfer bleiben im Strafverfahren am Rand und sind nur rudimentär mit subjektiven Rechten ausgestattet. Ihrer Interessen nimmt sich vielmehr der Staat an, der aber nun dem (vermeintlichen) Täter gegenüber als mächtige Instanz auftritt, die in ihren Schranken gehalten werden muss.

Das Strafverfahrensrecht bietet wie keine andere Rechtsmaterie eine ganze Reihe von Instrumenten an, die dem Grundrechtsschutz dienen. Unsere

-
- 1 Für wertvolle Unterstützung danke ich Mag.^a *Laura Rathmanner* und cand.iur. *Magdalena Csarman*.
 - 2 Vgl für viele *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme (1973) 13. Der funktionelle Zusammenhang besteht dabei unabhängig davon, wie die Schranken des Gesetzgebers im Einzelnen gesetzt werden – dazu *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 267.
 - 3 Vgl *Lewis*, Verfassung und Strafrecht (1993).

Skizze kann dies naturgemäß nicht im Detail ausloten.⁴ Vielmehr soll – gleichsam aus der Vogelperspektive – genau diese Vielzahl in den Blick genommen werden, wobei die folgenden Zitate und Belege beispielhaft bleiben müssen.

Die folgenden Überlegungen haben es weder zum Ziel, die judizielle Handhabung der einzelnen Instrumente darzulegen, im Sinn einer Analyse der Rechtsprechung – das bleibt die Aufgabe der vertieften Rechtsdogmatik. Noch sollte die praktische Wirksamkeit auf den Prüfstand gestellt werden – denn das ist die Aufgabe einer empirischen Rechtssoziologie. Im Zentrum steht die Frage, wie weit die einzelnen Instrumente schon von ihrer rechtstechnischen Konstruktion her geeignet sind, wirksamen Rechtsschutz⁵ zu ermöglichen.

In diesem Sinn soll zunächst im historischen Längsschnitt das System der österreichischen Höchstgerichtsbarkeit beschrieben und daran die Frage geknüpft werden, wie weit der VfGH die Verfassungsmäßigkeit des Strafrechts und seiner Handhabung garantieren kann (II). Danach geht es um die mehrschichtigen Einflüsse, die die EMRK seit langem auf das österreichische Strafrecht und sein Verfahren ausübt (III). Die Grundrechtskonformität der Strafrechtvollziehung garantiert nachprüfend der OGH – Grundrechtsbeschwerde und Erneuerungsantrag (IV). Dazu treten Instrumente des präventiven Grundrechtsschutzes: Zunächst schon seit 1862 der richterliche Befehl. Viel später sind flankierend der Rechtsschutzbeauftragte und die Grundrechtspflege der Volksanwaltschaft hinzugetreten (V). Am Ende steht der Versuch, die anfangs aufgeworfenen Fragen zu beantworten (VI).

II. Strafrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit

A. Die Gleichordnung der Höchstgerichte

Die positiven Rechtsordnungen kennen unterschiedliche Systeme, die Höchstgerichtsbarkeit zu organisieren. Etwas vergrößert können drei Hauptformen unterschieden werden: In vielen Rechtsordnungen besteht ein einheitlicher „Oberster Gerichtshof“, an den bei entsprechend verengtem Zugang sämtliche Rechtssachen herangetragen werden können.⁶ In anderen Systemen bestehen, wie in Österreich, mehrere Höchstgerichte ne-

4 Schon zumal ihr Autor kein Strafrechtler ist.

5 Verstanden als „Mindestmaß an faktischer Effizienz“ für den Rechtsschutz, das der VfGH in VfSlg 11.196/1986 einfordert.

6 Etwa das Schweizer Bundesgericht oder der Supreme Court der USA.

beneinander.⁷ Schließlich kann die Höchstgerichtsbarkeit so eingerichtet werden, dass ein alles überwölbendes Verfassungsgericht über – dann relativen – „Höchstgerichten“ steht.⁸

Das österreichische System entstammt im Wesentlichen der Dezember-Verfassung 1867. Bereits zuvor, nämlich 1848, war der Oberste Gerichtshof als Höchstinanz in Zivil- und Strafsachen eingerichtet worden, 1869 folgte das Reichsgericht und 1876 der Verwaltungsgerichtshof. Der VfGH wurde zum Schutz gegen rechtswidrige Akte der obersten Verwaltungsbehörden errichtet, das Reichsgericht vereinigte mehrere Funktionen: Es war ein die Ministerverantwortlichkeit wahrnehmendes Staatsgericht, ein besonderes Verwaltungsgericht zum Schutz der Grundrechte und ein Gericht zur Lösung von Kompetenzstreitigkeiten.⁹

Die Bundesverfassung von 1920 übernahm den OGH und den VfGH praktisch unverändert in die republikanische Rechtsordnung.¹⁰ Die Zuständigkeiten des VfGH wurden gegenüber jenen des Reichsgerichts weiter ausgekleidet, vor allem indem dem VfGH – als epochale Neuerung – die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze übertragen wurde.¹¹ Im Übrigen blieb es dabei, die Gerichtshöfe in Balance zu halten.¹²

7 Vgl dazu grundlegend *E. Loebenstein*, Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1. ÖJT 2 (1961) 35 und *Steininger*, Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs durch Einführung einer umfassenden, auch Akte der Gerichtsbarkeit umfassenden Individualverfassungsbeschwerde zu erweitern? in *Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich* (Hrsg), Verfassungstag 1994, 15.

8 Das Deutsche Bundesverfassungsgericht, ihm nachgebildet etwa die Verfassungsgerichte in Spanien oder Polen.

9 Vgl allgemein *Heller*, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart (2010) 99. Die teilweise subtilen Kompetenzabgrenzungen zwischen diesen drei Gerichten führten zu Konflikten, zu deren Lösung eine recht eigentlich vierte höchstgerichtliche Instanz eingerichtet wurde, nämlich ein von den drei Höchstgerichten gemeinsam zu beschickender „Austrägalenat“: § 2 Gesetz vom 22. Oktober 1975, wodurch in theilweiser Abänderung des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 (RGBl Nr 143) Bestimmungen über die Entscheidung von Kompetenzconflicten zwischen dem Verwaltungsgerichtshofe und den ordentlichen Gerichten, sowie zwischen dem Verwaltungsgerichtshofe und dem Reichsgerichte getroffen werden, RGBl 1876/37.

10 Art 92, 129 (Stammfassung) B-VG und *Kelsen/Froeblich/Merkel* (Hrsg), Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 192 und 239.

