

RA Dr. Aldo Frischenschlager, Linz und Univ.-Ass. Dr. Alfred Grof, Linz

## Aktuelle Probleme des strafrechtlichen Vorverfahrens \*)

(1. Teil)

26

JBl 1988, 678 ff u. 768 ff

- I. Einleitung und Problemstellung aus rechtstheoretischer Sicht (Grof)
- II. Thesen zur Neugestaltung des strafprozessualen Vorverfahrens (Frischenschlager)
  1. Derzeitige Lage
  2. Grundlage einer Reform des Vorverfahrens
    - a) Behördenzuständigkeit
    - b) Zur Struktur des Vorverfahrens
    - c) Die Verfahrensbeteiligten
  3. Zum Vorverfahren im einzelnen
    - a) Sicherung einer ausreichenden fachlichen Qualifikation der erhebenden Sicherheitsbeamten
    - b) Einvernahmen
    - c) Stellung der Verfahrensparteien
    - d) Parteiöffentlichkeit und Belehrungspflicht
    - e) Akteneinsicht
    - f) Einzelfragen
  4. Dem Gericht vorbehaltene Agenden
  5. Gerichtskontrolle der behördlichen Ermittlungstätigkeit
  6. Abschaffung der Voruntersuchung
  7. Exkurs: Verwaltungsstrafverfahren
  8. Konfliktregelung und Änderungen im Sanktionensystem
- III. Verfassungssystematische Einordnung (Grof)
  1. Kompetenzrechtliche Zulässigkeit der Übertragung des Vorverfahrens auf die Bezirksverwaltungsbehörde
  2. Vorverfahren und verfassungsrechtliches Legalitätsprinzip
  3. Unmittelbare richterliche Zuständigkeit bei grundrechtstangierenden Maßnahmen
  4. Richterliche Kontrolle behördlicher Ermittlungstätigkeit
  5. Soziale Dienstleistungen und Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit
- IV. Gesetzesentwurf (Frischenschlager/Grof)

### I. Einleitung und Problemstellung aus rechtstheoretischer Sicht

Die Veranstaltung steht unter dem Arbeitstitel: „Nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 1987“<sup>1)</sup>. Dies klingt hinsichtlich des uns übertragenen Themenbereiches des „strafprozessualen Vorverfahrens“ fast zynisch, da sich durch das StRÄG 1987 keine wesentliche Neuerung ergeben hat, die bekannte Problemlage also nach wie vor unverändert ist. Denn in der Praxis wird vielfach der Vorwurf erhoben, das strafrechtliche Vorverfahren sei unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als äußerst bedenklich zu bewerten und in rechtspolitischer Hinsicht nicht mehr zeitgemäß. Bevor sich mein Core-

ferent mit den dringendsten dieser Probleme im einzelnen auseinandersetzt, möchte ich noch kurz aus theoretischer Sicht der Frage nachgehen, ob diese Fehlentwicklungen tatsächlich vom Gesetzgeber zu verantworten sind oder nicht eher von jenen Organen, die die Gesetze anzuwenden, also zu vollziehen haben. Soviel kann dabei schon vorweggenommen werden: Die Wahrheit liegt – wie so oft – in der Mitte; beide Komponenten haben in gleicher Weise zum heute zu konstatierenden Mißstand beigetragen.

Im Zentrum der Angriffe steht also die gesetzliche Regelung des strafrechtlichen Vorverfahrens durch die StPO. Ein oberflächlicher Blick auf deren §§ 24 bis 26 und 84 bis 115 kann wohl kaum den Eindruck verhindern, daß hinter diesen auf das Jahr 1873<sup>2)</sup> zurückgehenden Bestimmungen noch die Ideen des gerade überwundenen Polizeistaates fortwirken. Zum einen fällt auf, daß die gesetzliche Regelung angesichts der damit verbundenen massiven behördlichen Eingriffsintensität aus heutiger Sicht des Legalitätsprinzips zu oberflächlich ausgestanden ist. Auf der anderen Seite wird vornehmlich das staatliche Handeln geregelt, ohne gleichzeitig Rechte und vor allem Rechtsmittel desjenigen, gegen den sich das behördliche und gerichtliche Vorgehen richtet, für den Fall der Rechtswidrigkeit zu normieren. Diese typischen polizeistaatlichen Elemente – fehlende materiellgesetzliche Determinierung und mangelnder Rechtsschutz des normunterworfenen Bürgers – müssen eigentlich zu der conclusio führen, daß es sich – unter dem rechtsstaatlichen Grundprinzip der Verfassung betrachtet – bei der gesetzlichen Regelung des strafrechtlichen Vorverfahrens in der StPO in Wahrheit um eine sogenannte „formalgesetzliche Delegation“<sup>3)</sup> handelt: Übertrieben ausgedrückt erschöpft sich die nach dem fundamentalen Grundsatz des demokratischen Rechtsstaats allein dem Gesetzgeber zustehende politische Dispositionsbefugnis hier darin, gerade diese den Vollzugsorganen zu übertragen, wenn den Behörden und Gerichten durch die genannten Bestimmungen der StPO eine im Grunde unbeschränkte Handlungsfreiheit zuerkannt wird; nur soweit es unmittelbar grundrechts-tangierende Maßnahmen betrifft, findet sich eine ausführlichere gesetzliche Determinierung (allerdings schon auf Verfassungsebene<sup>4)</sup> auch in verfah-

<sup>1)</sup> RGBI 119/1873.

<sup>2)</sup> Zum Begriff vgl allgemein Walter-Mayer, Grundriß des österr Bundesverfassungsrechts<sup>5</sup> (1988) 198 f und Adamovich-Funk, Österr Verfassungsrecht<sup>6</sup> (1985) 252.

<sup>3)</sup> Vgl gem Art 149 B-VG das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit (RGBI 87/1862) und das Gesetz zum Schutze des Hausrechts (RGBI 88/1862) sowie die Art 5 u 6 MRK.

<sup>\*)</sup> Um Anmerkungen ergänzte Wiedergabe eines Vortrages, den die Autoren für die Tagung der Österreichischen Juristenkommission in Weißbach/Attersee im Juni 1988 gehalten haben. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

<sup>1)</sup> BGBl 605/1987.

rensrechtlicher Hinsicht. Neben diesem prinzipiellen Mangel an gesetzlicher Bestimmtheit des Handelns der Vollzugsorgane, der eine im Sinne des Legalitätsprinzips des Art 18 Abs 1 B-VG geforderte Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns für den Bürger zum überwiegenden Teil unmöglich macht, bewirkt der andere oben aufgezeigte Aspekt, und zwar die Vernachlässigung der gesetzlichen Fundierung einer entsprechenden Rechts- und Rechtsschutzposition des Beschuldigten, daß die vorliegende Problematik nicht bloß auf Österreich beschränkt bleibt. Im Hinblick auf die Verfahrensgarantien des Art 6 MRK erhebt sich nämlich die Frage, ob insoweit das österreichische strafprozessuale Vorverfahren dem durch internationales Recht vorgegebenen Standard entspricht. Wenn dies prima vista hinsichtlich der gesetzgeberischen Regelung also weder in bezug auf Art 18 Abs 1 B-VG noch in bezug auf Art 6 MRK der Fall zu sein scheint, so liegt es nunmehr an den Vollzugsorganen, soweit dies mit den Mitteln zulässiger Interpretation möglich ist, eine etwaige Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen der StPO über das Vorverfahren hintanzuhalten: Durch Praktizieren der sogenannten „verfassungskonformen Interpretation“ (-smethode) würden insoweit Unzulänglichkeiten des einfachen Gesetzgebers substituiert werden. Aus theoretischer Sicht könnte nun gegen die behauptete Verfassungswidrigkeit des strafrechtlichen Vorverfahrens wegen Widerspruchs zum Legalitätsprinzip grundsätzlich eingewendet werden, daß in diesem Bereich die Anforderungen an die gesetzliche Determinierungspflicht nicht überspannt werden dürfen. Dem Interesse des Bürgers nach optimaler Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Verhaltens steht nämlich auf der anderen Seite ein gleichgewichtiges, wenn nicht sogar übergewichtiges öffentliches Interesse auf bestmögliche Aufklärung gerichtlich strafbarer Handlungen wegen der damit verbundenen Präventionswirkung und dem daran anknüpfenden Effekt der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Garantie der öffentlichen Sicherheit gegenüber. Eine allzu starre gesetzliche Bindung des Verhaltens der staatlichen Vollzugsorgane würde letzteren Zweck aber jedenfalls insoweit vereiteln, als die faktische Variationsbreite der Lebenssachverhalte immer wieder vom Gesetzgeber auch nicht abstrakt vorhersehbare Neuerungen produziert<sup>3)</sup>. In gewissem Umfang ist es daher – weil und soweit die öffentlichen Interessen an der Tataufklärung jene privaten an der Gesetzesgebundenheit der Vollziehung überwiegen – unerlässlich, den staatlichen Vollzugsorganen einen Freiraum einzuräumen; dies ergibt sich aus dem dem Wesen der Materie immanenten Abwägungsgebot zwischen öffentlichen und privaten Interessen, sodaß insoweit das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundgesetzes als *lex specialis* zu Art 18 Abs 1 B-VG den einfachen Gesetzgeber sogar dazu zwingt, den Vollzugsorganen erhöhte Flexibilität einzuräumen.

**Umwelt-**

<sup>3)</sup> Stichworte: Verwaltungs-, Computer- und Wirtschaftskriminalität.

Dies kann jedoch – insbesondere mit Blick auf die aus Art 6 MRK erfließenden internationalen Verpflichtungen – nicht so weit gehen, daß die privaten Interessen vollkommen vernachlässigt werden. Wo allerdings hier die Grenze verläuft, ist als spezielles Merkmal des Gleichheitsgrundgesetzes letztlich eine *Wertungsfrage*. Die hier zur Diskussion stehende gesetzliche Regelung des Vorverfahrens durch die StPO ist in gewisser Weise dem Planungsrecht vergleichbar, wo das Handeln der Vollzugsorgane nicht nach dem kausalen „Wenn-Dann“-Schema, sondern durch Ziel- und Mittelvorgabe final determiniert<sup>4)</sup> ist. Den gleichen Zweck erfüllt im wesentlichen die oben aufgezeigte formalgesetzliche Delegation der StPO. Anläßlich der Prüfung von Planungsnormen hat der VfGH festgestellt, daß diese unter Zugrundelegung von deren besonderer materienspezifischer Zwecksetzung nicht den allgemeinen hohen Anforderungen des Art 18 Abs 1 B-VG entsprechen müssen<sup>5)</sup>. Ob dieses Höchstgericht auch die Regelung des strafprozessualen Vorverfahrens unter diesem Aspekt „absegnen“ würde, sei hier dahingestellt. Mit Blick bloß auf die Problematik der formalgesetzlichen Delegation würde ich diese Frage eher bejahen; Zweifel erheben sich aber bei gleichzeitiger Einbeziehung der in Art 6 MRK positivierten Verfahrensgarantien, insbesondere wenn man die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung der Straßburger Instanzen zu dieser Konventionsbestimmung beachtet<sup>6)</sup>.

Damit ist auch schon der zweite Problemkreis angesprochen. Die Bestimmungen der StPO enthalten nämlich – als zeitlich frühere, aber inzwischen oftmals revidierte Norm – hinsichtlich des Vorverfahrens regelmäßig keine Normen über die Rechtsstellung des Beschuldigten, sondern positivieren – wie eingangs bemerkt – nur das Verhalten der staatlichen Vollzugsorgane. Dieser Umstand ist allerdings noch nicht geeignet, eine Verfassungswidrigkeit zu konstatieren. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die Vollzugsorgane auch Verfassungsrecht soweit unmittelbar anzuwenden haben, als einfachgesetzliche Regelungen dieses nicht näher determinieren. Das bedeutet, daß als Konsequenz des Stufenbaus der Rechtsordnung einfachgesetzliches Recht aus der Sicht der Vollzugsorgane zwar prinzipiell vorgeht, selbst dann, wenn jene zur Auffassung gelangen, daß ein Widerspruch zur Verfassungsnorm vorliegt<sup>7)</sup>; wenn und soweit aber der einfache Gesetzgeber die Verfassung nicht näher ausführt, gilt diese unmittelbar

<sup>4)</sup> Grundlegend *Fröhler-Oberndorfer*, Österreichisches Raumordnungsrecht I (1975) 19 ff.

<sup>5)</sup> Vgl VfSlg 8280 u 8330 sowie zum Wirtschaftslenkungsrecht VfSlg 7338 u 8813.

<sup>6)</sup> Dazu *Okresek*, Die EMRK und ihre Auswirkungen auf das österl Strafverfahrensrecht, EuGRZ 1987, 497 ff mwN.

<sup>7)</sup> Und zwar nach überwiegender Auffassung aufgrund eines Umkehrschlusses aus Art 89 B-VG („Gehorsamstthese“); vgl die Darstellungen bei *Walter-Mayer* (FN 3) 209 und *Adamovich-Funk* (FN 3) 255 sowie *Novak*, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen (1967) 73.

auf Grund Art 18 Abs 1 B-VG. Für den vorliegenden Zusammenhang heißt dies aber, daß sowohl Art 6 MRK im besonderen die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafverfahren als auch andere Grundrechtsnormen – Hausrechtsgesetz, Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit – allgemein das behördliche Verfahren vergleichsweise relativ ausführlich regeln, so daß das entsprechende Schweigen der StPO nicht zu deren Verfassungswidrigkeit führt. Diese Feststellung gilt allerdings nur aus der Sicht des Theoretikers, stellt doch die unmittelbare Anwendung von Verfassungsrecht insbesondere im behördlichen Vorverfahren in der Praxis „totes Recht“ dar, worauf mein Kollege gleich näher eingehen wird.