11 Art 140 B-VG. Zudem wurde die Kontrolle von Verordnungen beim VfGH konzentriert (Art 139 B-VG).

12 Dem Verfassungsdenken der Zwischenkriegszeit war der Gedanke einer weiteren Überprüfung (höchst)gerichtlicher Akte durch eine externe Stelle ganz fremd – vgl *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 2. Mitbericht, in *Tri-*

B. Die Verfassungsmäßigkeit strafgesetzlicher Vorschriften

1. Die Entwicklung der gerichtlichen Anfechtung

Der Kompetenz des VfGH zur Gesetzes- (und Verordnungs-)prüfung liegt ein grundlegender, freilich impliziter, Strukturgedanke zugrunde: der stufenförmige Aufbau der Rechtsordnung. Geht es um die Rechtmäßigkeit von Urteilen der Zivil- und Strafgerichte oder von Bescheiden der obersten Verwaltungsbehörden (heute: der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte), stellte sich dies als Frage der Übereinstimmung mit den zugrundeliegenden Gesetzen dar. Es bedarf daher keiner weiteren Prüfung durch den VfGH, außer wenn behauptet wird, dass ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verletzt ist. Soweit es aber die Gesetze selbst sind, die die Vollziehung in eine verfassungswidrige Richtung drängen, sollte dies – nämlich die Prüfung der Gesetze – Sache des VfGH sein. In der Stammfassung des B-VG kam dieser Parameter allerdings noch nicht zur Geltung, wurde doch die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zunächst eher im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzproblematik verortet. Die Vorstellung, dass Gesetze auch aus anderen Gründen verfassungswidrig sein können, indem sie etwa den Grundrechten widersprechen, war zwar schon in der Monarchie dem Keim nach angelegt, kam aber erst schrittweise zu Bewusstsein.¹³ Das B-VG 1920 enthielt daher keine Möglichkeit der Gerichte – analog wie bei Verordnungen – den VfGH anzurufen.¹⁴ Dies änderte sich erst mit der B-VG-Novelle 1929:¹⁵ Seitdem ist vorgesehen, dass auch der OGH und der VwGH Gesetzesprüfungsanträge stellen können.¹⁶ Allerdings nahm der OGH diese Zuständigkeit erst ein halbes Jahrhundert später in Anspruch.¹⁷

Den nächsten großen Schritt setzte dann die B-VG-Novelle 1975: Nunmehr wurden die ordentlichen Gerichte zweiter Instanz zur Antragstellung an den VfGH ermächtigt.¹⁸ Zudem wurde mit dem „Individualantrag“ ein

pel/Layer/Kelsen/Hippel (Hrsg), *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte. Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928* (1929) 30 (48).

13 Der Paradigmenwechsel ist schon angedeutet in VfSlg 216/1923.

14 Das wäre nur über eine abstrakte Anfechtung einer Landesregierung möglich gewesen, zu der es aber nicht kommen sollte.

15 Zweite Bundes-Verfassungsnovelle BGBl 1929/392.

16 Art 89 Abs 2, 140 Abs 1 B-VG.

17 VfSlg 8687/1979 und VfSlg 8720/1979.

18 Doch auch diese Gerichte machten von ihrer neuen Zuständigkeit eher nur zögerlich Gebrauch: Erst 2002, sohin über 25 Jahre später, wurde etwa § 209 StGB auf

neues Rechtsschutzinstrument eingeführt. Seitdem erkennt der VfGH über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auch auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Damit sollte der Einzelne unter den genannten Voraussetzungen generelle Normen bekämpfen können. Allerdings hat der VfGH die Voraussetzungen für einen zulässigen Antrag in der Folge sehr eng ausgelegt, sodass sich für den Rechtsschutz des Einzelnen wenig änderte.¹⁹

Nicht zuletzt deshalb ermattete auch nicht die fortdauernde Kritik daran, dass die – nicht zu umgehenden – ordentlichen Gerichte manchmal nur wenig bereit waren, selbstständig Verfassungsbedenken zu hegen oder solche einer Verfahrenspartei aufzugreifen,²⁰ wobei diese aber kein Mittel hatte, über ihre Bedenken zumindest eine Entscheidung des Gerichts zu erlangen. Diese Pattstellung konnte bisweilen zu lange andauernden Zweifelslagen führen. Außerdem entwickelte der VfGH eine ziemlich strenge Judikatur zur formalen Zulässigkeit solcher Anträge.²¹

Die Rechtsschutzlücke dadurch zu schließen, dass dem Einzelnen, dessen Anregung nicht gefolgt wird, ein allenfalls nachträglicher Rechtsbehelf zur Verfügung gestellt wird, wurde in der Literatur erstmals 1983 gefordert

Antrag des OLG Innsbruck aufgehoben: VfSlg 16374/2001 und VfSlg 16565/2002. Mit Blick auf das formelle Recht kam die Inanspruchnahme schon etwas früher in die Gänge (so beantragte das OLG Graz 1994 eine Teilaufhebung von § 2 StEG, vgl VfSlg 13.879/1994), die Prüfung einer Kernbestimmung des Prozessrechtes erfolgte aber auch hier erst 2001, als auf Antrag des LG Ried im Innkreis § 480 StPO zT aufgehoben wurde, vgl VfSlg 16245/2001.

- 19 Zur Antragslegitimation vgl mwN *Robregger*, in *Korinek/Holoubek et al*, Österreichisches Verfassungsrecht (6. Lfg 2003) Art 140 B-VG Rz 187 ff.
- 20 Von *Funk*, Der Individualantrag auf Normenkontrolle. Eine Zwischenbilanz bisheriger Rechtsprechung, in FS Klecatsky (1980) 287 (311) als „Kryptoverfassungsrechtssprechung im Bereich der Gerichtsbarkeit“ bezeichnet. Auch verstanden die Gerichte nicht immer richtig, dass „Bedenken“ gegen die Verfassungsmäßigkeit eines präjudiziellen Gesetzes an den VfGH unabhängig davon heranzutragen sind, ob sie im gerichtlichen Verfahren zum Tragen kommen – vgl *Mayer/Muzak* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) 342 ff, mH auf die Judikatur des VfGH.
- 21 Allgemein zu gerichtlichen Normprüfungsanträgen *Kunesch*, Präjudizialität in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2018) 91 ff und *Oswald*, Die Abgrenzung des Anfechtungsumfanges bei der konkreten Normenkontrolle, JBl 2016, 416 (427). Näher zum Vorfeld des Parteienantrags *Pöschl*, Normprüfungsanträge durch die Parteien – Die Entstehungsgeschichte und ihr verfassungsrechtlicher Kontext, ÖRZ 2017, 56 (58) und besonders zum Strafrecht *Herbst/Wess*, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle, ZWF 2015, 64.

und damit die Idee des späteren „Subsidiarantrags“ kreierte, freilich ohne dass dies zunächst Früchte trug.²²

Diese Problematik war dann auch eine der beiden Triebfedern für die Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, wie sie mit der B-VG-Novelle 2013 schließlich umgesetzt wurde. In der verfassungspolitischen Diskussion, die namentlich im Österreich-Konvent zwischen 2003 und 2005 geführt wurde, ging es einerseits um die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die instanzenmäßig gestaffelt werden sollte, andererseits um die Frage eines Rechtszugs von den beiden anderen Höchstgerichten zum VfGH. Die intensiv – und durchaus nicht ohne Emotionen – geführte Diskussion mündete dann in die Schaffung des „Parteienantrags“, der im Folgenden etwas näher zu beleuchten ist.

2. Der Parteienantrag

Die B-VG-Novelle 2013 ist die bedeutendste Reform des höchstgerichtlichen Rechtsschutzes seit 1920. Neben der Einführung einer ersten verwaltungsgerichtlichen Instanz betraf sie auch den Weg zum VfGH: Zunächst wurde in Fortsetzung der B-VG-Novellen 1929 und 1975 die Antragslegitimation nun auf alle Gerichte ausgedehnt,²³ vor allem aber konnte mit dem sog „Parteienantrag“ die schwierige Problematik gelöst werden, einerseits die Gleichrangigkeit der Höchstgerichte zu wahren, andererseits dem Einzelnen den Weg zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen an den VfGH zu ebnen: Denn das B-VG sieht nunmehr vor, dass die Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache ein Gesetz anfechten kann; dies mit der Behauptung, wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein und aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels.²⁴ Diese Konstruktion löst auch – man könnte fast sagen „salomonisch“ – die heikle Bindungsfrage: Weder ist der VfGH an die Auslegung des Gesetzes gebunden, die das erstinstanzliche Gericht zugrunde gelegt hat, noch sind die Gerichte gebunden an eine verfassungskonforme Auslegung des VfGH.²⁵

22 Vgl im Einzelnen *Jabloner*, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161 (168).

23 Art 89 Abs 2 B-VG.

24 Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG.