Gleches gilt für den letzten Aspekt, auf den im vorliegenden Fall noch kurz hinzuweisen ist. Gemäß Art V EGVG sind, soweit die Strafprozeßgesetze keine Regelungen enthalten und damit als Subsidiärbestimmungen das VStG und im Wege dessen § 24 auch der größte Teil des AVG heranzuziehen<sup>10)</sup>, womit insoweit eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art 6 MRK wiederum grundsätzlich ausscheidet. Abgesehen davon, daß die generelle Verweisungsnorm des Art V EGVG bei den Vollzugsorganen und auch bei den Normadressaten bzw. dessen bevollmächtigten Rechtsvertretern kaum bekannt ist und daher auch nicht praktiziert wird, stellt sich die verfassungsrechtliche Problematik im Hinblick auf Art 6 MRK daher unter dem Aspekt, ob die genannten Verwaltungsverfahrensgesetze der Konventionsbestimmung widersprechende Anordnungen enthalten und nicht – wie ursprünglich angenommen – dahingehend, daß der Umstand der Nichtregelung der StPO eine Verfassungswidrigkeit darstellt. Vorauszuschicken ist, daß eine Anwendung des VStG und des AVG im strafrechtlichen Vorverfahren weder aus theoretischer noch aus praktischer Sicht allzugroße Bedeutung erlangen kann, da beide Verfahrenssysteme auf *in Rechtssatzformen* ergehende normative Akte der Behörde, nämlich auf die Bescheiderlassung, abstellen. Demgegenüber ist aber das strafrechtliche Vorverfahren regelmäßig entweder durch faktische Zwangshandlungen oder durch bloß schlichte Tätigkeiten, denen jeweils ein vorangehendes förmliches Verfahren wesensfremd ist<sup>11)</sup>, gekennzeichnet. Doch soweit in diesen beiden Verwaltungsverfahrensgesetzten Rechte des vom Verwaltungsakt Betroffenen verankert sind<sup>12)</sup>, substituieren sie gerade jenen Bereich, in dem die StPO Mängel aufweist und in diesem Zusammenhang ist es daher zumindest von theoretischem Interesse, die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art 6 MRK zu stellen. Durch einen materiell umfassenden Vorbehalt zu den Art 5 und 6 MRK hat sich Österreich allerdings

gegen die Konventionswidrigkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze weitgehend abgesichert, wobei es angezeigt wäre, im einzelnen der Problematik, ob dies auch deren Anwendung im strafrechtlichen Vorverfahren von vornherein verfassungsrechtlich sanktioniert, auf den Grund zu gehen; mE erwiese sich diese Argumentation mangels einer entsprechenden Intention des historischen Gesetzgebers eher als reine Fiktion, doch lohnt es die mangelnde praktische Relevanz nicht, sich an dieser Stelle damit näher auseinanderzusetzen<sup>13)</sup>.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, daß das Unterlassen einer längst fälligen Reformtätigkeit durch den Gesetzgeber in gleicher Weise wie die in der Vollzugspraxis entwickelte Haltung, diesen Mangel nicht wenigstens tendenziell durch Maßnahmen verfassungskonformer Interpretation zu sanieren, sondern im Gegenteil der Verlockung, diesen eher noch zu vergrößern und dadurch einen weiteren Machtzuwachs zu erringen, nachzugeben, zur heute unbefriedigenden rechtspolitischen Situation beigetragen haben. Der Wandel der Werte, denen bei der Verfassungsinterpretation eine nicht unbedeutende Rolle zukommt<sup>14)</sup>, bewirkt, daß die Verfassungskonformität der gesetzlichen Regelung des strafrechtlichen Vorverfahrens aus *theoretisch-dogmatischer* Sicht heute bestenfalls „gerade noch“ vertreten werden kann, wobei es insoweit schon nahezu akrobatischer juristischer Kunststücke bedarf, während sie für die Praxis nur mehr eine Makulatur darstellt. Es liegt auf der Hand, daß dieser Zustand faktisch vornehmlich zu Lasten des Adressaten der behördlichen Handlung gehen muß und in der rechtspolitischen Praxis auf Dauer keine befriedigende Lösung darstellen kann.

## II. Thesen zur Neugestaltung des strafprozessualen Vorverfahrens<sup>15)</sup>

### 1. Derzeitige Lage

Nach der derzeitigen Strafprozeßordnung gilt in Österreich, daß das Verfahren in den Abschnitt der

<sup>13)</sup> Der Vorbehalt zu Art 5 MRK wurde ausschließlich zur Sicherung der Konventionsgemäßheit der im Verwaltungsverfahren von den Behörden zu verhängenden Freiheitsstrafen abgegeben; Probleme im Hinblick auf die subsidiäre Anwendbarkeit des VStG im gerichtlichen Strafverfahren wurden in diesem Zusammenhang überhaupt nicht in Erwägung gezogen. Vgl dazu die EB, 459 Blg VIII, GP 32 ff.

<sup>14)</sup> Vgl Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 21 ff und Winkler, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969) 39 ff.

<sup>15)</sup> Einen wertvollen Beitrag zur Diskussion haben jüngst Miklau und Szymanski durch ihren im Herbst 1987 vor der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrag geliefert (siehe den verkürzten Vortragsbericht ÖJZ 1988, 83 f und demnächst FS Pallin, im Druck).

Zum Vorverfahren wurde zuvor auch bei den Verhandlungen des 9. ÖJF in der Abteilung Strafrecht eingehend diskutiert, dazu sei insbesondere auf das Gutachten Foreggers, 28 ff in Bd I/3 und auf die Referate von Felzmann 20 ff und Moos 92 ff in Bd II/3 hingewiesen.

Aus den fast unüberschaubaren Publikationen zum

<sup>10)</sup> Dazu Jabloner, Die Verwaltungsbehörde im Dienste der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533 und Ringhofer, Die österr. Verwaltungsverfahrensgesetze I (1987) 126 ff.

<sup>11)</sup> Vgl zuletzt Funk, ZfV 1987, 620 ff.

<sup>12)</sup> §§ 13 a (Rechtsbelehrung), 17 (Akteneinsicht) u 39 a (Dolmetscher und Übersetzer) AVG; §§ 33 (2) u (3) sowie 36 VStG (Rechte des Berschuldigten).

Vorerhebung, der Voruntersuchung, der Hauptverhandlung (Hauptverfahren) und des Rechtsmittelverfahrens unterteilt werden kann. Gemäß § 86 Abs 1 StPO ist jedermann berechtigt, Strafanzeigen zu erstatten, der von einer von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlung Kenntnis erlangt. Soferne die Anzeige nicht direkt an den Staatsanwalt gerichtet ist, sind Untersuchungsrichter, Bezirksgericht und Sicherheitsbehörde verpflichtet, die Anzeige dem Staatsanwalt zu übermitteln.

Nach § 34 StPO sind die Staatsanwälte gemäß dem geltenden Legalitätsprinzip zur Verfolgung der angezeigten strafbaren Handlungen verpflichtet. Wenn Sicherheitsbehörden (worunter die StPO nach der seinerzeitigen Terminologie auch bloße Sicherheitsorgane verstand) einschreiten, so haben sie demgegenüber gemäß § 24 StPO nur die keinen Aufschub gestattenden vorbereitenden Anordnungen zu treffen.

Nach der eben grob skizzierten Struktur geht die geltende StPO davon aus, daß – abgesehen von den keinen Aufschub gestattenden Anordnungen – ein Einschreiten der Sicherheitsbehörden (worunter hier auch bloße Sicherheitsorgane, insbesondere die Gendarmerie, verstanden werden) überhaupt nicht selbstständig stattfindet.

Darüber hinaus geht die Strafprozeßordnung nach dem ihr zugrundeliegenden Untersuchungsrichterkonzept davon aus, daß im Regelfall die Einleitung einer Voruntersuchung erfolgt und erst in dieser Voruntersuchung die eigentliche Ermittlungstätigkeit – und zwar durch den Untersuchungsrichter – durchgeführt wird.

Demgegenüber steht die Tatsache, daß sich aufgrund der sowohl personell als auch in technischer

---

Vorverfahren in Strafsachen seien weiters – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – herausgegriffen: *Bertel*, Zur Reform des Vorverfahrens, RZ 1975, 97; *ders.*, Vorerhebungen und Voruntersuchung, AnwBl 1976, 335; Informationsschrift des Bundesministeriums für Justiz zum Thema „Auf dem Weg zum neuen Strafprozeß“ 1986/3; *Fleisch*, Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörde – ihr Zusammenwirken im Dienst der Strafrechtspflege, RZ 1976, 105; *Jabloner*, Die Verhaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533; *Jesonek*, Vorverfahren, Bezauer Tage, Strafrecht 1981, 95; *Kadečka*, Reform oder Abschaffung der Voruntersuchung im Strafprozeß, JBl 1933, 225; *Kafka*, Sicherheitsbehörde und Justiz im Vorverfahren, ÖJZ 1947, 137; *Krückl*, Die Reform des Vorverfahrens im Strafprozeß und die Entwürfe der Strafprozeßnovellen 1925 und 1931, ÖJZ 1982, 505; *Lotheisen*, Reform des Vorverfahrens im österreichischen Strafprozeß, RZ 1962, 2; *Moos*, Zur Reform des Strafprozeßrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte, Wien 1981; *Moos-E. Steininger*, Bericht über das Seminar in Reichersberg 1981, Linz 1982; *Reidinger*, Die Stellung der Sicherheitsbehörden im gerichtlichen Vorverfahren, StPO-FS 198; *Roeder*, Reform des Vorverfahrens im österr. Strafprozeß, Verhandlungen des 1. ÖJT 1961 Bd II/6/5; *Schönfeld*, Das Vorverfahren und das Recht der Akteninsicht im Strafprozeß, JBl 1948, 336; *Wegscheider*, Gerichtliche Vorerhebungen (§ 88 Abs 1 StPO) RZ 1977, 206; *Wegscheider-Hadwiger*, Der Strafverteidiger im Vorverfahren, AnwBl 1978, 294.

Hinsicht weit überlegenen Struktur der Sicherheitsbehörden in der Praxis der bekannte Zustand entwickelt hat, daß – abgesehen von grundrechts-tangierenden Maßnahmen – die Sicherheitsbehörden in aller Regel unter Mißachtung der vorhin aufgezeigten Gesetzesbestimmungen selbstständig eine Ermittlungstätigkeit entfalten, die zum Ziel hat, bereits in der Anzeige („Vollanzeige“) eine abschließende Aufbereitung der Rechtssache zu präsentieren. Die Staatsanwaltschaft, die durch derartige Fleißarbeit der Sicherheitsbehörden arbeitsmäßig entlastet wird, ist offensichtlich über diese Praxis nicht unglücklich. Es hat sich daher im Laufe der Zeit geradezu eine allgemeine Rechtsüberzeugung dahingehend entwickelt, daß im Regelfall eine Anzeige seitens der Sicherheitsbehörde erst nach vollständiger Durchführung der Erhebungstätigkeit der Staatsanwaltschaft zur weiteren Behandlung übermittelt wird. Man kann in diesem Zusammenhang schon geradezu von einem Gewohnheitsrecht contra legem sprechen.

Es stellt sich die Frage nach den Rechtsgrundlagen der Tätigkeit der Sicherheitsbehörden im Dienst der Strafjustiz und nach den Rechtsschutzgarantien für die Betroffenen<sup>16)</sup>. Zieht man zunächst die altehrwürdige Strafprozeßordnung in Betracht, so ist festzustellen, daß praktisch keinerlei Verfahrensvorschriften existieren, die das sicherheitsbehördliche Handeln inhaltlich regeln. Auch § 24 und § 88 Abs 3 StPO geben keine inhaltlichen Handlungsanweisungen. Wenngleich nach dem seinerzeitigen Konzept dem Untersuchungsrichter in der als Regelfall vorgesehenen Voruntersuchung das Hauptgewicht der Ermittlungstätigkeit zufallen sollte, so ergibt sich doch, daß schon damals ein Großteil der Ermittlungstätigkeit – vor allem im unteren Kriminalitätsbereich – tatsächlich der Sicherheitsbehörde zufiel. Demnach ist schon zum Zeitpunkt der Gesetzerlassung im Jahre 1873 eine enorme Rechtsschutzlücke vorhanden gewesen. Erst viel später, anlässlich der Einführung der Verwaltungsverfahrensgesetze im Jahre 1925, wurde der Versuch unternommen, durch die Schaffung des Art V EGVG eine nähere Bestimmung des Handelns der Sicherheitsbehörden zu bewirken. Wenngleich etwa *Jabloner*<sup>16a)</sup> nachgewiesen hat, daß – rechtsdogmatisch betrachtet – durch die genannte Verweisungsnorm immerhin wesentliche rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze im sicherheitsbehördlichen Vorverfahren Geltung besitzen, so fehlt es doch jedenfalls an einer wirksamen Rechtsschutzmöglichkeit im Falle der Verweigerung der Verfahrensrechte seitens der Behörde. Darüber hinaus kann eine so allgemeine Verweisungsbestimmung wie Art V EGVG eine genügende Konkretisierung nicht leisten, sodaß sich zumindest in der Rechtspraxis herausgestellt hat, daß keine wirksame Regelung des Handelns der Verwaltungsbehörde und kein hinreichender Rechtsschutz für die Betroffenen gewährleistet werden konnte. Dem-

<sup>16)</sup> Dazu eingehend *Jabloner* aaO.

<sup>16a)</sup> Aao (FN 10).

nach stellt Art V EGVG in der Rechtspraxis totes Recht dar. Ich wage zu behaupten, daß eine große Anzahl der mit der Durchführung des sicherheitsbehördlichen Vorverfahrens betrauten Beamten die zitierte Gesetzesbestimmung nicht einmal kennen.

Eine besondere Kuriosität des aufgezeigten Rechtszustandes ergibt sich daraus, daß dann, wenn bloße Sicherheitsorgane (und nicht die Sicherheitsbehörde selbst) tätig werden, die Anwendbarkeit des Art V EGVG überhaupt zweifelhaft ist: Die zitierte Gesetzesbestimmung spricht von Sicherheitsbehörde, sodaß das Handeln der sicherheitsbehördlichen Hilfsorgane (etwa Korps der Kriminalbeamten und vor allem die Gendarmerie) jedenfalls expressis verbis nicht erfaßt ist. Daraus hat sich in der Praxis die bedenkliche Situation entwickelt, daß in den größeren Städten die Bundespolizeidirektion als Sicherheitsbehörde, in den übrigen Bezirken jedoch normalerweise die Bundesgendarmerie als bloßes Hilfsorgan direkt und ohne Einschaltung der Bezirksverwaltungsbehörde die Ermittlungen vornimmt. Während Bundespolizeidirektionen als Behörden anzusehen sind, trifft dies auf die Bundesgendarmerie nicht zu. Demnach sind auch Falschaussagen vor der Gendarmerie nicht nach § 289 StGB strafbar und waren dies auch früher nicht nach Art IX EGVG<sup>17)</sup>.