25 Vgl zum Ganzen und besonders zu den sich neu stellenden Fragen *Pöschl*, ÖRZ 2017, 56 (61).

C. Keine allgemeine Verfassungsbeschwerde

Vergleicht man das österreichische System der Höchstgerichtsbarkeit mit jenem etwa in Deutschland, so sticht hervor, dass in Österreich der VfGH gegen Entscheidungen der beiden anderen Höchstgerichte nicht angerufen werden kann, wohingegen es in Deutschland eine absolute Überordnung des Bundesverfassungsgerichts über die sonstigen höchsten Instanzen der Fachgerichtsbarkeit gibt. Fragt man, warum dies in Österreich anders ist, gerät man rasch in eine defensive Position. Angemessener ist aber die Frage danach, warum es gerade in Deutschland diese allgemeine „Verfassungsbeschwerde“ gibt.

Der Grund dafür ist wohl darin zu finden, dass gerade das Strafrecht in besonderer Weise von der nationalsozialistischen Weltanschauung durchdrungen war, die ganz explizit keinen Unterschied zwischen der Sphäre des Rechts und jener der (nationalsozialistischen) Moral machen wollte.²⁶ In dieses System war die Richterschaft verwickelt und zwar – wie die zeitgeschichtliche Forschung zeigt – durchaus auch aus eigenem Antrieb.²⁷ Da es den Richtern im Nachkriegsdeutschland gelang, sich weit überwiegend in den Positionen zu halten, bedurfte es schon deshalb einer Sicht aus einer anderen, neuen Perspektive: An die Stelle des Totalitätsanspruchs der NS-Weltanschauung trat der absolute Durchdringungsanspruch des Bonner Grundgesetzes. Es ist dies eine Situation, die nach einem so radikalen Systemwechsel öfter auftritt. Darin liegt auch der Grund, weshalb nach dem Zusammenbruch des Faschismus oder Kommunismus Verfassungsgerichte nach dem deutschen Vorbild eingerichtet wurden.²⁸

Die Frage ist nun, ob dies für Österreich nicht auch gegolten hätte, waren doch die österreichischen Richter genauso in das NS-Regime verstrickt.²⁹ Doch in Österreich kam es ja in diesem Rechtsbereich von vornherein gar nicht zu verfassungsrechtlichen Neuerungen. Zudem wurde die Frage des Systemwechsels weniger als ein methodologisches, als vielmehr ein perso-

26 Vgl *Pauder-Studer*, Einleitung, in *Pauder-Studer/Fink* (Hrsg), *Rechtfertigungen des Unrechts* (2014) 15 (20).

27 Vgl *Reiter-Zatloukal*, Richterbild und Richterausbildung im nationalsozialistischen Deutschen Reich, in *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg), *RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft* (2014) 83 (106).

28 Dass die Einrichtung einer solchen Überinstanz freilich auch den Rechtsstaat in Gefahr bringen kann, zeigt etwa die Entwicklung in Polen – vgl *Jaraczewski*, Stellen sich Polens Verfassungsrichter gegen den EuGH? *Legal Tribune Online*, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/polen-verfassungsgericht-disziplinkammer-unabhaengigkeit-richter-eugh-c58518-pis/> (Stand 12.2.2020).

29 Vgl *Schwarz*, NS-Richter in Österreich, in *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg), *RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft* (2014) 125.

nalpolitisches Problem verstanden, das aber besser nicht angerührt wurde.³⁰ Anscheinend fiel der strafrechtliche Rechtsstab wieder in seine angestammten methodischen Positionen zurück. Wie weit dies zur relativen Distanz der Strafgerichte gegenüber dem VfGH beitrug resp ob es einen Unterschied zur Rechtsentwicklung in Deutschland machte, muss im Rahmen dieser kurzen Arbeit dahingestellt bleiben.

III. Die Bedeutung der EMRK für das Strafrecht

A. Der Individualrechtsschutz und seine legislativen Konsequenzen

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass der Radius, in dem der VfGH die Verfassungsmäßigkeit der Strafrechtvollziehung garantieren kann, recht eng gezogen ist. Sieht man im Strafverfahrensrecht „angewandtes Verfassungsrecht“,³¹ dann ist eine kognitive Dissonanz unausweichlich. Es überrascht daher nicht, dass es die EMRK ist, die die Konvergenz von Verfassungsrecht und Strafrecht schon jahrzehntelang vorantreibt. Die EMRK ist in materieller Hinsicht die wichtigste Neuerung, die die österreichische Grundrechtsordnung in der Zweiten Republik erfahren hat, noch weit vor dem Unionsrecht.^{32, 33} Im Folgenden kann nur versucht werden, die Vielschichtigkeit dieser Relation aufzuzeigen.

In erster Linie hat die EMRK eine ganz wesentliche Erweiterung des Grundrechtskatalogs mit sich gebracht, namentlich die Schaffung und Verfeinerung von Verfahrensgrundrechten, zumal die Grundrechte der EMRK als „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ im Sinne des Art 144 Abs 1 B-VG auf der Stufe der angestammten österreichischen Grundrechte stehen und daher beim VfGH geltend zu machen sind.

30 Vgl zu den Amnestiebemühungen *Wolfgang Stadler*, Karrierebruch? – Gerichtliche Verfolgung und Entnazifizierung von Richtern und Staatsanwälten nach 1945, in *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft (2014) 145 (151 ff).

31 Vgl etwa *Berka*, RichterInnen als GrundrechtswahrerInnen: Grundrechte und Rechtsprechung der ersten Instanz, RZ 2008, 114 (116).

32 Vgl für den Bereich des Straf(verfahrens)rechts *Reindl-Krauskopf* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO vor §§ 363a–c Rz 1 ff.

33 Die Bedeutung der Unionsgrundrechte für das Strafrecht kann hier nur angemerkt werden – vgl dazu im Einzelnen *Dannecker*, Grundrechte im Europäische Straf- und Strafverfahrensrecht im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, in FS Fuchs (2014) 111.

Dem Einzelnen räumt die EMRK eine Individualbeschwerde ein, wenn der innerstaatliche Instanzenzug erschöpft ist.³⁴ Mit der Beschwerde wird nicht formell ein konkreter Rechtsakt bekämpft, sie ist daher kein Rechtsmittel im engeren Sinn. Vielmehr zielt der Beschwerdeführer auf die Feststellung des EGMR ab, dass in seinem „Fall“ ein Konventionsgrundrecht verletzt wurde. Das Urteil des EGMR besteht also nicht in der Kassation eines österreichischen höchstgerichtlichen Urteils oder gar dessen meritorischer Ersetzung, sondern im Ausspruch der Vertragsverletzung, woran bestimmte Verpflichtungen der Republik Österreich anknüpfen. Die dem Völkerrecht geschuldete Konstruktion ändert aber nichts an dieser letzten Möglichkeit des Einzelnen, sein Recht zu erkämpfen.