Neben der dargestellten selbständigen Ermittlungstätigkeit hat die Sicherheitsbehörde gemäß § 88 Abs 3 StPO auch über Auftrag der Staatsanwaltschaft und allenfalls auch über Auftrag des Untersuchungsrichters während der Voruntersuchung Ermittlungstätigkeiten vorzunehmen, welche dann allerdings kein selbständiges Verwaltungshandeln, sondern vielmehr ein Handeln als Gerichtspolizei ieS<sup>18)</sup> darstellen. Auch in diesen praktisch sehr häufigen Fällen existieren keine weitergehenden Handlungsvorschriften für die Sicherheitsbehörde. Die aufgezeigte Problematik besteht daher im gleichen Umfang wie im Falle ihres selbständigen Handelns.

Es wurde in der Vergangenheit zunehmend Kritik am Handeln der Sicherheitsbehörden im Dienst der Strafjustiz geübt, sodaß Reformen angezeigt erscheinen. Dies zum einen, um die Effektivität des sicherheitsbehördlichen Handelns zu sichern und die Glaubwürdigkeit der Tätigkeit der Sicherheitsbehörden zu erhöhen, zum anderen aber um einen rechtsstaatlichen gesicherten Mindeststandard zu erreichen.

#### *Wenn etwa*

- stundenlange Verhöre ohne Pause und ohne Verabreichung von Mahlzeiten zu einer Zermürbung des Verdächtigten und damit zu einem nicht unbedingt der Wahrheitsfindung förderlichen Druck auf ihn führen,
- bei vorläufiger Festnahme eines Verdächtigten, sogar auch dann, wenn dieser noch jugendlich ist,

<sup>17)</sup> OGH 1612/1964 in JBl 1965, 527 mit Anm Piska; Leukauf-Steininger, StGB<sup>2</sup>, RN 5 zu § 289, so auch schon die RV zum StGB, 299 in Dokumentation zum StGB.

<sup>18)</sup> Zum Begriff Jabloner aaO 533.

keine Gewähr dafür gegeben ist, daß dessen Angehörige verständigt werden,

– derzeit rechtlich keine abgesicherte Möglichkeit für den Festgenommenen besteht, unverzüglich Kontakt mit einer Person seines Vertrauens, insbesondere mit einem Rechtsanwalt, aufzunehmen,

– das Handeln von Polizei und Gendarmerie als polizeistaatlich empfunden wird, weil gegen Übergriffe keine hinreichend wirksamen Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, so gilt es, durch entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen die Mißstände zu beseitigen<sup>19)</sup>.

Die wichtigsten Anliegen unseres Referates haben wir schon in einem Gesetzentwurf zusammengefaßt, der Ihnen vorliegt. Dieser Entwurf ist allerdings nicht als fertiges Produkt zu betrachten, sondern lediglich als eine Diskussionsgrundlage und Vorschlag für eingehende legistische Überlegungen. Im folgenden geht es somit um nachstehende Ziele:

– Die gesetzliche Verankerung des derzeit bestehenden faktischen Zustandes der Führung eines Vorverfahrens in Strafsachen durch die Sicherheitsbehörden,

– die Zuordnung der sicherheitsbehördlichen Tätigkeit zur Verwaltungsbehörde,

– die gesetzliche Ausgestaltung entsprechender Verfahrensbestimmungen, die in einer jegliche Rechtsunsicherheit ausschließenden Weise eindeutig das Handeln der Behörde und vor allem die Rechte der beteiligten Parteien festlegen,

– die Prüfung der Frage, inwieweit gerichtliche Vorerhebungen bzw. Voruntersuchungen beibehalten werden sollen oder nicht,

– die Beibehaltung und den Ausbau der unmittelbaren Zuständigkeit des Richters für grundrechtsschützende Maßnahmen,

– die Schaffung einer gerichtlichen Kontrollinstanz zur Überwachung der sicherheitsbehördlichen Tätigkeit im Vorverfahren,

– die Abschaffung der zweigleisigen Ermittlungstätigkeit Vorerhebung – Voruntersuchung im Vorfeld der Hauptverhandlung und schließlich

– die Relativierung des absoluten staatlichen Strafanpruches (Legalitätsprinzip) im unteren Kriminalitätsbereich zu Gunsten eines sinnvollen Täter–Opferausgleiches (Konfliktregelung) bereits im Vorverfahren.

## 2. Grundlage einer Reform des Vorverfahrens

### a) Behördenzuständigkeit

Geht man daran, das Vorverfahren in Strafsachen einer eingehenden gesetzlichen Regelung zuzuführen, so stellt sich zunächst die Frage der Schaffung zuständiger Behörden für das Vorverfahren und dementsprechender Zuständigkeitsvorschriften<sup>19a)</sup>. Nach dem bisher Gesagten sind Bun-

<sup>19)</sup> Zur Eigendynamik polizeilichen Handelns vgl Girtler, Überlegungen zur Polizeibürokratie aus der Sicht der Soziologie, ZfV 1981, 13 ff.

<sup>19a)</sup> Ein anderer Lösungsweg könnte durch Schaffung einer eigenen Justizpolizei gefunden werden, die in den Justizapparat auch organisatorisch eingegliedert wird. Eine derartige Lösung würde allerdings noch keineswegs

despolizeidirektionen als Behörden zu qualifizieren, sodaß es diesbezüglich keine Probleme im Zusammenhang mit einer gesetzlichen Regelung gibt. Die Gendarmeriedienststellen stellen andererseits – wie oben aufgezeigt – bloße Hilfsorgane dar. Es bedarf daher der Zuordnung des sicherheitsbehördlichen Vorverfahrens zu einer entsprechenden Behörde. In diesem Zusammenhang ist es einerseits denkbar, den Gendarmeriedienststellen Behördenqualität einzuräumen, sodaß hinsichtlich der Tätigkeit dieser Dienststellen im Dienste der Strafjustiz die behördliche Handlungskompetenz gesichert wäre. Anders als bei den Bundespolizeidirektionen käme es dadurch allerdings zu einem wohl nicht wünschenswerten Auseinanderklaffen der Behördenzuständigkeit für das strafgerichtliche Vorverfahren einerseits und für das Verwaltungsstrafverfahren andererseits. Es ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß im Falle einer Anzeige und der Durchführung der ersten Ermittlungstätigkeit noch keineswegs feststehen muß, ob ein Tatverdacht eine gerichtlich strafbare Handlung und/oder eine Verwaltungsübertretung darstellt. Derartige Fragestellungen ergeben sich zum Beispiel häufig im Straßenverkehrsrecht<sup>19b)</sup>. Demgemäß sollte mE eine Zuordnung der sicherheitsbehördlichen Tätigkeit zu jener Behörde stattfinden, die auch zur Führung der Verwaltungsstrafverfahren berufen ist, also zur Bezirksverwaltungsbehörde, im Regelfall somit der Bezirkshauptmannschaft. Dabei könnte durchaus vorgesehen werden, daß die Gendarmerieposten in gewissem Umfang die behördlichen Befugnisse der Bezirksverwaltungsbehörde auszuüben berechtigt sind. Diesbezüglich wird es auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vorverfahrens ankommen. Entscheidend ist jedenfalls, daß Vorsorge für das unverzügliche Einschreiten einer Behörde und nicht bloß eines Hilfsorganes getroffen wird, damit entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen gewährleistet sind.

---

automatisch eine Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit im Vorverfahren bewirken, sondern eher eine zusätzliche Belastung für die Justiz darstellen. Überdies bietet eine strikte organisatorische Trennung zwischen der (handelnden) Behörde und dem (kontrollierenden) Richter eine gewisse Garantie für eine objektive Kontrolle. Schließlich sind die gegenwärtigen (aus der Zeit der Monarchie herstammenden) Organisationsstrukturen der Justiz schlecht zur Bewältigung zusätzlicher Organisationsaufgaben geeignet. Es wird daher im folgenden auf die Lösungsmöglichkeit der Schaffung einer derartigen (im übrigen der österr Rechtstradition widersprechenden) Justizpolizei nicht weiter eingegangen.

<sup>19b)</sup> Fast jede fahrlässige Körperverletzung durch einen KFZ-Lenker stellt an sich gleichzeitig auch ein Verwaltungsstrafdelikt wegen Übertretung einer Bestimmung der StVO dar. Allerdings wurde in diesem Bereich der Strafbarkeit des Verwaltungsstrafdelikts durch die Bestimmung des §§ 99 Abs 6 lit c StVO für den Fall des Vorliegens einer gerichtlich strafbaren Handlung aufgehoben. Abgrenzungsfragen entstehen aber auch hier, weil ja noch nicht von vornherein feststeht, ob eine gerichtlich strafbare Handlung vorliegt oder nicht.

### b) Zur Struktur des Vorverfahrens

Während nach dem Konzept der Strafprozeßordnung (vgl § 38 StPO 1975) volle Parteirechte für den Beschuldigten erst mit Eröffnung der Voruntersuchung bzw Versetzung in den Anklagestand gegeben sind und die StPO erst ab diesem Verfahrensstadium einen eigentlichen „Strafprozeß“ als eingeleitet ansieht, müßte im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes der Verfahrensbeteiligten und der Sicherung eines konventionskonformen Strafverfahrens schon – anknüpfend an objektive Merkmale – mit Bestehen einer Verdachtslage gegen eine bestimmte Person vom Vorliegen eines strafrechtlichen Verfahrens ausgegangen werden. Dabei soll nach dem hier vertretenen Konzept die Führung des Verfahrens selbst in aller Regel der Sicherheitsbehörde zukommen. Das Gericht soll lediglich durch laufende Überwachung und durch die Schaffung einer gerichtlichen Kontrollinstanz die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Vorverfahrens garantieren. Aus dieser Überlegung heraus wurde von uns der Vorschlag eines amstwegigen sicherheitsbehördlichen Vorverfahrens im Gesetzesentwurf aufgenommen. Durch Einräumung konkreter Verfahrensrechte für die Verfahrensbeteiligten und die eben erwähnten Kontrollmechanismen soll ein rechtsstaatliches Verfahren garantiert werden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr von der Regelung des Vorverfahrens in Strafsachen nicht mitumfaßt ist. Die Regelung dieses Bereiches durch ein schon lange vorgesehenes aber nie erlassenes Polizeibefugnisgesetz wird einer gesonderten legitistischen Maßnahme vorbehalten bleiben müssen, da dieser Bereich über den Rahmen der StPO-Reform hinausgeht. Eine ehebaldige Regelung dieser Materie in rechtsstaatlich unbedenklicher Weise sollte aber mit Nachdruck betrieben werden.

Grundlage für die Verfahrensreform muß eine entsprechende Abwägung sein, die das öffentliche Interesse an der sachgerechten Verfolgung von strafbaren Handlungen einerseits und den wirksamen Rechtsschutz für die in ihren Rechten betroffenen Personen andererseits sicherstellt. Mit einer derartigen rechtsschutzfreundlichen Ausgestaltung des Vorverfahrens kann durchaus auch eine Steigerung der Effektivität des sicherheitsbehördlichen Handelns verbunden sein, weil doch derzeit großes Mißtrauen gegen die Ergebnisse der sicherheitsbehördlichen Ermittlungen besteht, welches durch die Verfahrensreform entscheidend abgebaut werden könnte.

### c) Die Verfahrensbeteiligten

Im Zuge der gesetzlichen Regelung des sicherheitsbehördlichen Vorverfahrens wird vor allem auch auf die Stellung der betroffenen Personen Rücksicht zu nehmen sein. Im Sinne des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Anklagegrundsatzes wird zunächst der Staatsanwaltschaft von allem Anfang an eine wirksame Position einzuräumen sein. Nach dem hier vorgestellten Konzept ist die Staatsanwaltschaft als Verfahrenspartei am Ver-

fahren beteiligt. Im Sinne einer Waffengleichheit ist demgegenüber dem Beschuldigten und dessen allfälligen Verteidiger ebenfalls vom Anfang an eine entsprechende Mitwirkung am Verfahren einzuräumen. Darüber hinaus ist auch auf die – bisher vielfach vernachlässigte – Position des Geschädigten zu achten, da letztendlich das Strafverfahren ja die Wiederherstellung des Rechtsfriedens und damit auch eine entsprechende Gutmachung des dem Geschädigten entstandenen Schadens bezweckt.

### 3. Zum Vorverfahren im einzelnen

#### a) Sicherung einer ausreichenden fachlichen Qualifikation der erhebenden Sicherheitsbeamten

Während nach geltendem Recht die Sicherheitsbehörde bzw. das einschreitende Sicherheitsorgan selbst darüber entscheidet, welche Qualifikation die eine behördliche Aufklärungsarbeit leistenden Beamten haben, wäre zu fordern, daß – gerade im mittleren und oberen Kriminalitätsbereich – gesetzliche Vorsorge für ein Mindestmaß an Qualifikation der einschreitenden Erhebungsbeamten getroffen wird. Eine gewisse Sicherung in dieser Richtung könnte dadurch erzielt werden, daß bei der einschreitenden Behörde ein Erhebungsleiter zuständig ist, der zumindest in Fällen mittleren oder schwereren Tatverdachts ein ausgebildeter Jurist sein sollte. Die Erhebungstätigkeiten selbst könnten durchaus wie bisher – jedoch unter voller Verantwortung der Ermittlungsbehörde – Sicherheitsorganen aufgetragen werden. Für schwierigere und/oder umfangreichere Ermittlungstätigkeiten, insbesondere etwa Wirtschaftsdelikte, könnte weiterhin eine Zentralstelle, wie etwa das Landesgendarmeriekommando mit den Erhebungen betraut sein. Wiederum müßte aber eine eindeutige Zuordnung der Ermittlungstätigkeit zu einer Erhebungsbehörde stattfinden.