Da die Republik Österreich mit der EMRK auch die allgemeine Verpflichtung eingegangen ist, die österreichische Rechtsordnung konventionskonform zu gestalten,³⁵ bewirken die individuellen Entscheidungen des EGMR entsprechende rechtspolitische sowie judizielle Aktivitäten, um ihren Anforderungen gerecht zu werden.³⁶ Hier kann auf zahlreiche Urteile des EGMR und die entsprechenden gesetzgeberischen Aktivitäten hingewiesen werden.³⁷ Eine wesentliche Rolle spielten dabei die aus Art 6 EMRK abgeleiteten Anforderungen an die Waffengleichheit im Strafprozess, sprich: der Ausbau der Verteidigungsrechte des Beschuldigten.

B. Die grundrechtskonforme Handhabung des Strafprozessrechts

Der Einfluss der EMRK auf das gerichtliche Strafverfahren erschöpft sich freilich nicht in legislatischen Maßnahmen bis hin zur Einführung neuer Rechtsschutzinstrumente, sondern entfaltet seine Wirksamkeit auch unmittelbar in der Judikatur der Strafgerichte, insbesondere des OGH.³⁸ Die

34 Art 34 EMRK.

35 Vgl *Okressek*, Die EMRK und ihre Auswirkungen auf das österreichische Strafverfahrensrecht, EuGRZ 1987, 497, mwH.

36 Vgl etwa *Lewisch*, Die StPO als Rechtsschutzsystem: Rechtsmittel – Wahrungsbeschwerde – Erneuerungsantrag – Parteienantrag, in *Lewisch/Nordmeyer* (Hrsg), Liber Amicorum Ratz (2018) 49.

37 Vgl besonders *Okressek*, EuGRZ 1987, 497 passim; *ders.*, Die Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention vor neuen Herausforderungen. Schwerpunkte der jüngeren Judikatur und Bestrebungen zur Reform des Rechtsschutzsystems, ÖJZ 1993, 329 und *Schmid*, Grundrechte im strafgerichtlichen Verfahren, RZ 2009, 153.

38 Vgl umfassend *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 209 ff, und etwa *Ratz*, Grundrechte in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2006, 325.

Hauptpunkte sind etwa die rechtzeitige Information über die Anklage, das Verbot mehrfacher Strafverfolgung, Auslieferungsverfahren und rechtliches Gehör. Rechtsstrukturell betrachtet stehen alle Formen einer verfassungskonformen – hier MRK-konformen – Handhabung des Gesetzes in einem Spannungsverhältnis zum eingangs dargestellten System der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. Ist man nämlich davon geleitet, dass eine gesetzliche Vorschrift einen Rahmen möglicher Auslegungen eröffnet, dann läuft eine verfassungskonforme Interpretation auf eine Teilderogation hinaus. Zur (externen) Vernichtung eines Gesetzes ist aber der VfGH zuständig, mag er dies auch nicht immer wahrnehmen wollen.³⁹

IV. Der OGH als Sonderverfassungsgerichtshof: Nachprüfende Grundrechtskontrolle

A. Die Grundrechtsbeschwerde

Mit dem Grundrechtsbeschwerdegesetz⁴⁰ wurde dem OGH 1992 eine Zuständigkeit übertragen, die zumindest partiell die verfassungsrechtliche Kontrolle der Vollziehung garantieren soll. Die Einführung der Grundrechtsbeschwerde gilt in der Literatur als „Quantensprung“ des österreichischen Grundrechtsschutzes in Strafsachen.⁴¹ Zu Recht lässt sich hier von einer Sonderverfassungsgerichtsbarkeit für den Bereich der Strafgerichtsbarkeit sprechen.⁴² Sie beschränkt sich freilich auf die Garantie eines – freilich zentralen – Grundrechts, jenem zum Schutz der persönlichen Freiheit.⁴³ Die Beschwerde kann nach Erschöpfung des Instanzenzugs erhoben werden. Behauptet wird mit ihr die Verletzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit durch eine strafgerichtliche Entscheidung oder Verfügung.⁴⁴ Eine Erweiterung auch auf andere Grundrechte wurde bisher nicht ernsthaft er-

39 Vgl. *Jabloner*, Stufung und „Entstufung“ des Rechts, ZÖR 2005, 163; abwägend *Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 203.

40 Bundesgesetz über die Beschwerde an den OGH wegen Verletzungen des Grundrechts auf persönliche Freiheit, BGBl I 1992/864.

41 „... zumindest aus der Sicht der Strafverteidigung“ – vgl. *Kier* in *Höpfel/Ratz*, WK² GRBG Vorbemerkungen Rz 12 (Stand 1.10.2011, rdb.at). Dort – vor Rz 1 – ist auch die sehr umfangreiche Judikatur zum GRBG verzeichnet.

42 *Seiler*, Strafprozeßrecht¹⁸ (2020) 168, spricht vom „besonderen Rechtsschutz“.

43 Art 5 und 6 EMRK sowie Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684.

44 § 1 Abs 1 GRBG, nach Abs 2 gilt dies aber nicht für die „Verhängung und den Vollzug von Freiheitsstrafen und vorbeugenden Maßnahmen wegen gerichtlich strafbarer Handlungen“.

wogen, zumal mit dem im Folgenden zu erwähnenden „Erneuerungsantrag“ ohnedies ein breites Spektrum von Grundrechten abgedeckt wird.

Was die Motivation für diese Neuerung betrifft, so flossen beide schon erörterte Stränge zusammen: Einerseits formell die Kritik am Fehlen eines direkten Rechtszugs des Einzelnen an den VfGH und andererseits materiell die Bedachtnahme auf den überragenden Einfluss der EMRK. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellte die Neuerung einen bewussten Gegenzug zur Idee der „Urteilsbeschwerde“ dar.⁴⁵ In materieller Hinsicht sollte gegenüber dem EGMR ein Zeichen für die quasi Grundrechtsfreundlichkeit der österreichischen Strafjustiz gesetzt werden. Doppelfunktional konnte mit dem neuen Rechtsmittel auch eine im Sinn des Art 13 EMRK wirksame Beschwerde gegen Verletzungen der Grundrechte eingerichtet werden.⁴⁶

In der Sache geht es um den zuvor als mangelhaft qualifizierten Rechtsschutz bei der Verhängung der Untersuchungshaft. Gerade dort ist „naturgemäß“ rascher Rechtsschutz geboten. Gegen dessen Übernahme durch den VfGH konnte rechtspolitisch daher auch dessen drohende Überlastung mit unzähligen Haftbeschwerden ins Treffen geführt werden, die ja unweigerlich zu überlangen Verfahrensdauern führen müssten.⁴⁷

B. Der Erneuerungsantrag

Der zweite Pfeiler der Sonderverfassungsgerichtsbarkeit des OGH ist der „Erneuerungsantrag“ nach § 363a StPO.⁴⁸ Mit ihm wird primär – der ursprünglichen Intention nach – auf ein Österreich verurteilendes Erkenntnis des EGMR reagiert: Das Strafverfahren ist „insoweit zu erneuern, als nicht auszuschließen ist, dass die Grundrechtsverletzung einen für den hiervon Betroffenen nachteiligen Einfluss auf den Inhalt einer strafgerichtlichen Entscheidung ausüben konnte“. Die Beschwerdebefugnis ist weit gezogen, denn im Lichte der Judikatur des OGH kann sie nicht nur der Beschuldigte, sondern auch ein Zeuge oder ein sonstiger Dritter erheben, freilich nicht der Ankläger. Wie kein anderes Institut des Strafprozessrechts – vielleicht sogar der gesamten österreichischen Rechtsordnung – wurde die „Erneuerung“ durch die Judikatur des OGH verändert. Im Hinblick auf bestimmte Änderungen der Judikatur des EGMR zu Art 6 EMRK erkannte der OGH in § 363a Abs 1 StPO eine „planwidrige Lücke, die er so schloss, dass ein bereits ergangenes Erkenntnis des EGMR nicht mehr zwingende Vorausset-

45 *Steininger*, Verfassungstag 1994, 15.

46 Vgl *Okressek*, ÖJZ 1993, 329 (330).

47 Vgl *Mayrhofer*, Ein Jahr Grundrechtsbeschwerde, ÖJZ 1994, 473 mwH.

48 Vgl ausführlich *Reindl-Krauskopf* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 363a StPO Rz 1 ff.

zung für eine Erneuerung des Strafverfahrens bildet.⁴⁹ Zutreffend wurde erkannt, dass es sich dabei um einen veritablen Akt der „Rechtsfortbildung“ in dem Sinn handelte, dass ein solches – den Wortlaut hintanstellendes – Auslegungsergebnis nach den herkömmlichen Interpretationsmethoden nicht erzielbar gewesen wäre. Auch ist nicht einzusehen, weshalb hier nicht ein Akt des Gesetzgebers abgewartet wurde.⁵⁰ Gleichviel, im Ergebnis wurde der Grundrechtsschutz in Strafsachen in einer rechtspolitisch durchaus zu begrüßenden Weise weiter perfektioniert.

In gewisser Weise komplementär zum Instrument der Erneuerung ist die gleichfalls durch die Judikatur veranlasste Neuerung, dass bei der Anrufung des OGH mit Nichtigkeitsbeschwerde die Verfassungswidrigkeit eines angewendeten Gesetzes als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden kann.⁵¹

Sowohl der Erneuerungsantrag selbst als auch seine Erweiterung durch die Rechtsprechung wurden im hier relevanten Zusammenhang durchaus auch als Schachzüge im Spiel mit dem VfGH gesehen. Wir haben es mit einer eigenartigen Mixtur von Motiven zu tun: Das aufrichtige Bestreben, den Grundrechtsschutz zu stärken, geht einher mit dem Drang, die Spitzenposition des OGH zu immunisieren.⁵²

Im Zusammenhang mit dem Erneuerungsantrag ist auch ein Blick auf das Unionsrecht zu werfen: Im Rahmen der Strafrechtspflege sind auch einschlägige unionsrechtliche Vorschriften zu vollziehen,⁵³ insbesondere die in der GRC festgelegten Grundrechte. Art 276 AEUV ermächtigt rsp verpflichtet die Strafgerichte, Interpretations- und Geltungsfragen des Unionsrechts dem EuGH vorzulegen.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzstruktur interessiert hier das Urteil des EuGH vom 24. 10. 2018, C-234/17 über ein Vorabentscheidungsersuchen des OGH: Vorgelegt wurde die Frage, ob es die unionsrechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität notwendig machten, den „Erneuerungsantrag“ nach § 363a StPO auch in diese Richtung hin erweiternd auszulegen, dass dieser Rechtsbehelf auch bei behaupteter oder festgestellter Unvereinbarkeit des Strafrechts mit dem Unionsrecht zur Anwendung kommen könnte. Der EuGH verneinte dies unter Hinweis auf die für das Unionsrecht ausschlaggebende Möglichkeit aller Gerichte, den EuGH

49 OGH 1.8.2007, 13 Os 135/06m.

50 Vgl *Reindl-Krauskopf*, Die Erneuerung des Strafverfahrens – zulässige Analogie oder Rechtsschöpfung? JBl 2007, 876. AA *E. Rieder*, Die Erneuerung des Strafverfahrens ohne vorheriges Erkenntnis des EGMR, JBl 2008, 23 (30).

51 Näherhin *Ratz*, Die Beschwerde gemäß § 383a StPO per analogiam als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, ÖJZ 2012, 581 (585).

52 Vgl *Ratz*, ÖJZ 2012, 581 (581).

53 Vgl etwa EuGH 20.12.2008, Rs C-491/07, *Turanský*.

zu befassen. Die Vorlage des OGH hatte eine deutliche Parallelität zu jener viel kritisierten rechtsfortbildenden Rechtsprechung des VfGH, der zufolge Art 144 B-VG so zu verstehen sei, dass unter den „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten“ auch die Unionsgrundrechte zu verstehen wären.⁵⁴ Der VfGH selbst befasste nicht etwa den EuGH, sondern agierte rein *motu proprio*. Aus einer späteren Entscheidung des EuGH⁵⁵ – auf eine Vorlage des OGH in einer Zivilrechtssache hin – ergibt sich eine nicht ausgesprochen ablehnende, aber doch deutliche Distanz zum VfGH.

Gerichtsstrategisch war die Vorlage des OGH – wie schon die Entscheidung des VfGH zu Art 144 Abs 1 B-VG – wohl auch darauf ausgerichtet, den Zugang zur GRC zu mediatisieren und den OGH als eine Art innerstaatliches Unionsrechtsgericht zu etablieren. Im Urteil des EuGH dazu findet sich nun eine viel deutlichere Ablehnung dieser Argumentation: Worauf es allein ankommt, ist die Wirksamkeit des Unionsrechts.⁵⁶ Freilich könnte der österreichische (Verfassungs-)Gesetzgeber sowohl Art 144 Abs 1 B-VG als auch § 363a StPO in der von diesen beiden Höchstgerichten gewünschten Weise ergänzen. Eine solche Novellierung wäre unter verschiedenen Gesichtspunkten zwar durchaus diskutabel. Sie würde aber nicht den strategischen Zweck erfüllen, die Beurteilung unionsrechtlicher Fragen zu den österreichischen Höchstgerichten hin zu verlagern. Die Zuständigkeit sowohl der Strafgerichte unterer Instanz als auch der Verwaltungsgerichte erster Instanz, den EuGH zu befassen, bliebe nämlich unverändert.⁵⁷

V. Präventiver und begleitender Grundrechtsschutz

A. Richterliche Kontrolle

Das Straf(verfahrens)recht kennt nicht nur einen Grundrechtsschutz in Form der nachprüfenden Kontrolle von Rechtsakten oder Maßnahmen. Vielmehr besteht schon seit 1862 ein präventiver Grundrechtsschutz bei kri-

54 VfSlg 19.632/2012. Zur Kritik vgl besonders *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon. Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH, ZÖR 2012, 587.

55 EuGH 11.12.2014, Rs C-212/13, *František Ryněš*.

56 Zu den komplexen Hintergründen vgl den besonders instruktiven Beitrag von *Schumann*, Ein Spiel über Bande: Zum Diskurs der Höchstgerichte über den Grundrechtsschutz in Strafsachen, ÖJZ 2018, 850. Dieser Aufsatz wurde zwar noch zum Antrag des Generalanwalts verfasst, doch folgte diesem der EuGH.

57 Vielleicht hatten VfGH und OGH die Einschätzung, die Untergerichte würden es lieber auf die Rechtsprechung der heimischen Höchstgerichte ankommen lassen als eine Sache dem EuGH vorzulegen.

minalpolizeilichen Eingriffen in das Hausrecht, seit 1867 in die persönliche Freiheit sowie das Briefgeheimnis und seit 1974 in das Fernmeldegeheimnis.⁵⁸ Die Grundrechtseingriffe werden dabei an einen „richterlichen Befehl“ geknüpft.⁵⁹ Ob der Ausdruck „richterlicher Befehl“ über die Semantik hinaus eine besondere rechtliche Bedeutung hat, ist freilich noch zu klären.