#### b) Einvernahmen

Bereits im sicherheitsbehördlichen Vorverfahren sollten förmliche Einvernahmen von Zeugen und Beschuldigten durchgeführt werden. Eine Einvernahme von Personen als „Auskunftspersonen“ müßte ersatzlos abgeschafft werden. Es soll damit im Zusammenhang keineswegs ein unnötiger Formalismus ins Verfahren eingeführt werden. Wie bisher könnten also mE bei Verkehrsunfällen unmittelbar durch die einschreitenden Beamten die niederschriftlichen Befragungen durchgeführt werden, wobei die einschreitenden Beamten allerdings dann ausdrücklich seitens der zuständigen Behörde zu diesen Amtshandlungen bevollmächtigt sein müßten. Dort, wo sich entweder eine umfangreichere Ermittlungstätigkeit als notwendig herausstellt oder ein schwerwiegenderes Delikt (etwa im Bereich der Schöffens- und Geschwornenzuständigkeit) untersucht wird, müßte zwingend die Beziehung des juristisch ausgebildeten Erhebungsleiters vorgeschrieben werden. Nur dadurch kann mE Vorsorge getroffen werden, daß die gesetzlich vorzuschreibenden Verfahrensvorschriften auch entsprechend eingehalten werden. In jedem Falle müßte

Vorsorge getroffen sein, daß bestimmte äußere Rahmenbedingungen bei den Einvernahmen eingehalten werden. Es sollte ein für alle Mal mit gewissen an psychische Folter grenzenden Einvernahmemethoden aufgeräumt werden. So ist es durchaus keine Seltenheit, daß stundenlange Verhöre des Beschuldigten unter ständigem Wechsel der das Verhör durchführenden Erhebungsbeamten stattfinden, die bis an die Grenze der psychischen und physischen Belastbarkeit des Beschuldigten gehen. Dadurch wird versucht, diesen als Beweismittel gegen sich selbst zu instrumentalisieren, was eindeutig dem Anklageprinzip widerspricht. Es wäre daher zu fordern, daß eine bessere Ausbildung der Sicherheitsbeamten sichert, daß nicht mangelhafte Praxis in Einvernahmetechnik durch besondere Härte im Umgang mit dem Beschuldigten kompensiert wird. Dadurch könnten auch die regelmäßig stattfindenden Übergriffe von Sicherheitsbeamten verminder werden. Ein wichtiger Aspekt in diesem Zusammenhang scheint mir darin gelegen, daß dem Beschuldigten das ausdrückliche Recht einzuräumen wäre, eine Person seines Vertrauens zu den Einvernahmen beizuziehen, insbesondere auch seinen Verteidiger. Dadurch würde am effektivsten allfälligen Übergriffen der Erhebungsbeamten vorbeibauen.

#### c) Stellung der Verfahrensparteien

Ausgehend von der schon zuvor erhobenen Forderung nach Herstellung einer Waffengleichheit zwischen Staatsanwalt einerseits und Beschuldigtem bzw. dessen Verteidiger andererseits ist zu fordern, daß schon bei Beginn der Ermittlungstätigkeiten volle Parteirechte für alle Beteiligten im größtmöglichen Umfang ausdrücklich eingeräumt werden. Das bedeutet, daß innerhalb angemessener Frist zunächst sowohl Staatsanwalt als auch Beschuldigter über den vorliegenden Tatverdacht ausreichend informiert werden. Dies ist hinsichtlich des Beschuldigten auch ein Gebot einer konventionskonformen Ausgestaltung des Verfahrens. In gleicher Weise müßte aber auch der Geschädigte am Verfahren frühestmöglich beteiligt werden, um seinerseits seine Rechte geltendmachen zu können. Demnach wäre eine Informationspflicht der Erhebungsbehörde diesen Parteien gegenüber ausdrücklich festzulegen. Umgekehrt wäre den Parteien ausdrückliches Recht auf rechtliches Gehör und die Stellung von Beweisanträgen und dergleichen einzuräumen. Eine Einschränkung der Rechte der Verfahrensparteien dürfte nur insoweit statthaft sein, als der Erhebungszweck selbst dies notwendig macht (etwa Verdunklungsgefahr).

#### d) Parteiöffentlichkeit und Belehrungspflicht

ME müßte, insb bei schwerwiegenderen Straftatbeständen, auch bereits im Vorverfahren die Möglichkeit der Beziehung der Parteien zu den Beweisaufnahmen gegeben sein. Insb sollte das Fragerecht des StA und des Vert und allenfalls auch des Priv-Bet schon in diesem Verfahrensstadium zum Zuge kommen. Die Beweisaufnahmen der Sicherheitsbehörden sollten also einer Parteiöffentlichkeit zu-

gänglich gemacht werden. In diesem Zusammenhang wird sicherlich als Gegenargument ins Treffen geführt werden, daß das sicherheitsbehördliche Ermittlungsverfahren durch eine derartige Parteiöffentlichkeit uferlos ausgeweitet würde. Dieses Argument erscheint jedoch nicht stichhaltig. Es besteht durchaus die Möglichkeit, die Parteiöffentlichkeit nur für bestimmte Deliktskategorien vorzusehen, also etwa lediglich im Rahmen der Delikte, die in die Zuständigkeit der Schöffens- und Geschwornengerichtsbarkeit fallen. Insbesondere dort, wo nach relativ kurzer Verfahrensdauer die Hauptverhandlung durchgeführt und damit das Fragerecht der Verfahrensparteien gewährleistet ist, besteht eine geringere Notwendigkeit der Beteiligung der Parteien bereits im Vorverfahren. In Fällen jedoch, deren Ermittlung sich über längere Zeit hinzieht, müßte rechtzeitig die Möglichkeit der Beteiligung der Verfahrensparteien gewährleistet sein, da bekanntlich die Erinnerungskraft von Zeugen im Laufe der Zeit mehr und mehr schwindet und daher die Ausübung des Fragerechtes etwa nach mehrmonatiger oder gar mehrjähriger Dauer des Verfahrens nicht mehr zu einer effektiven Rechtsverteidigungsmöglichkeit genutzt werden kann. Es wäre daher für die Frage der Parteiöffentlichkeit auch eine Kombination zwischen Schwere des Tatverdachts und Umfang der Ermittlungstätigkeit möglich, sodaß etwa bei Delikten im bezirksgerichtlichen und einzelrichterlichen Zuständigkeitsbereich die Parteiöffentlichkeit nur bei der Notwendigkeit einer umfangreicherer Erhebungstätigkeit und insbesondere der Überschreitung einer gewissen Verfahrensdauer, etwa zwei oder drei Monate, vorzuschreiben wäre.

Allgemein müßte die in der StPO vorgesehene *Belehrungspflicht* auch für die im Vorverfahren tätigen Sicherheitsbehörden ausgeweitet werden. Diesbezüglich wäre etwa die gesetzliche Verankerung der derzeit nur im Erlaßwege verfügten Pflicht zur Belehrung über das Entschlagungsrecht nach § 152 StPO zu nennen. Ein derartiges Entschlagungsrecht wäre selbstverständlich auch expressis verbis für das Vorverfahren zu postulieren, da nach dem derzeitigen Rechtszustand ja fraglich ist, ob § 152 StPO überhaupt für die Ermittlungstätigkeit anwendbar ist. Art V EGVG verweist in diesem Zusammenhang auf die sinngemäß anzuwendenden Verwaltungsvorschriften. Eine Belehrung müßte sich insbesondere auch über das Recht zur Führung von Entlastungszeugen, auf das Recht der Betrauung eines Verteidigers, das Recht auf Beziehung eines Dolmetsch, auf das Akteneinsichtsrecht und etwa auch auf das Recht zur Beantragung von Sachverständigengutachten beziehen.

#### e) Akteneinsicht

Ein besonders leidiges Problem stellt in der derzeitigen Praxis die Akteneinsicht in Ermittlungsakten der Sicherheitsbehörden dar. An sich wäre nach Art V EGVG in Verbindung mit § 17 AVG, der gemäß § 24 VStG anzuwenden ist, volles Akteneinsichtsrecht in die Ermittlungsakten der Sicherheitsbehörden für die Verfahrensparteien gegeben.

Die Effektivierung dieses Rechts ist in der Praxis jedoch deswegen nicht möglich, weil im Ablehnungsfall nach der Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts kein anfechtbarer, verfahrensfreier Verwaltungsakt vorliegt und regelmäßig auch kein anfechtbarer Bescheid erlassen wird. Demgemäß ist im Regelfall Akteneinsicht erst möglich, wenn die Strafanzeige bei der StA oder beim Bezirksgericht eingelangt ist, wobei auch dann vielfach ein Hürdenlauf zu bewältigen ist. Dauert schon die Übermittlung der „Vollanzeige“ regelmäßig einige Wochen, bisweilen sogar Monate, so wird die Anzeige nach Eintreffen bei der StA oder bei Gericht etwa bei Verkehrsunfällen vielfach gleich an einen Sachverständigen zur Erstattung eines Gutachtens weitergeleitet. Während also die Erhebungsunterlagen zuvor oft Wochen ohne Einsichtsmöglichkeit bei der Behörde lagen, ist dann nach Anzeigeerstaatung vielfach zwar das Recht auf Akteneinsicht gegeben, es fehlt jedoch an der faktischen Möglichkeit zur Ausübung dieses Rechts. Dadurch kommt es in banalen Fällen wie etwa einem Verkehrsunfall vielfach dazu, daß erst nach etwa 2–3 Monaten tatsächlich die Akteneinsicht und Aktenabschrift durchgeführt werden kann, was eine entsprechende Verzögerung der zivilrechtlichen Abwicklung des Vorfalls bewirkt. Auch in anderen Kriminalitätsbereichen erscheint es nicht angemessen, den Beschuldigten über derart lange Zeit im Ungewissen zu lassen. Es müßte daher für den Regelfall ein effektives Recht auf Akteneinsicht vor der Sicherheitsbehörde für alle Verfahrensbeteiligten, also sowohl Beschuldigten als auch Geschädigten, gegeben sein. Im Rahmen der derzeit bestehenden Möglichkeit des Ausschlusses des Beschuldigten von der Akteneinsicht könnte natürlich weiterhin ein Ausschluß stattfinden, wobei im Zweifel über den Umfang des Akteneinsichtsrechtes das Gericht im Rahmen einer zu schaffenden Kontrolltätigkeit über die sicherheitsbehördliche Tätigkeit im Vorverfahren zu entscheiden hätte.

#### f) Einzelfragen

Im Zuge der Regelung des Vorverfahrens sollten auch gewisse Mißstände beseitigt werden, die derzeit bestehen. So ist etwa gesetzlich keinerlei Vorsorge getroffen, daß die Angehörigen eines verhafteten Beschuldigten verständigt werden. Desgleichen besteht keine rechtlich gesicherte Möglichkeit des Beschuldigten, nach einer Verhaftung sogleich Kontakt mit seinem Verteidiger aufzunehmen. Weiters erscheint es auch als Mißstand, daß gelegentlich sogar im oberen Kriminalitätsbereich die Staatsanwaltschaften erst mit mehrtägiger oder gar mehrwöchiger Verspätung von einem Tatverdacht Kenntnis erhalten. Demgemäß müßte gesetzlich Vorsorge getroffen werden, daß die notwendigen Verständigungen unmittelbar erfolgen und vor den Sicherheitsbehörden jener Zustand beseitigt wird, der als polizeistaatlich zu bezeichnen ist. Einhergehend mit den erwähnten Verständigungspflichten sollten auch gewisse Erledigungsfristen für die Sicherheitsbehörde gelten, da vor allem im Bereich der minderschweren Delikte die Staatsanwalt-

schaften eine Kontrolle der sicherheitsbehördlichen Ermittlungstätigkeit im Einzelfall nicht vornehmen können. Soweit demnach die Ermittlungstätigkeit einen festzulegenden Zeitraum (etwa 2 Wochen) erreicht, hätte jedenfalls eine Verständigung an die StA unter Übersendung von Gleichschriften aller Erhebungsergebnisse über den Stand der Ermittlungstätigkeit und die voraussichtlich noch notwendigen weiteren Ermittlungen zu erfolgen, damit zumindest ab diesem Zeitpunkt in der Praxis eine effektive Kontrolltätigkeit seitens der StA als Verfahrenspartei erfolgen kann. Darüber hinaus könnte noch weitergehend überlegt werden, nach einer gewissen (ohne Ergebnis verstrichenen) Frist ab Beginn der Erhebungstätigkeit je nach Schwere des Tatverdachts zwingend das Verfahren als eingestellt zu erklären oder die Fortführung der Erhebungstätigkeit an eine zustimmende Gerichtsentcheidung zu binden. Dadurch könnte die Sicherung eines Rechtes des Beschuldigten auf Verfahrenseinstellung bei mangelndem Tatverdacht erfolgen.

#### 4. Dem Gericht vorbehaltene Agenden

Im Zusammenhang mit der Schaffung eines gesetzlich geregelten sicherheitsbehördlichen Vorverfahrens erhebt sich die Frage, ob und inwieweit auch gerichtliche Vorerhebungen über Parteiantrag möglich sein sollen. In gewissem Umfang werden diese sicherlich auch weiterhin notwendig sein, da etwa die Beziehung von gerichtlich beeideten Sachverständigen oder die Abfertigung von Rechtshilfesuchen in das Ausland teils aus Gründen der Verfahrensökonomie, teils aus Gründen der zwischenstaatlichen Vereinbarungen nicht den Sicherheitsbehörden überlassen werden können. Im Sinne einer Waffengleichheit müßte aber in diesem Zusammenhang nicht nur der StA sondern auch der Verteidigung und auch dem Privatbeteiligten die Möglichkeit gegeben werden, derartige gerichtliche Vorerhebungen zu beantragen. Dies sollte allerdings nur für einzelne gesetzlich geregelte Agenden und nicht allgemein zur Konkurrenzierung des sicherheitsbehördlichen Vorverfahrens zulässig sein. Auch die Durchführung von Ortsaugenscheinen unter Beziehung von gerichtlich beeideten Sachverständigen könnte dem Gericht vorbehalten bleiben. Es wird hier mehr auf Zweckmäßigkeitsoberlegungen ankommen, ob und inwieweit Erhebungstätigkeiten des Gerichtes weiterhin zulässig bleiben sollen. Allenfalls könnte hier ein „Aufgriffsrecht“ des Gerichtes stattfinden, also die Möglichkeit, im Einzelfall die Vornahme derartiger „sensibler“ Untersuchungshandlungen über Anordnung des Gerichts von diesem selbst vorzunehmen.