Gemäß dem Grundrechtsdenken des 19. Jahrhunderts, das ja primär in der gesetzlichen Bindung von Eingriffen in diese Freiheitsrechte dachte, stand dabei wohl die professionelle Qualität des Richters im Vordergrund.⁶⁰ Dabei wurde von Anfang an freilich nicht übersehen, dass der Richter auf jenen Sachverhalt angewiesen ist, der ihm von der Kriminalpolizei präsentiert wird.⁶¹

Aus heutiger Sicht und angesichts einer juristischen Professionalisierung auch der Polizei steht weniger die Garantenfunktion des Richters im Vordergrund, sondern dessen Unabhängigkeit. Da in der Tätigkeit der Kriminalpolizei naturgemäß ein inquisitorisches Element liegt, erweist sich die Einschaltung des Richters einerseits als „Königsweg des Grundrechtsschutzes im Strafverfahren“.⁶² Rechtspolitisch fällt allerdings auf, dass diese über-

58 Art 9 StGG mit dem Gesetz zum Schutze des Hausrechtes, RGBl 1862/88, Art 10 und 10a StGG und das Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684, welches an die Stelle des alten Gesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit aus 1862 getreten ist. Die inhaltlich teilweise überlappenden Grundrechte in Art 5, 6, 8 und 9 EMRK kennen – dem Rechtsschutzsystem dieses Regelwerks entsprechend – keinen präventiven Rechtsschutz.

59 Zur Institution des Richtervorbehaltes ist einer (verfassungs-)gesetzlich angeordneten Entscheidung eines Richters ohne Antrag des Betroffenen vgl allgemein *Wildhagen*, Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle. Richtervorbehalt und nichtrichterliche Kontrollorgane (2011) 22.

60 Dies kommt etwa in der parlamentarischen Beratung zum Briefgeheimnis bei der Wortmeldung des böhmischen Abgeordneten zum Reichsrat *Klaudi* klar zum Ausdruck: „Es schien mir, dass im Ausdruck kraft richterlichen Befehls eben nur eine Garantie dafür gesucht werde, dass der Befehl zur Beschlagnahme eines Briefes, somit zur Verletzung des Briefgeheimnisses aus öffentlichen Interessen garantiert sei durch die reifere Überlegung, durch die, ich möchte sagen, an mehr Formen und strenge Gesetzanwendung gewöhnte Entscheidung eines richterlichen Beamten.“ StenProt AH 1861, 75. Sess, 1. GP 1747.

61 Vgl die Wortmeldung des Tiroler Abgeordneten *Alois Fischer* in der gleichen Sitzung: „Einmal gestattet der § 3 des Entwurfes die Brieföffnung in Folge eines mit richterlichen Gründen versehenen Befehls. Dagegen lässt sich nichts sagen, obwohl man vielleicht einwenden und bemerken könnte, dass die Polizei es sei, welche dem Richter die Gründe an die Hand zu geben hat.“ StenProt AH 1861, 75. Sess, 1. GP 1734.

62 Zitiert nach *Hüls*, Der Richtervorbehalt, seine Bedeutung für das Strafverfahren und die Folgen von Verstößen, ZIS 2009, 160 (160). Dort auch weitere Hinweise auf die deutsche Literatur.

ragende grundrechtstheoretische Funktion des Richters offenbar schon immer in einem scharfen Kontrast zur tatsächlichen Wirksamkeit gestanden ist, sodass man andererseits geradezu von einem „Palliativum“ Richtervorbehalt spricht.⁶³ Die Spannung zwischen dem richterlichen Befehl als einem schon sprachlich scharf akzentuiertem Teilakt und der tatsächlichen fast nur beurkundenden Funktion des Richters ist also beträchtlich.

Die österreichische Strafprozessreform der Jahre 2003 und 2008 mag im alltäglichen Geschehen erfolgreich sein,⁶⁴ doch sie hat die in Rede stehende Problematik eher noch verschärft. Zum einen wurde nach der Abschaffung des Untersuchungsrichters und damit des richterlichen Elements im Vorverfahren überhaupt, die Rolle der Staatsanwälte aufgewertet, viele ihrer Maßnahmen allerdings an richterliche Bewilligungen gebunden.⁶⁵ Zwar kann man nun sagen, dass alle einschlägigen Maßnahmen potenzielle Grundrechtseingriffe darstellen und von daher eine Verbesserung des Grundrechtsschutzes angenommen werden könnte; doch geht die spezifische Differenz zwischen der konzisen richterlichen Mitwirkung zur Wahrung der genannten Grundrechte und einer diffusen allgemeinen richterlichen Mitwirkung als Ersatz für die Funktion des Untersuchungsrichters durcheinander. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass mit der farblosen richterlichen Bewilligung eine ganz praktische Schwächung des richterlichen Elements verknüpft ist, es geht eben doch um mehr als um bloße Semantik. In der Praxis droht die richterliche Bewilligung zu einer bloßen Stampiglie auszuünnen.

Vor allem aber ist eine Konstruktion, die das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Richter so verkehrt, dass die Bewilligung quasi als Ermächtigung für möglicherweise auszuübender Eingriffe verstanden wird, sodass die letzte Entscheidung dann doch wieder dem Staatsanwalt zukommt, weder mit dem Wortsinn noch mit dem historischen Verständnis von „richterlicher Befehl“ vereinbar.⁶⁶

63 Vgl *Hüls*, ZIS 2009, 160.

64 Vgl etwa *Reindl-Krauskopf*, Das reformierte strafprozessuale Ermittlungsverfahren. Bekannte Probleme und neue Herausforderungen, ÖJZ 2020/78, 593.

65 Vgl etwa *Reindl-Krauskopf*, Strukturelle Probleme im neuen strafprozessualen Vorverfahren, *ecolex* 2008, 207 (207): Die Staatsanwaltschaft als „Herrin des Vorverfahrens“.

66 Vgl schon *Hauenschild*, Das Zusammenwirken der Strafverfolgungsbehörden. Verfassungsrechtliche Fragen zum Entwurf der Strafprozeßreform, RZ 2000, 186 (197), ebenso *Walter/Zeleny*, Über einige Probleme im Entwurf eines Strafprozeßreformgesetzes, ÖJZ 2001, 876 (879, besonders Fn 29), *Reindl-Krauskopf*, Strukturelle Probleme im neuen strafprozessualen Vorverfahren, *ecolex* 2008, 207 (208) und neuerdings wieder *Reindl-Krauskopf*, Das reformierte strafprozessuale Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2020, 593 (595). Die verfehlt Gegenauffassung beruht

Es ist merkwürdig, dass es auch nach eineinhalb Jahrhunderten und auch nach mehr als 40 Jahren, vor denen sich der Verfasser dieses Beitrags der Problematik des Zusammenwirkens der Sicherheitsbehörden, der Staatsanwaltschaften und den Gerichten angenommen hat,⁶⁷ noch immer nicht gelungen ist, die maßgebenden Strukturen erstens klar zu formulieren und zweitens problemlos in das Verfassungsgefüge einzuordnen.⁶⁸ Zwar hat der legislatisch waghalsige Art 90a B-VG die Staatsanwälte der Gerichtsbarkeit zugeschlagen, doch wie sie sich in das duale Prinzip Justiz/Verwaltung einordnen, bleibt umstritten.⁶⁹ Selbst die Frage, ob der Justizminister den Staatsanwälten Weisungen erteilen darf, bleibt auf verfassungsrechtlicher Ebene zweifelhaft.⁷⁰ Unklar geblieben ist auch das Verhältnis der Staatsanwälte zu den Sicherheitsbehörden.⁷¹

In den sog Affären rund um das BVT⁷² und „Ibiza“ haben sich manche dieser Probleme verknotet: Die unscharfe Abgrenzung zwischen Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei, die Stellung der Staatsanwälte im Verfassungsgefüge, die vertikale und horizontale Kommunikation innerhalb der Staatsanwaltschaften, die Marginalisierung des richterlichen Elements.⁷³

auf einem Gutachten von *Funk/Öhlinger*, Strafprozessreform und Verfassungsrecht, in Schriftenreihe des BMJ CXII (2002) 71 f.

67 Die Verwaltungsbehörden im Dienste der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533.

68 Vgl jüngst *Jantscher*, Der Rechtsschutz gegen Akte der Kriminalpolizei nach der neuerlichen Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO, ALJ 2017, 1.

69 Vgl abwägend und mit letztlich positiver Tendenz *Burgstaller*, in *Korinek/Holoubek et al*, Österreichisches Verfassungsrecht (9. Lfg 2009) Art 90a B-VG Rz 1 ff. Kritischer *Rill* in *Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2010) Art 90a B-VG Rz 4 ff. Vgl weiters etwa *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, in *GS Walter* (2013) 819 und – zusammenfassend – *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung, in ÖJK (Hrsg), Strafverfolgung auf dem Prüfstand (2012) 33.

70 Vgl *Wiederin*, Staatsanwaltschaft 42.

71 Die zweckmäßigste Deutung ist jene als abgeleitete Akte der Staatsanwaltschaft und damit als abgeleitete gerichtliche Akte nach dem Muster des Verhältnisses der Sicherheitsbehörden bei Vollstreckung richterlicher Befehle – vgl *Reindl-Krauskopf*, ÖJZ 2020, 593 (594).

72 Vgl *Heißl/K.Lachmayer*, Zur Leistungsfähigkeit der Gewaltenteilung in der BVT-Affäre. Chronologie und rechtsstaatliche Analyse der BVT-Affäre und ihre Folgen, ZÖR 2020, 531.

73 Ausdruck ungelöster Spannungen in an sich hierarchischen Beziehungen sind die in §§ 29 Abs 2 StAG enthaltene Regelung, der zufolge eine zwischen Oberstaatsanwaltschaft und Staatsanwaltschaft „übereinstimmende Rechtsauffassung“ zu protokollieren ist, ebenso wie der in § 98 Abs 1 StPO gebrauchte Begriff des „Einvernehmens“, das die StA mit der Kriminalpolizei pflegen soll.

B. Der Rechtsschutzbeauftragte

Die Einrichtung von „Rechtsschutzbeauftragten“ zunächst im Strafverfahrensrecht und danach auch im Polizei- und Militärbefugnisrecht, gehört zu den interessantesten rechtsstaatlichen Neuerungen der letzten Jahre.⁷⁴ Zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität sowie zur nachrichtendienstlichen Aufklärung kehrt der Gesetzgeber neuartige polizeiliche Mittel der Informationsbeschaffung vor, die intensiv in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Freiheitssphäre des Einzelnen eingreifen. Die Besonderheit dieser Eingriffe liegt darin, dass sie „verdeckt“ erfolgen, also ohne Wissen desjenigen, gegen den sich diese Maßnahmen richten. Weiß der Betroffene aber nichts davon, so kann er sich gegen unrechtmäßige Maßnahmen auch nicht zur Wehr setzen, dieses Defizit sollen die Rechtsschutzbeauftragten füllen.

Der Rechtsschutzbeauftragte im Strafprozess⁷⁵ – um den es hier im Folgenden geht – ist ein besonderes Verwaltungsorgan⁷⁶, in Ausübung seines Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden.⁷⁷ Die Ermächtigungen des Rechtsschutzbeauftragten sind fein gesponnen und umfassen:

- die Prüfung und Kontrolle der Anordnung, Genehmigung, Bewilligung und Durchführung einer Reihe von Maßnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität,⁷⁸
- die Ermächtigung der Staatsanwaltschaften zur Einholung von Auskünften und Überwachungsmaßnahmen („Lauschangriff und Rasterfahndung“),⁷⁹
- die Einlegung einer Währungsbeschwerde und die Stellung von Anträgen auf die Fortsetzung oder Einstellung näher bezeichneter Verfahren,⁸⁰
- die Entgegennahme der Verständigung von der Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch den Bundesminister nach Befassung des Weisungsrates.⁸¹

74 Vgl umfassend *Klaushofer*, Strukturfragen des Rechtsschutzbeauftragten (2012), zu den Anfängen weiters etwa *Machacek*, Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Österreich, ÖJZ 1998, 553.

75 Samt seinen Stellvertretern.

76 Zur Einordnung in die richtige Staatsfunktion vgl VfSlg 17.102/2004 und eingehend *Klaushofer*, Strukturfragen 39 ff.

77 § 47a Abs 4 StPO im Grunde des Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG.

78 Im Einzelnen § 147 Abs 1 Z 1 bis 3 StPO.

79 Im Einzelnen § 144 Abs 3 StPO.

80 Vgl im Einzelnen §§ 25 Abs 2a, 209a Abs 5 StPO.

81 § 29c Abs 4 Staatsanwaltschaftsgesetzes. In einem weitesten Sinn – nämlich mit Blick sowohl auf die Person, gegen die ermittelt werden soll als auch die (ver-

Der Aufgabenkatalog zeigt, dass zwar die ursprüngliche Idee der Einrichtung in der Kompensation subjektiven Grundrechtsschutzes gelegen war,⁸² die Rechtsschutzbeauftragten dann aber doch mit etlichen Befugnissen ausgestattet sind, die eine objektive Rechtmäßigkeit garantieren sollen.⁸³

Nach hier vertretener Ansicht zeigt das Institut „Rechtsschutzbeauftragter“ nur besonders deutlich, was schon beim richterlichen Befehl greifbar war und sich bei der Volksanwaltschaft wiederholen wird,⁸⁴ nämlich die dem Grundrechtsschutz ab ovo eigene Ambivalenz öffentlicher und privater Interessen.⁸⁵ So wie die individuelle Geltendmachung eines Grundrechts im Dienst des immanenten Zwecks der Rechtsordnung steht, eingehalten zu werden, so schützt die Rechtmäßigkeit jeden Betroffenen ganz persönlich. Alles dazwischen sind graduelle Abstufungen und Mischverhältnisse.

C. Die Volksanwaltschaft

Die Kontrolle der Volksanwaltschaft erstreckt sich auf die Justizverwaltung im formellen Sinn.⁸⁶ Unbeschadet der Zuständigkeiten des Vollzugsgerichts⁸⁷ zählt der Strafvollzug zur formellen Justizverwaltung⁸⁸ und unterliegt daher soweit der Kontrolle der Volksanwaltschaft. Während es sich bei der Mitwirkung des Richters um die (präventive) Kontrolle der Verwaltung durch die Justiz und beim Rechtsschutzbeauftragten durch ein besonderes

meintlichen) Opfer von Straftaten – lässt sich die Einrichtung des Weisungsrats (§ 29b StAG) als (Grund)rechtsschutzeinrichtung verstehen.

82 Vgl *Reindl-Krauskopf* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 47 Rz 1. Vgl freilich *Klaushofer*, Strukturfragen 1, der unter Hinweis auf die Materialien schon einleitend darauf aufmerksam macht, dass der „Gesetzgeber (primär) Vertrauen in die Justiz, insbesondere die Strafverfolgungsorgane zurückgewinnen wollte“.