Allgemein müßte allerdings unbedingt sichergestellt werden, daß die gerichtliche Tätigkeit im wesentlichen eine Kontroll- und Entscheidungstätigkeit darstellt. Eine effektive Kontrolltätigkeit ist nämlich nach unserer Ansicht davon abhängig, daß eine genügende Unabhängigkeit zu der zu kontrollierenden Organisation besteht. Je weitgehender das Gericht demnach von primären Untersu-

chungstätigkeiten entlastet werden kann, desto effektiver wird die Kontrolltätigkeit durch das Gericht durchgeführt werden können.

Nach den geltenden und beizubehaltenden Vorschriften ist der verhaftete Beschuldigte längstens binnen 48 Stunden in das gerichtliche Gefangenенhaus einzuliefern. Dies verhindert keineswegs, daß auch weiterhin die Behörde direkt Einvernahmen durchführen kann. Aus rechtsstaatlichen Gründen sollte daher auch zukünftig eine Ausführung des Beschuldigten aus dem gerichtlichen Gefangenенhaus über Nacht nicht stattfinden. Andererseits ist die Prüfungskompetenz und insbesondere die Haftprüfung durch das Gericht unseres Erachtens ausreichend, eine zügige Durchführung der Ermittlungsarbeiten zu gewährleisten. Insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip sollte in diesem Zusammenhang ernstgenommen und auch noch ausgebaut werden.

Die Übertragung von Untersuchungsagenden an die Behörde birgt natürlich auch Gefahren in sich. Um vorzubauen, daß politische Einflüsse in Richtung Verzögerung eines Verfahrens oder Unterlassung der Verfolgung bestimmter Beschuldigter unternommen werden, müßte die Stellung der Staatsanwaltschaft gestärkt werden. Es wird daher von uns vorgeschlagen, den Staatsanwalt in eigener Person und ohne Weisungsmöglichkeit von oben an das gesetzliche Legalitätsprinzip zu binden. Zumindest sollten Weisungen an den Staatsanwalt ausdrücklich als unbeachtlich erklärt werden, die eine Verzögerung der Verfolgung bewirken können oder gar einen Rücktritt von der Verfolgung auftragen. Lediglich Weisungen, die umgekehrt die Verfolgung eines bestimmten Beschuldigten ausdrücklich auftragen, könnten allenfalls beibehalten werden. Diesbezüglich ist es ja Aufgabe des unabhängigen Gerichtes einen Freispruch zu fällen, falls ein Straftatbestand nicht verwirklicht ist. Zur Sicherung der Verfolgung des Beschuldigten könnte auch eine Stärkung des Subsidiaranklagerechts erwogen werden. In letzter Zeit hat sich vermehrt die Aufgabe der Bewältigung von großen Wirtschaftsskandalen für die Justiz gestellt. Regelmäßig waren dabei starke Verflechtungen mit den politischen Parteien gegeben. In diesem Zusammenhang erscheint es daher zweckmäßig, in „politisch sensiblen“ Verfahren weiterhin ausnahmsweise die primäre Ermittlungstätigkeit durch das Gericht zuzulassen, wobei auch zu erwägen wäre, in Fällen, die mit großen rechtlichen Schwierigkeiten (Auslandsbeziehung!) verbunden sind, ebenfalls ein derartiges Ermittlungsverfahren zu führen. Hier käme es sozusagen im Ausnahmefall zur Beibehaltung des untersuchungsrichterlichen Konzepts der StPO, wobei jedoch nicht (zweigleisig) eine Voruntersuchung nach Vornahme von sicherheitsbehördlichen Erhebungen, sondern (eingleisig) anstelle derartiger Vorerhebungen die gerichtliche Voruntersuchung zu treten hätte. Dabei wäre vom Personalsrat des zuständigen Gerichtes ein oder bei besonderem Umfang der vorzunehmenden Untersuchungen sogar mehrere Untersuchungsrichter für die Durchfüh-

rung der Ermittlungstätigkeiten freizustellen, der (die) für die Dauer des Ermittlungsverfahrens damit voll und ganz der Ermittlungstätigkeit im Anlaßfall zur Verfügung stünde(n). Die Entscheidung, in welchen Fällen die Untersuchungstätigkeit ausnahmsweise direkt dem Gericht vorbehalten bleiben soll, wird besonders sorgfältig überlegt werden müssen. Die Entscheidung über den Aufgriff einer Rechtssache in die direkte Ermittlungstätigkeit des Gerichtes müßte diesem selbst (etwa durch die Ratskammer über Antrag einer der Parteien oder des Untersuchungsrichters) vorbehalten bleiben.

Im Falle der unmittelbaren Ermittlungstätigkeit durch das Gericht müßten unseres Erachtens weitergehende Garantien geschaffen werden, die eine volle Unbefangenheit der in der Hauptverhandlung tätigen Richter garantieren. Der bisher nur relativ zwingende Ausschluß der Untersuchungsrichter im Hauptverfahren müßte zu einem zwingenden Ausschluß bei sonstiger Nichtigkeit werden. Darüber hinaus sollten die Verfahrensparteien die Möglichkeit haben, die Durchführung der Hauptverhandlung bei einem anderen Gerichtshof zu verlangen. Diesbezüglich kann an die bestehenden Bestimmungen der §§ 62 f StPO angeschlossen werden, wobei die durchgeführte gerichtliche Untersuchungstätigkeit ausdrücklich als ein wichtiger Grund zur Vornahme der Delegierung gesetzlich verankert werden sollte.

Geht man davon aus, daß das oben dargestellte Modell eines sicherheitsbehördlichen Vorverfahrens in Strafsachen eingeführt wird, so ist die Frage zu erörtern, ob und welche Kompetenzen dem Richter vorbehalten bleiben sollen. Meines Erachtens sollten wie schon bisher grundrechtliche Eingriffe dem Richter vorbehalten bleiben und eine Einschränkung der Handlungsbefugnis der Sicherheitsbehörden für den Falle der „Gefahr im Verzug“ erfolgen. Im einzelnen betrifft dies jedenfalls die Verhaftung (bzw vorläufige Festnahme), die Beschlagnahme, die Telefonüberwachung, die Öffnung von Briefen und die Haus- und Personsdurchsuchung (einschl. etwa die Durchsuchung eines PKW).

Darüber hinaus sollte dem Untersuchungsrichter auch eine laufende Überwachungskompetenz eingeräumt werden. Damit ist aber auch tatsächlich nur die Überwachung gemeint, also die Prüfung der sachlich richtigen Führung des Vorverfahrens. Die organisatorische Einrichtung des Dienstbetriebes selbst ist davon nicht mitumfaßt. Dies wäre wohl auch deswegen nicht zweckmäßig, weil die richterliche Tätigkeit in erster Linie eine Überwachungs- und Entscheidungstätigkeit und nicht eine Organisationstätigkeit sein soll. In diesem Sinne muß es nicht unbedingt als Nachteil empfunden werden, wenn nach dem hier gemachten Vorschlag eine selbständige Behörde und nicht ein dem Gericht direkt unterstelltes Hilfsorgan die Aufklärungstätigkeit durchzuführen hat.

Hinsichtlich dieser aufgezählten grundrechtstangierenden Eingriffe dürfte es einen weitgehenden Konsens geben, daß die Entscheidung im allgemei-

nen dem Richter vorbehalten bleiben soll. Viel entscheidender dürfte demnach die Regelung der Frage des Handelns bei Gefahr im Verzug sein. Dazu ist nach der derzeitigen Rechtslage vielfach die Möglichkeit des selbständigen sicherheitsbehördlichen Handelns gegeben, wobei etwa bei der Festnahme eine Ausdehnung der Anhaltung durch die Sicherheitsbehörde bis zum Höchstmaß von 48 Stunden im Einzelfall zulässig sein kann. Die gesetzliche Regelung basiert auf technischen Gegebenheiten aus dem 19. Jhd., sodaß auf die heute mögliche Verwendung von Kommunikationsmitteln wie Telefon, Fernschreiber, Telefax ua noch nicht Rücksicht genommen wurde. Bei der heute vorliegenden technischen Entwicklung erscheint es ohne weiters möglich, dann, wenn nicht rechtzeitig das Handeln des zuständigen StA und Richters erwirkt werden kann, die Anordnung der unaufschiebbaren Maßnahme von einem ständig einzurichtenden Journaldienst, bestehend aus StA und Richter, setzen zu lassen. Dabei könnte mE durchaus auf gesetzlichem Wege eine geänderte Zuständigkeit dahingehend geschaffen werden, daß etwa Journalstaatsanwalt und Journalrichter im Rahmen eines OLG-Sprengels vom betreffenden OLG für einen oder mehrere Gerichtshofsprengel eingeteilt werden. Dadurch würde ermöglicht, auch über die Gerichtshofsprengel hinaus, die Zuständigkeit eines Journalrichters begründen zu können und trotzdem das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht zu verletzen. Es könnte damit meines Erachtens auch die Handlungsbefugnis von Sicherheitsbehörden und -organen bei Gefahr im Verzug entfallen. Für grundrechtstangierende Maßnahmen der Sicherheitsbehörden müßte dann jeweils vorher von StA und Richter die Zustimmung bzw. der Auftrag erteilt werden. Lediglich für den Fall unaufschiebbarer Maßnahmen dürfte mE bis zur Erreichbarkeit des Journal-StA und Journalrichters ein vorläufiges Handeln der Sicherheitsbehörde bzw. deren Organe zulässig sein. Was die Verhängung der U-Haft betrifft, so sollte wie bisher binnen 24 Stunden die Anhörung der Beschuldigten und die Fassung eines Beschlusses über die Verhängung der Untersuchungshaft erfolgen oder der vorläufig Festgenommene auf freien Fuß zu setzen sein. Eine Ausdehnung dieser Frist auf bis zu drei Tage hätte zu entfallen, desgleichen die Kompetenzen des Bezirksgerichtes in diesem Zusammenhang.

##### 5. Gerichtskontrolle der behördlichen Ermittlungstätigkeit

Nach dem hier vertretenen Konzept wird den Sicherheitsbehörden weitgehend die Führung des Vorverfahrens übertragen. Es erhebt sich daher die Frage, ob und gegebenenfalls wie eine Kontrolle der Tätigkeit der Behörde stattfinden soll. Die von der Sicherheitsbehörde regelmäßig gesetzten verfahrensfreien Verwaltungsakte konnten schon bisher durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts einer Prüfung unterzogen werden, soweit es sich nicht um ein Handeln über richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Auftrag im Rahmen der

„Gerichtspolizei“ handelte. Insbesondere konnten und können die von den Sicherheitsbehörden im Rahmen ihrer Befugnis zum Handeln „bei Gefahr im Verzug“ gesetzten grundrechtstangierenden Maßnahmen einer Prüfung unterzogen werden. Es fällt jedoch auf, daß im Rechtsalltag einer Effektivität des Rechtsschutzes erhebliche Schranken gegenüberstehen: Zunächst ist das erhebliche Kostenrisiko zu erwähnen, welches sich daraus ergibt, daß Anwaltszwang vor den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts herrscht und auch die belangte Behörde vielfach – vertreten durch die Finanzprokuratur – Prozeßkosten in erheblichem Ausmaß verzeichnet. Es ist etwa durchaus keine Seltenheit, daß in einem Verfahren zur Prüfung einer faktischen Amtshandlung dann, wenn die Beschwerde als unbegründet abgewiesen wird, Verfahrenskosten zwischen S 50.000,- und S 100.000,- vom Beschwerdeführer an die Finanzprokuratur zu leisten sind. Dies war etwa in den „Hainburg“-Verfahren konkret der Fall. Weiters besteht – wie oben erwähnt – eine Rechtsschutzmöglichkeit vor den genannten Gerichtshöfen nur für den Fall des selbständigen Handelns der Behörde bzw. deren Organen. Es ergibt sich daher ein Auseinanderklaffen des Rechtsschutzes, welches eine weitere Barriere bildet. Stellt sich im Verfahren nämlich heraus, daß kein selbständiges Handeln der Behörde vorlag, so würde eine Beschwerde an die Gerichtshöfe zurückgewiesen werden. Schließlich ist noch zu erwähnen, daß Verfahren vor den Höchstgerichten bekanntlich lange dauern und auch dieser Umstand einer effektiven Rechtsschutzwährung zuwiderläuft. Es erscheint demgemäß sinnvoll, eine einheitliche Beschwerdeinstanz zu schaffen, wobei hiefür eine Beschwerdemöglichkeit an die Ratskammer des Gerichtshofs erster Instanz vorgeschlagen wird. Dazu bedarf es allerdings wegen des geltenden Grundsatzes der Trennung von Verwaltung und Gerichtsbarkeit einer verfassungsrechtlichen Verankerung, die etwa in einer Anfügung eines Abs 3 zum Art 90 B-VG in der vorgeschlagenen Textierung bestehen könnte.

Eine derartige Beschwerdemöglichkeit sollte eine umfassende Prüfungskompetenz des Gerichtshofes über das verwaltungsbehördliche Handeln umfassen und weitestgehend formfrei sein, sodaß auch rechtsunkundige Beschuldigte ohne anwaltliche Vertretung von der Rechtsschutzmöglichkeit Gebrauch machen können. Damit einhergehend müßte im verwaltungsbehördlichen Verfahren natürlich eine entsprechende Belehrung der Verfahrensparteien erfolgen. Inwieweit gegen die Entscheidung des Gerichtshofes über die Beschwerde ein weiterer Rechtszug möglich sein soll, wäre im Zusammenhang mit der Neuordnung des Rechtsmittelverfahrens durch die neue Strafprozeßordnung zu regeln und wird daher hier nicht weiter erörtert.

Das Beschwerdegericht sollte unseres Erachtens aus einem Dreirichtersenat bestehen, sodaß die Ratskammer am geeignetesten erscheint. Der Vorsitzende sollte eine Kompetenz zu sofortigen vorläufigen Anordnungen an die Sicherheitsbehörde haben, um nötigenfalls rasch eine effektive Korrektur des

sicherheitsbehördlichen Handelns herbeiführen zu können. Die Entscheidung selbst hätte über die Rechtmäßigkeit des sicherheitsbehördlichen Handelns (gegebenenfalls nach Durchführung der nötigen Erhebungen) abzusprechen und sachdienliche Aufträge an die Sicherheitsbehörde zu umfassen.

Soferne ergänzende Beweisaufnahmen nicht unmittelbar durch die Ratskammer in mündlicher Verhandlung vorzunehmen sind, könnte eine Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung für zulässig erklärt werden, dabei müßte aber natürlich auch die Anwesenheit des Staatsanwaltes in dieser Sitzung eliminiert werden, da dies dem Grundsatz der Waffengleichheit eindeutig widerspricht. Besser wäre den übrigen Verfahrensparteien und allenfalls auch der belangten Behörde die Möglichkeit einer Äußerung einzuräumen.

Durch die vorgeschlagene Kontrolle des sicherheitsbehördlichen Handelns sollte die Einhaltung der Verfahrensvorschriften und die Führung eines fairen Verfahrens im Sinne der MRK garantiert werden.

Einem allfälligen Gegenargument, daß die gerichtliche Kontrolltätigkeit Verfahrensverzögerungen mit sich bringen wird, kann leicht begegnet werden: Es sollte zwingend angeordnet werden, daß dem Gericht von der Behörde zunächst die vollständigen Erhebungsakten nur in Abschrift vorgelegt werden müssen, sodaß mit den bei der Behörde verbliebenen Erhebungsakten ungesäumt die Weiterführung der Untersuchung möglich ist. Das Dilemma einer Verzögerung der Ermittlung besteht schon heute in Haftprüfungsverfahren. Regelmäßig werden trotz der Möglichkeit der Anfertigung von Abschriften (§ 115 StPO) vom Untersuchungsrichter der Ratskammer die Originalakten ohne Zurückbehaltung solcher Abschriften vorgelegt, sodaß einstweilen die Untersuchung unterbrochen ist. Dies stellt mE schon derzeit eine bedenkliche Verzögerung dar, die gegen Art 5 (3) MRK verstossen kann. Die Sicherheitsbehörden verfügen jedenfalls über eine viel bessere Personal- und Sachausstattung als die Gerichte, sodaß der oben gemachte Vorschlag mE auch tatsächlich praktikabel sein wird. Im Einzelfall kann vom Gericht dann immer noch die Vorlage der Originalakten oder einzelner Originalstücke angeordnet werden.

## 6. Abschaffung der Voruntersuchung

Der Grundkonzeption der StPO 1873 entsprach ein tiefes Mißtrauen gegen die obrigkeitliche Polizeigewalt, welches wohl noch aus der Zeit des Vormärz und den absolutistischen Machtübergriffen gegen das aufkommende Bürgertum herrührte. Demgemäß war die in der Hochblüte des Liberalismus entstandene StPO bemüht, den Einfluß der Sicherheitsbehörden möglichst weit zurückzudrängen und durch die Zuordnung der Untersuchungstätigkeit zum Untersuchungsrichter im Rahmen der Voruntersuchung die Garantie eines von der staatlichen Bürokratie unbeeinflußten Ermittlungsverfahrens zu geben.

Wie schon oben dargelegt, ist das Konzept der StPO dann verwirklichbar, wenn im Einzelfall ein Untersuchungsrichter weitgehend seine Arbeitskraft der Aufdeckung eines spektakulären Kriminalfalles widmen kann und wegen der Tragweite des Kriminalfalles die Stellung eines unabhängigen Untersuchungsrichters etwa für Rechtshilfeersuchen ins Ausland nötig erscheint. Derartige Fälle sind allerdings ganz seltene Ausnahmsfälle. Die weit überwiegende Anzahl von Kriminalfällen bedarf einer routinemäßigen Aufarbeitung des Beweismaterials, die durchaus nicht in die Hand eines einzelnen Untersuchungsrichters gelegt werden muß. Es hat sich demgemäß im Laufe der Zeit herausgestellt, daß die Voruntersuchung zu einer Institution degradierte, welche lediglich die Wiederholung der bereits vorgenommenen Beweisaufnahmen der Sicherheitsbehörde zum Inhalte hatte. Da insbesondere bei Verhängung der Untersuchungshaft nach überwiegender Meinung und ganz herrschender Rechtspraxis die Einleitung einer Voruntersuchung angezeigt erscheint, bewirkt die Führung der Voruntersuchung eine Verzögerung des Hauptverfahrens und Durchführung der Hauptverhandlung und damit einen Nachteil für den Untersuchungshäftling. Mit Ausnahme der schon erwähnten Spezialfälle sollte sich die Justiz daher der Rolle einer Untersuchungsbehörde entziehen und sich auf die viel wichtigere Kontrolltätigkeit beschränken. Dadurch würde einem rechtsstaatlichen Verfahren mE mehr gedient als bisher. Nach dem hier vertretenen Konzept haben die Verfahrensparteien bereits im Verfahren vor der Sicherheitsbehörde jene Rechte, die nach der derzeitigen StPO erst im Stadium der gerichtlichen Vorerhebungen oder der Voruntersuchung gegeben sind, sodaß auch in dieser Hinsicht einer Abschaffung der Voruntersuchung nichts im Wege steht.

Wurde über den Beschuldigten die U-Haft verhängt, so erscheint gleichfalls die Führung einer Voruntersuchung nicht notwendig. Die zügige Durchführung der sicherheitsbehördlichen Ermittlungen kann durch eine entsprechende gerichtliche Überwachung der Ermittlungstätigkeit besser garantiert werden als durch die Ermittlung durch das Gericht selbst. Schon bisher hat die Institution des Haftprüfungsverfahrens ja ebenfalls den Zweck, die zügige Durchführung der Ermittlungstätigkeit durch den Untersuchungsrichter zu überwachen, weil ja nicht bloß die Haftgründe sondern auch die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von der Ratskammer zu überwachen ist. Demgemäß könnten im Zuge einer Neuordnung des Vorverfahrens durch Entlastung der Gerichte von Untersuchungstätigkeit die freiwerdenden Kapazitäten zum Zwecke einer Verbesserung des Rechtsschutzes herangezogen werden, sodaß im Effekt eine Verringerung der Zahl der Untersuchungshäftlinge und eine Verkürzung der Dauer der U-Haft allgemein bewirkt würde. Demgemäß stellt gerade die U-Haft kein Argument für sondern vielmehr ein Argument gegen die Beibehaltung der Voruntersuchung dar.

Abschließend ist zu dieser Frage noch darauf zu verweisen, daß eine neue StPO auch das Hauptver-

fahren (Hauptverhandlung) neu zu ordnen hätte. Soweit die bisher im Rahmen der Voruntersuchung durchgeföhrten Erhebungstätigkeiten nicht von der Sicherheitsbehörde schneller und umfassender durchgeführt werden können, besteht auch die Möglichkeit der Verlagerung in das Hauptverfahren. Hier könnte die bisherige Möglichkeit, im Zwischenverfahren noch ergänzende Beweisaufnahmen durchzuführen, ausgebaut werden. Insbesondere besteht durchaus die Möglichkeit, im Hauptverfahren vor der eigentlichen Hauptverhandlung noch etwa ergänzende Sachverständigengutachten einzuholen oder dergleichen.

## 7. Exkurs: Verwaltungsstrafverfahren

In diesem Zusammenhang soll kurz auf das Verhältnis zwischen Justizstrafrecht und Verwaltungsstrafrecht eingegangen werden. Ausgangspunkt muß dabei sein, daß im Zweifel eine Auslegung der Verwaltungsstrafdelikte so vorzunehmen sein wird, daß nicht gleichzeitig ein gerichtlich strafbarer Tatbestand auch ein Verwaltungsstrafdelikt darstellt. Es kommt in diesem Zusammenhang zwangsläufig zu Abgrenzungsfragen. In der Praxis ist etwa der häufige Fall zu erwähnen, daß im Falle von Weiterungen im Zuge einer Festnahme eines Verdächtigen regelmäßig sowohl Widerstand gegen die Staatsgewalt zur Anzeige gebracht wird, als auch eine Bestrafung wegen Verwaltungsübertretung nach Art IX Z 1 EGVG erfolgt. Auch im Straßenverkehr kommt es in vielerlei Hinsicht zu Abgrenzungsfragen, wobei § 99 Abs 6 lit c StVO eine ausdrückliche gesetzliche Regelung im Sinne der Priorität der gerichtlich strafbaren Delikte vorsieht. Es erscheint zweifelhaft, ob die bisherige Vorgangsweise, wonach die von der Sicherheitsbehörde bzw den Sicherheitsorganen aufgenommene Anzeige einfach sowohl der Bezirksverwaltungsbehörde bzw dem Strafamt der BPD einerseits und dem zuständigen Bezirksgericht bzw der Staatsanwaltschaft andererseits übermittelt wurde und wird, sinnvoll ist. Durch diese Vorgangsweise ist eine Zweigleisigkeit der strafrechtlichen Verfolgung gegeben, die besser vermieden würde. Es erschien daher zweckmäßig, im Rahmen der Neuordnung des Vorverfahrens auch gleichzeitig eine allgemeine Bestimmung dahingehend zu schaffen, daß im Zweifel die Verfolgung gerichtlich strafbarer Handlungen Vorrang vor der Verfolgung von Verwaltungsstrafdelikten hat und daher bis zur Einstellung des Verfahrens über das gerichtlich strafbare Delikt bzw der rechtskräftigen Verurteilung des Beschuldigten das Verfahren über ein allfälliges Verwaltungsstrafdelikt unterbrochen ist, wobei für die Dauer der Unterbrechung auch der Lauf der Verjährungsfrist gehemmt sein müßte. Weitergehend könnte im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verankerung der Prüfungskompetenz des Gerichtes über das Handeln der Sicherheitsbehörde im Vorverfahren auch überlegt werden, eine verfassungsrechtliche Verankerung eines Rechtszuges von den Verwaltungsstrafbehörden zum Gericht vorzunehmen. An sich denkbar wäre eine derartige Regelung

auch durch Schaffung eines (bisher vom Verfassungsgerichtshof als zulässig angesehenen) sukzessiven Instanzenzuges. Dies wäre unseres Erachtens aber abzulehnen. Sowohl aus praktischen, wie auch aus verfassungsrechtlichen Überlegungen sollte eine derartige tiefgreifende Änderung im Rechtsgefüge nur im Wege einer entsprechenden verfassungsmäßigen Verankerung stattfinden. Zur Problematik des sukzessiven Instanzenzuges wird Kollege Grof noch später Stellung nehmen. Da die gesamten behördlichen Beweisaufnahmen im Falle der Anrufung des Gerichtes bei sukzessivem Instanzenzug außer Kraft treten, ist aber ohnedies auch aus praktischen Überlegungen eine derartige Verfahrensgestaltung nicht sinnvoll. Demnach wäre eine gerichtliche Prüfung im Verwaltungsstrafrecht nur bei verfassungsrechtlicher Verankerung sinnvoll.

Um nicht durch weitergehende Überlegungen zu diesem Fragenkomplex den Rahmen dieses Referates zu sprengen, sei lediglich noch auf einen bedeutsamen Aspekt in diesem Zusammenhang hingewiesen: Eine Neuordnung im erörterten Sinne durch verfassungsrechtlich zu verankernde Überprüfungskompetenz des Gerichtes bietet gleichzeitig die Möglichkeit, die Verhängung von Freiheitsstrafen dem Gericht vorzubehalten, sodaß damit auch der vielkritisierte österreichische Vorbehalt zu Art 5 MRK ersatzlos gestrichen und überdies eine Entlastung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erzielt werden könnte.

#### **8. Konfliktregelung und Änderung im Sanktionensystem**

Zweck einer Strafrechtsordnung ist es, den Rechtsfrieden wieder herzustellen, wo dies durch andere Mittel nicht mehr möglich ist. Das Strafrecht soll also nicht jeden Rechtsverstoß an sich, sondern nur derart schwere Rechtsverstöße ahnden, die auf andere Art nicht bewältigt werden können (etwa durch zivilrechtliche Geltendmachung der Schadenersatzansprüche oder dergleichen). In diesem Sinne ist das ständige Bestreben zu sehen, eine Entkriminalisierung in jenen Bereichen herbeizuführen, die nach dem jeweiligen Stand der gesellschaftlichen Entwicklung nicht mehr einer strafrechtlichen Bewährung bedürfen. So wurde die Strafbarkeit von Vermögensdelikten im Familienkreis im Zuge der Kodifikation des StGB eingeschränkt, die Strafbarkeit bei tätiger Reue aufgehoben oder etwa die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung bei Bagatellverletzungen ausgeschlossen. Zuletzt wurde durch die Erweiterung des § 42 StGB ein weiterer Schritt in Richtung Entkriminalisierung getan. Viel weitgehender als im allgemeinen Strafrecht sind allerdings die Ansätze zu einer Entkriminalisierung im Bereich des Jugendstrafrechtes gediehen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Modell der Konfliktregelung

zu verweisen, welches in den letzten Jahren bei einigen StA erfolgreich angewandt wurde<sup>18c)</sup>. Ausgangspunkt der Überlegungen ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, daß gerade im unteren Kriminalitätsbereich vielfach eine Bestrafung des Beschuldigten keine adäquate gesellschaftliche Reaktion auf das gezeigte Fehlverhalten darstellt. Insbesondere wird durch die Tatsache der Bestrafung des Beschuldigten in keiner Weise den Interessen des Geschädigten aus der strafbaren Handlung Rechnung getragen. Demgemäß ist vermehrt statt Bestrafung des Beschuldigten die Wiedergutmachung der durch die Tat bewirkten Folgen zu fordern. Dies kann einerseits im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten, insbesondere des § 42 StGB dadurch erreicht werden, daß im Falle einer Schadensgutmachung und Entschuldigung seitens des Täters beim Opfer eine Einstellung des Strafverfahrens erfolgt. Andererseits kann gezielt durch eine Ausweitung der rechtlichen Möglichkeit zur „Konfliktregelung“, eine Änderung in diese Richtung bewirkt werden. Dabei würde sich – anders als nach der derzeitigen Lage – ein gesetzlich geregelteres Vorverfahren besonders gut zur Vorbereitung einer derartigen Konfliktregelung eignen.