83 *Klaushofer*, Strukturfragen 76, nimmt mit Blick auf alle Rechtsschutzbeauftragten sogar eine Prävalenz der objektiven Komponente an.

84 Vgl oben V.B.

85 Vgl *Pöschl*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT, I/1 (2006) 6 (18, 24 ff).

86 Also nicht auf die Gerichtsbarkeit, allerdings mit Ausnahme einer behaupteten Säumnis bei der Vornahme einer Verfahrenshandlung – Art 148a Abs 4 B-VG. Seitdem die Tätigkeit der Staatsanwaltschaften als Gerichtsbarkeit gilt (Art 90a B-VG), sind auch die Staatsanwälte nicht (mehr) umfasst, ebenso wie die Kriminalpolizei im Rahmen ihrer Befugnisse. Kontrolliert wird hingegen die Staatsanwaltschaftsverwaltung – vgl *Thienel* in GS Walter 832.

87 §§ 16 ff StVG, weiters §§ 397, 409 f und 510 StPO.

88 Strafvollzugsgesetz; JGG.

Verwaltungsorgan handelt, gilt die Volksanwaltschaft als Hilfsorgan der Gesetzgebung.⁸⁹

Wie mit der B-VG-Novelle 2012 in Art 148a Abs 1 ausdrücklich betont wird, stellt „insbesondere die Verletzung in Menschenrechten“ einen Missstand dar, deshalb kommt bereits die allgemeine Zuständigkeit der Volksanwaltschaft zum Tragen. Diese Kontrolle erfolgt freilich, indem sie auf die Wahrnehmung bereits eingetretener Missstände gerichtet ist, im Nachhinein und ist daher nicht präventiv in einem engeren Sinn.⁹⁰ Überhaupt kann diese Funktion allein wohl noch nicht als „Rechtsschutz“ verstanden werden.⁹¹

Indessen hat die B-VG-Novelle 2012,⁹² der Volksanwaltschaft darüber hinaus zusätzliche und explizit präventive Kompetenzen übertragen.⁹³ Gemäß Art 148a Abs 3 B-VG obliegt es der Volksanwaltschaft und den von ihr eingesetzten Kommissionen nunmehr insbesondere, „den Ort einer Freiheitsentziehung zu besuchen und zu überprüfen“ (Z 2) und „das Verhalten der zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigten Organe zu beobachten und begleitend zu überprüfen“ (Z 2). Zu den Orten, an denen die Freiheit eines Menschen entzogen wird, gehören die Strafvollzugsanstalten und gerichtlichen Gefangenenhäuser⁹⁴, einschließlich bewegliche Einrichtungen wie der „Arrestantenwagen.“⁹⁵

Damit setzt Österreich völkerrechtliche Verpflichtungen um, die sich aus dem „OPCAT“ ergeben.⁹⁶ Ziel dieses internationalen Instruments ist

89 Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, in *Korinek/Holoubek et al*, Österreichisches Verfassungsrecht (12. Lfg 2016) Art 148a B-VG Rz 11 ff.

90 Vgl etwa *Thienel/Leitl*, in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (18. Lfg 2017) Art 148a B-VG Rz 13.

91 Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Die Volksanwaltschaft als „Nationaler Präventionsmechanismus“, ÖJZ 2013, 913 (914).

92 BGBl I 2012/1.

93 Vgl im Einzelnen und mit allen Hinweisen: *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Verfassungsrecht Art 148a B-VG passim und *Thienel/Leitl* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 148a B-VG. Eine präventive Kontrolle gab es schon zuvor in Gestalt des Menschenrechtsbeirats – vgl *Pöschl*, Der Menschenrechtsbeirat, JRP 2001, 47; *Wielinger*, Spezifisch österreichische Einrichtungen zum Schutz der Menschenrechte, in FS Holzinger (2017), 799. Nach der Reform wirkt der Menschenrechtsbeirat als beratendes Organ der Volksanwaltschaft weiter – vgl *Vogl*, Der neue Menschenrechtsbeirat bei der Volksanwaltschaft, in FS Stolzlechner (2013), 679.

94 Zur Abgrenzung s § 9 StVG.

95 Vgl *Wielinger*, in FS Holzinger 810.

96 UN optional protocol to the convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment resp. UN convention on the rights of persons with disabilities; OPCAT-Durchführungsgesetz, BGBl I 2012/1.

die Herstellung eines „nationalen Präventionsmechanismus“ zur Verhinderung von Folter, also der schwersten Form einer Menschenrechtsverletzung. In Ansehung dieser Zuständigkeit – will man eine nominalistische Diskussion hintanhalten – kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Volksanwaltschaft nunmehr in der Tat als Rechtsschutzseinrichtung gelten muss.⁹⁷

VI. Schlussbetrachtung

Am Anfang stand die Frage, wie weit die Instrumente des Grundrechtsschutzes rechtstechnisch geeignet sind, einen wirksamen Rechtsschutz zu ermöglichen.

Legt man diesen Maßstab an, so ergibt sich folgendes Bild:

1. Das Problem der lange unterbelichteten verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Justizgesetzen konnte mittels des neuen Instruments des „Parteienantrags“ und im Wege der Ermunterung der erstinstanzlichen Gerichte, Gesetzesprüfungsanträge an den VfGH zu stellen, gelöst werden.
2. Die Frage der Grundrechtskonformität individueller Akte der Strafjustiz hat nicht zur Einrichtung einer – der österreichischen Rechtskultur fremden – „Verfassungsbeschwerde“ geführt, sondern zur Entwicklung strafprozessualer Instrumente, die den OGH an der Verfassungsgerichtsbarkeit (im materiellen Sinn) beteiligen: Grundrechtsbeschwerde und Erneuerungsantrag.
3. Die präventive Grundrechtskontrolle wurde sinnvoll ergänzt, einmal in Bezug auf Haftsachen durch die völkerrechtlich veranlasste Prüfkompetenz der Volksanwaltschaft, das andere Mal durch die Einführung eines kommissarischen Rechtsschutzes (Rechtsschutzbeauftragter). Diese modernen Mittel zeigen anschaulich, dass subjektiver Grundrechtsschutz und die Garantie objektiver Rechtmäßigkeit von einander nicht zu trennen sind.
4. Allein im alten Feld der richterlichen Prävention kann ein Defizit nicht übersehen werden: Die Neuordnung des strafprozessualen Vorfeldes, die Stellung der Staatsanwälte, schließlich die verblässende richterliche Kontrolle, sollten Anlass sein, sich dieses doch rechtspolitisch so wichtigen Feldes erneut anzunehmen – mag wohl auch niemand ernsthaft die Strafverfahrensreformen 2003 und 2008 rückgängig machen. Klarerweise sind hier entgegengestrebende Tendenzen auszugleichen: Die Verteilung

⁹⁷ So *Kucsko-Stadlmayer*, ÖJZ 2013, 921: Die Volksanwaltschaft würde genau dort tätig werden, wo das gerichtliche Rechtsschutzsystem Lücken oder Schwächen hat.

der Zuständigkeiten auf das Innen- und das Justizressort – und dort wieder auf Gerichte und Staatsanwaltschaften – balanciert die Gewalten und steht so letztlich im Dienst des Rechtsschutzes. Sie bewirkt aber unweigerlich beträchtlichen Koordinationsaufwand und den Willen zur stets kritisch reflektierten Zusammenarbeit.