Insb kann schon im Anfangsstadium des Verfahrens auf einen raschen Täter-Opfer-Ausgleich hinwirkt werden, der damit am wirkungsvollsten ist. Demgemäß wären die Sicherheitsbehörden zu beauftragen, von allem Anfang an auf einen raschestmöglichen Interessenausgleich zwischen Täter und Opfer hinzuwirken, wobei insb auf eine Schadensgutmachung und eine Entschuldigung oder sonst möglichst umfassende Beseitigung der immateriellen Störungen durch die Tathandlung hinzuwirken ist. Darüber hinaus besteht etwa die Möglichkeit, durch die freiwillige Leistung von Sozialdiensten etc eine weitgehende Beseitigung der sozialen Störung durch die Tathandlung herbeizuführen. Für derartige Fälle könnte gesetzlich dann in erweitertem Umfang die Verfahrenseinstellung zur Gänze oder befristet auf Probe vorgesehen werden, sodaß eine Kriminalisierung der Beschuldigten mit den daraus resultierenden negativen sozialen Folgen (zB: Stigmatisierung, Strafregistereintragung, etc) unterbleiben könnte. In diesem Zusammenhang wäre überlegenswert, die Bewährungshilfe für die Durchführung der Konfliktregelung und insb für die Vermittlung zwischen Täter und Opfer zur Mitarbeit heranzuziehen.

(Schluß folgt!)

---

<sup>18c)</sup> Eingehend zum Modellversuch „Konfliktregelung“ in der österr. Jugendgerichtsbarkeit *Haidar-Leirer-Pelikan-Pilgram* (Hg), *Konflikte regeln statt strafen!*, in *Kriminozoologische Bibliografie*, 1988, Heft 58/59 Spezial; zum geltenden Erwachsenenstrafrecht darin *Pallin*, *Tat- ausgleich im Rahmen des StGB*, 191 ff.

RA Dr. Aldo Frischenschlager, Linz, und Univ.-Ass. Dr. Alfred Grof, Linz

## Aktuelle Probleme des strafrechtlichen Vorverfahrens

(Schluß)

### III. Verfassungssystematische Einordnung

#### 1. Kompetenzrechtliche Zulässigkeit der Übertragung des Vorverfahrens auf die Bezirksverwaltungsbehörde

Die von meinem Kollegen vorgebrachten Thesen zur Neugestaltung des strafrechtlichen Vorverfahrens bedürfen nunmehr der systematischen Einordnung, vor allem im Hinblick auf die eingangs angesprochenen verfassungsrechtlichen Bedingungserfordernisse. Im Zentrum der Reformationsvorschlä-

ge steht dabei der Gedanke, die primären Ermittlungen grundsätzlich Verwaltungsbehörden zu übertragen. Wenngleich es sich dabei aus rechtspolitischer Sicht bloß um die Fortschreibung eines bestehenden faktischen Zustandes handelt, so erheben sich aus theoretisch-systematischem Blickwinkel doch Bedenken, mit denen es sich auseinanderzusetzen gilt.

Zunächst stellt sich die Frage, ob im Wege einer bundesgesetzlichen Regelung dort, wo keine Bundespolizeibehörde besteht, die Bezirksverwaltungs-

behörde, also organisationsrechtlich betrachtet eine Landesbehörde, mit vergleichbaren Aufgaben betraut werden kann. Aus kompetenzrechtlicher Sicht stellt das Organisationsrecht eine Annexmaterei dar, die es dem Strafprozeßrechtsgesetzgeber grundsätzlich ermöglicht, auch damit zusammenhängende organisationsrechtliche Vorschriften in seine Norm aufzunehmen, doch natürlich nur innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken. Nun entspricht aber gerade die bundesgesetzliche Heranziehung von Landesorganen zur Vollziehung einer Angelegenheit, die nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung in Gesetzgebung und Vollziehung an sich dem Bund zusteht, dem in Art 102 B-VG grundgelegten Prinzip der mittelbaren Bundesverwaltung. Allerdings hat der Bund unter Berufung auf die Ausnahmebestimmung des Art 102 Abs 2 B-VG die Vollziehung des „Justizwesens“ eigenen Bundesbehörden, nämlich den Gerichten und Polizeibehörden, überantwortet. Es stellt sich daher die Frage, ob nun hinsichtlich der Bezirksverwaltungsbehörden im Strafverfahren wiederum eine Sonderregelung von dieser selbst schon eine Ausnahmesituation darstellenden *unmittelbaren* Bundesverwaltung verfügt werden kann. ME erscheint dies Art 102 Abs 3 B-VG, wonach es dem einfachen Bundesgesetzgeber vorbehalten bleibt, auch in den Fällen der unmittelbaren Bundesverwaltung „den Landeshauptmann mit der Vollziehung des Bundes zu beauftragen“, wohl zu gestatten, wenn man die letztgenannte Bestimmung nicht so interpretiert, daß die Vollziehung eines Kompetenztatbestandes entweder nur in „mittelbarer“ oder in „unmittelbarer Bundesverwaltung“ erfolgen kann, nicht aber in einer Mischform aus diesen beiden Extrempositionen. Gegen die letztgenannte Auslegung spricht insbesondere der Umstand, daß die Verfassung selbst hinsichtlich der Bundespolizeibehörden in Art 102 Abs 1 B-VG ausdrücklich eine derartige Vermengung billigt. Ist es demnach grundsätzlich zulässig, anläßlich der Vollziehung eines Gesetzes auf Grund ein- und desselben Kompetenztatbestandes sowohl unmittelbare als auch mittelbare Bundesverwaltung anzurufen – indem die angesprochene Regelung des Art 102 Abs 1 B-VG analog angewendet wird, womit sich die schon derzeit in § 24 StPO festgelegte Betrreibung der Bezirksverwaltungsbehörden mit Vorerhebungen<sup>20)</sup> also als verfassungskonform erweist –, so kann es nach der Systematik des Art 102 B-VG auch keinem Zweifel unterliegen, daß insoweit nicht nur – wie dessen Abs 3 verkürzt formuliert – der Landeshauptmann, sondern auch die diesem unterstehenden Landesbehörden herangezogen werden können<sup>21)</sup>. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, daß der Kompetenztatbestand „Justizwesen“ im Bereich des Strafrechts zum überwiegenden Teil in unmittelbarer Bundesverwaltung durch besondere Bundesbehörden – Gerichte, Bundessicherheitsbehörden – vollzogen

wird. Nur hinsichtlich des Vorverfahrens liegt dort, wo keine Bundessicherheitsbehörden bestehen, mittelbare Bundesverwaltung vor, wobei diese Bezirksverwaltungsbehörden eben nicht in Vollziehung des Kompetenztatbestandes „öffentliches Sicherheitswesen“ (§ 15 BehÜG 1945), sondern im Bereich der Strafgerichtsbarkeit tätig werden; daher kommt insoweit auch nicht die Spezialbestimmung des § 15 BehÜG 1945 zum Tragen<sup>22)</sup>, sodaß jene nicht der Sicherheitsdirektion, sondern dem Landeshauptmann untergeordnet und damit an dessen Weisungen gebunden sowie letztlich dem BMfJ unterstellt sind. Dies gilt im übrigen auch – wenngleich die Behördenpraxis heute eine andere ist – für die Bundespolizeibehörden, soweit diesen im gerichtlichen Strafverfahren eine Zuständigkeit zukommt<sup>23)</sup>. Daraus ergibt sich aber zunächst in rechtspolitischer Hinsicht ein Problem: Diese – wenn auch in der Praxis wohl eine bloß formale – Bindung an Weisungen eines politischen Organes lassen dieselben Bedenken hochkommen, die aus dem Problemkreis „Weisungsbindung der Anklagebehörde“ sattsam bekannt sind, insbesondere wenn es um die Unterdrückung von Ermittlungsergebnissen geht. Wie soll aber diesem Problem begegnet werden? Bei einer – im übrigen nur im Wege einer Verfassungsänderung zu bewirkenden – Weisungsfreistellung der Bezirksverwaltungsbehörde im Dienste der Strafjustiz steht zu befürchten, daß eine nicht effektiv genug kontrollierbare Eigendynamik und damit ein Verselbständigungseffekt eintritt. Wie eingangs bereits angedeutet wurde, ist nämlich für das strafrechtliche Vorverfahren das behördliche Handeln nicht in einer anderen Materien vergleichbaren Weise exakt determinierbar; darauf wird später noch einzugehen sein. Sinnvoller erschiene es uns daher, etwaigen Mißbräuchen dadurch vorzubeugen, daß dem Strafgericht grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt wird, das Vorverfahren ganz allgemein und insbesondere bei „politisch“ angehauchten Fällen jederzeit an sich zu ziehen<sup>24)</sup>. Schließlich gilt es auch noch, die Weisungsgebundenheit der Sicherheitsbehörden unter dem Aspekt des Art 6 MRK zu beleuchten. Dessen Textierung zufolge hat über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage ein „Tribunal“ zu entscheiden. Zum Wesensmerkmal des Gerichtsbegriffes im Sinne dieser Konventionsbestimmung zählt unter anderem die Weisungsfreiheit der diesbezüglichen Organwalter. Werden daher die Sicherheitsbehörden hinsichtlich ihrer Tätigkeit im strafrechtlichen Vorverfahren nicht weisungsfrei gestellt, sind sie folglich auch nicht geeignet, den Anforderungen des Art 6 MRK zu entsprechen. Allerdings wird die genannte Bestimmung selbst von den Straßburger Instanzen nicht in der Weise streng interpretiert, daß auf jeder Ebene des Strafverfahrens, sondern nur im Hinblick auf die Entscheidungsfindung selbst dementsprechende Gerichte *unmittelbar* tätig zu werden haben; sie lassen

<sup>20)</sup> Vgl § 24 StPO iVm § 15 (2) BehÜG 1945.

<sup>21)</sup> Vgl Art 102 (1) 1. Satz B-VG.

<sup>22)</sup> Vgl dazu den § 3 der Verordnung BGBl 74/1946.

<sup>23)</sup> Vgl auch Art 102 (1) 2. Satz B-VG.

<sup>24)</sup> Vgl dazu unten § 18 (2) unseres Gesetzesentwurfes.

demnach gewissermaßen eine „bloß nachprüfende Kontrolle“ durch die Tribunale hinreichen, soweit gleichzeitig sichergestellt ist, daß diese die meritorische Entscheidung selbst treffen<sup>25)</sup>). Darauf wird später noch einzugehen sein. UE kann damit zum Problembereich der organisationsrechtlichen Zulässigkeit der grundsätzlichen Übertragung des strafrechtlichen Vorverfahrens auf die Sicherheitsbehörden zusammenfassend festgestellt werden, daß dieser Verfassungsrecht nicht entgegensteht.

## 2. Vorverfahren und verfassungsrechtliches Legalitätsprinzip

Damit komme ich zum zweiten eingangs angesprochenen Hauptproblem, nämlich der Frage nach den verfassungsrechtlichen Bindungen der gesetzlichen Regelung des strafrechtlichen Vorverfahrens durch das Legalitätsprinzip. Daß die zu reformierenden Bestimmungen der derzeitigen StPO so vage formuliert sind oder daß ein anläßlich der Verfassungsnovelle 1929 verheißenes „Polizeibefugnisgesetz“<sup>26)</sup> fast 60 Jahre später noch immer nicht erlassen ist, hat – neben anderen, zugegebenermaßen rechtspolitisch wesentlich gewichtigeren Ursachen – auch einen dogmatisch-systembedingten Grund. Wie eingangs bereits ausgeführt, bewegt sich die behördliche Tätigkeit im strafrechtlichen Vorverfahren regelmäßig bloß im tatsächlichen Bereich, der sich entweder als nichtnormsetzender, also schlichter oder als unmittelbar die Rechtssphäre des Normunterworfenen beeinträchtigender Sektor darstellt; die Intention des behördlichen Handelns ist also nicht auf die Erlassung eines verbindlichen, rechtsgestaltenden im Sinne von ein Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem einzelnen konstituierenden Aktes gerichtet, sondern bloß feststellender Natur. Im strafrechtlichen Vorverfahren geht es also nicht um die Individualisierung eines materiellen Anspruches auf Grund eines regelmäßig unbestrittenen Sachverhalts, sondern um die üblicherweise bloß eine Vorstufe bildende beweisfähige Feststellung von Tatsachen. Es liegt nun im Wesen der Materie begründet, daß gerade der Weg der Sachverhaltsermittlung nicht ex ante exakt determiniert werden kann, weil die damit verbundene Einengung der menschlichen Phantasie die faktische Variationsbreite der Lebenssachverhalte, die unmöglich vorausgesehen werden kann, nicht abzudecken vermag. Im Unterschied zum materiellen Recht ist daher im Hinblick auf das Legalitätsprinzip das *Verfahrensrecht* an sich schon „unbestimpter“ im Sinne von weniger strengen Bindungen unterworfen; und innerhalb dieses Verfahrensrechts bildet jene Normengruppe, bei der es um die Sachverhaltsermittlung geht, wiederum einen Sonder-

bereich, der vergleichsweise bloß gemilderten Anforderungen zu entsprechen braucht. Diesen der Natur der Sache immanenten Differenzierungen auch entsprechend Rechnung zu tragen, ist der Gesetzgeber auf Grund des auch ihn bindenden Gleichheitsgrundsatzes sogar verfassungsrechtlich verpflichtet. Dessen Sachlichkeitsspiel verbietet daher direkt ein allzu enges Korsett für die behördliche Ermittlungstätigkeit im strafrechtlichen Vorverfahren. Es kann folglich auch gar nicht Sinn der StPO sein, der Behörde jeden Verfahrensschritt genau vorzuschreiben; ein dementsprechendes Gesetz würde ohnehin bloß Fassade bleiben. Dies beweist etwa der Entwurf zu einem „Polizeibefugnisgesetz“<sup>27)</sup>, der die Unmöglichkeit einer exakten behördlichen Determinierung deutlich vor Augen führt und folglich auch nicht Gesetzeskraft erlangte, denn nur um *formal* dem Art 18 Abs 1 B-VG zu genügen, braucht der Gesetzgeber nicht extra bemüht zu werden.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn der Bereich des strafrechtlichen Vorverfahrens, soweit es die behördlichen Handlungsbefugnisse betrifft, mehr dem aus dem Planungsrecht bekannten Ziel-Mittel-Schema angelehnt wird, um so der dem Verfahrensrecht ebenfalls typischen Dynamik, die sich vor allem in der notwendigen Eignung, auch außerhalb der Regel liegende und daher vom Gesetzgeber nicht vorhergesehene Lebenssachverhalte bewältigen zu können, ausdrückt, entsprechend Rechnung zu tragen. Aus der Sicht der vom Verwaltungshandeln Betroffenen ist hingegen von viel wesentlicherer Bedeutung, daß auch in diesem Verfahrensstadium deren Rechtsposition angemessen gewährleistet ist. Dem einfachen Gesetzgeber kommt daher bei der Regelung des strafrechtlichen Vorverfahrens die Aufgabe zu, in Ausführung der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte eine sachgerechte Abwägung zwischen den verfassungsrechtlich grundgelegten und von der Ermittlungsbehörde zu verfolgenden öffentlichen Interessen einerseits und den grundrechtlich geschützten privaten Interessen andererseits vorzunehmen. Die Sachadäquanz des Gleichheitsgrundsatzes läßt dem einfachen Gesetzgeber dabei grundsätzlich erheblichen rechtspolitischen Spielraum offen; da aber die sachbedingte relative Gesetzesungebundenheit der ermittelnden Sicherheitsbehörde tendenziell geeignet ist, die grundrechtlich verbürgte Position des Beschuldigten zu beeinträchtigen, kommt einer gesetzlichen Verankerung seiner Rechte insoweit eine vergleichsweise größere Bedeutung zu, um nicht das grundsätzlich auf dem strengen Legalitätsprinzip aufbauende Verhältnis zwischen öffentlichen und privaten Interessen hier aus dem *Gleichgewicht* zu bringen. Keine Probleme ergeben sich, soweit die prozessuale Rechtsposition des Normadressaten unmittelbar und umfassend bereits auf Verfassungsebene verankert ist, wie zB hinsichtlich des Schutzes der persönlichen Freiheit oder des Hausrechts, weil

<sup>25)</sup> Frowein-Peukert, EMRK-Kommentar (1985) RN 89 zu Art 6; Walter-Mayer (FN 3) 487.

<sup>26)</sup> Vgl Art II § 4 (2) ÜG 1929, BGBl 393: „Bis zur Erlassung bundesgesetzlicher Bestimmungen über die Befugnisse der Behörden auf dem Gebiet der allgemeinen Sicherheitspolizei . . .“

<sup>27)</sup> 1268 Blg XI. GP.

diesfalls eine Wiederholung durch den einfachen Gesetzgeber rechtstheoretisch entbehrlich ist, wenngleich diese aus rechtspolitischen Erwägungen sicherlich zweckmäßig erscheint. Hinsichtlicher jener prozessualen Positionen, die einen verfassungsrechtlichen Schutz aus dem Umstand heraus genießen, daß deren Determinierungspflicht gemäß Art 18 Abs 1 B-VG deshalb erhöhten Ansprüchen zu genügen hat, weil auf der anderen Seite das auf Grund der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt ergehende einfache Gesetz nur einer verdünnten Legalität im Hinblick auf Art 18 Abs 1 B-VG unterworfen ist, muß hingegen eine entsprechende gesetzliche Verankerung erfolgen; dies gilt vor allem für das Recht auf Akteneinsicht, für Belehrungs- und Beteiligungsrechte, für das Recht auf Beziehung eines Rechtsbeistandes, auf Sacherledigung binnen bestimmter Frist, etc, soweit diese im Hinblick auf Art 5 und 6 MRK – allerdings unter Beachtung der jeweils von Österreich abgegebenen Vorbehalte – nicht schon unmittelbar verfassungsrechtlich gewährleistet sind, wobei auch in diesem Zusammenhang angemerkt werden kann, daß eine etwaige zusätzliche Positivierung im einfachen Gesetz jedenfalls aus rechtspolitischer Sicht begründsamt erscheint. Insgesamt gesehen erweist sich daher eine dem Ziel-Mittel-Schema angenäherte gesetzliche Regelung des strafrechtlichen Vorverfahrens materienbedingt genauso unumgänglich wie die unter einem vorzunehmende Positivierung der prozessualen Rechte des Beschuldigten.

Ein nächster Punkt unserer Reformvorschläge betrifft die weitestmögliche Eliminierung des Richters aus dem Vorverfahren, oder anders formuliert: dessen Beschränkung auf die ihm verfassungsrechtlich exklusiv vorbehaltenen Zuständigkeiten. Die Beseitigung der Zweigleisigkeit, also der Trennung von Vorerhebungen und Voruntersuchung, bildet dabei aus theoretischer Sicht keine Probleme, doch ist aus rechtspolitischen Gründen – ich möchte in diesem Zusammenhang insbesondere an die vorhin aufgeworfene Weisungsproblematik erinnern – eine richterliche Kontrolle der behördlichen Ermittlungstätigkeit über die verfassungsrechtlichen Bindungen hinaus zu fordern, worauf später noch einzugehen sein wird. Soweit die Sicherheitsbehörden allerdings grundrechtstangierende Maßnahmen zu setzen haben, die von Verfassungs wegen einer richterlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen, kann insofern auch im strafrechtlichen Vorverfahren nicht auf eine unmittelbare richterliche Zuständigkeit verzichtet werden. Allerdings handelt es sich dabei nicht um eine richterliche Ermittlungstätigkeit im engeren Sinn, sondern eigentlich um die Ausübung einer Kontrollbefugnis; diese stellt im Vergleich zur derzeitigen Voruntersuchung, so wie sie gesetzestheoretisch verankert ist, ein echtes „aliud“ dar, so daß nicht zu befürchten steht, daß auf diesem Umweg wieder eine Rückkehr zum System der Voruntersuchung und damit zur „Zweigleisigkeit“ stattfindet, noch dazu, wo die Praxis offensichtlich der entgegengerichteten Tendenz folgt. In diesem Zusammenhang noch allgemein eine Anmerkung zur sogenannten „normativen

Kraft des Faktischen“. Es soll im demokratischen Rechtsstaat – wie er durch die österreichische Verfassung ausgeprägt ist – nicht salonfähig werden, daß sich insbesondere die Vollzugsbehörden die sie grundsätzlich bindenden gesetzlichen Regelungen nach eigenem Gutdünken „zurechtbiegen“ und damit das Gesetz ad absurdum führen. Im besonderen ist diese Erscheinung im strafgerichtlichen Vorverfahren, das letztlich auf die massivste Form der Ausübung staatlichen Zwanges gegenüber dem einzelnen gerichtet ist, zu mißbilligen, was den im Laufe der Zeit sich verstärkt habenden Einfluß der Sicherheitsbehörden hinsichtlich des Vorverfahrens, wo oft weichenstellende Entscheidungen für das spätere prozessuale Geschehen getroffen werden, betrifft. Ein ursprünglich behauptetes, spätestens aber seit der endgültigen Kompetenzverteilung durch das B-VG nicht mehr aufrecht zu erhaltendes „Naheverhältnis“ zwischen der allgemeinen Polizeirechtskompetenz der Sicherheitsbehörden und deren Vollzugsbefugnissen im gerichtlichen Strafrecht<sup>28)</sup> führten infolge der – bewußten oder unbewußten – Prolongierung dieses „Mißverständnisses“ zu der heute zu konstatierenden Perversion, daß dem Gesetzgeber gar nichts anderes übrig bleibt, als geltendes Recht zugunsten des sich herausgebildet habenden rechtswidrigen Zustandes abzuändern, weil demgegenüber ein Beharren auf der geltenden Rechtslage im Bereich des faktischen Vollzuges zum Scheitern verurteilt wäre. Da einerseits Verfassungsrecht durch diese „Fehlentwicklung“ nicht beeinträchtigt wird und auf der anderen Seite die behördliche Praxis sowohl von den Gerichten als auch vom Beschuldigten offensichtlich auf breiter Basis akzeptiert wird, erscheint es allerdings aus rechtspolitischer Sicht ausnahmsweise vertretbar, die aufgezeigte Entwicklung zu billigen, wenngleich unter einem aus grundsätzlichen demokratiepolitischen Überlegungen heraus nachdrücklich davor gewarnt werden muß, daß negative Konsequenzen unausbleiblich sind bzw. die heutige Parteidemokratie geradezu ein Spiegelbild derselben darstellt (Gesetzgebungsorgan als bloße Marionette, Parteibuchwirtschaft, Politik- und Politikerverdrossenheit der Bevölkerung etc), wenn dieses Beispiel Schule macht. Um zum wesentlichen zurückzukehren und diesen Bereich gleichzeitig abzuschließen: UE kann eine vollständige Ausschließung des Richters aus dem Vorverfahren nicht platzgreifen; die Verfassung und auch rechtspolitische Erfordernisse zwingen den einfachen Gesetzgeber dazu, diesem zumindest die allgemeine Aufsicht über jene behördliche Tätigkeit und im Zusammenhang damit auch entspre-

<sup>28)</sup> Das B-VG unterscheidet seit der B-VG-Nov 392/1929 unmöglich zwischen der „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit“ (Art 10 (1) Z 7) und „Strafrechtswesen“ (Art 10 (1) Z 6) andererseits, wobei nach allg herrschender Auffassung der Sicherheitspolizeikompetenz streng subsidiärer Charakter zukommt; vgl zuletzt Blum, Die Sicherheitspolizei und ihre Handlungsformen (1987) 13 ff mit einem Überblick über die einschlägige Jud u Lit.

chende Kontrollrechte einzuräumen; dazu zählt auch die Befugnis, bei „politischen“ Prozessen das Vorverfahren an sich zu ziehen.

Damit komme ich zum nächsten Schwerpunkt unserer Reformvorschläge. Im wesentlichen bedeutet auch die Installierung eines richterlichen Kontrollrechts über die behördliche Ermittlungstätigkeit im Rahmen des strafgerichtlichen Vorverfahrens nichts anderes als die Vergesetzlichung des bereits derzeit bestehenden faktischen Zustandes, zumindest soweit es die gerichtliche Voruntersuchung als Teilbereich des Vorverfahrens betrifft. Die Bestimmungen in der StPO über die Voruntersuchung stellen demnach keineswegs „totes Recht“ dar, nur das über diesem Gesetz schwebende Bild des ermittelnden Richters ist weitgehend obsolet geworden<sup>29)</sup>, die Gerichte haben sich insoweit bloß auf eine kontrollierende Funktion zurückgezogen. Soweit dies grundrechtstangierende Maßnahmen betrifft, hinsichtlich derer die Behörden von Verfassungs wegen eines richterlichen Ermächtigungsaktes bedürfen, ist jene Entwicklung bereits in der Verfassung selbst vorgezeichnet. Diese Sonderform der richterlichen Kontrolle behördlicher Ermittlungstätigkeit, die durch die Behörde, also durch den Kontrollierten selbst initiiert wird, wurde bereits mehrfach erwähnt und stellt kein verfassungsrechtliches Problem, sondern vielmehr ein verfassungsrechtliches Gebot dar; sie kann daher auch im folgenden außer Betracht bleiben. Schwierigkeiten bereitet dagegen jener Bereich der Kontrolle, wo es darum geht, daß der Beschuldigte die behördlichen Akte auf dessen Rechtmäßigkeit vom Strafrichter überprüfen lassen können soll. Da eine derartige Kontrollbefugnis aus der geltenden StPO nicht abgeleitet werden kann und eine entsprechende Reform dieses Gesetzes verfassungsrechtlichen Bestimmungen widersprechen würde, kann die Installierung dieses Rechtsinstitutes auf einwandfreiem Weg wohl nur bei gleichzeitiger Verfassungsänderung vorgenommen werden. Gegen eine bloß einfachgesetzliche Lösung des Problems spricht offensichtlich Art 94 B-VG. Danach haben Gerichte und Verwaltungsbehörden „in allen Instanzen getrennt“ zu sein, was einen wechselweisen Instanzenzug zwischen diesen beiden Typen von Vollzugsorganen grundsätzlich ausschließt, allerdings nur, soweit nicht verfassungsgesetzlich anderes bestimmt ist. Solche Ausnahmeregelungen bestehen einerseits hinsichtlich der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sowie der Erscheinungsform der sogenannten „sukzessiven Zuständigkeit“. Letzteres Modell würde sich prinzipiell für eine Übernahme in die StPO eignen, da es vom Typus her auch für eine analoge Anwendung im Strafrechtsbereich in Betracht käme. Nach dieser Konstruktion tritt nämlich bei einem Rechtsmittel an das Gericht der verwaltungsbehördliche Akt ex lege außer Kraft und das angerufene Gericht hat vollkommen neu zu entscheiden. Für das strafrechtliche Vorverfahren bedeutete dies, daß im Fal-

le eines Rechtsmittels des Beschuldigten die bisherigen behördlichen Ermittlungsergebnisse nicht verwertet werden dürfen, sondern an deren Stelle das Gericht selbst das Vorverfahren von neuem durchzuführen hätte. Dieses Ergebnis mag zwar theoretischen rechtspolitischen Wunschvorstellungen entsprechen, zielt aber an der Praxis insofern vorbei, als es nicht darum geht, zum Voruntersuchungssystem der StPO zurückzukehren. Die Gerichte sind faktisch einfach nicht dazu in der Lage, die sicherheitsbehördliche Ermittlungstätigkeit zu substituieren; darauf liefe aber ein System der „sukzessiven Zuständigkeit“ hinaus. Im übrigen muß auch darauf hingewiesen werden, daß die verfassungsrechtliche Fundierung dieser Konstruktion als äußerst bedenklich einzustufen ist, da sie in der Verfassung selbst nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sondern nur im Wege einer historischen Interpretation erschlossen werden kann. Insoweit erhebt sich daher auch die Frage, ob diese dem historisch ersten Verfassungsgesetzgeber unterstellt Übernahme dieser Rechtskonstruktion aus der Monarchie einer Beschränkung auf die damals geregelten konkreten Anwendungsfälle in sich trägt oder ob eine Anwendung darüber hinaus auf andere Rechtsbereiche – zB auf das strafrechtliche Vorverfahren – verfassungsrechtlich zulässig ist. Ohne darauf näher einzugehen, wobei man mE zu dem Ergebnis gelangen müßte, daß eine Ausweitung unter Zugrundelegung der das Verfassungsrecht prägenden historisch-versteinernden Interpretationsmaxime unzulässig ist, ergibt sich daraus wohl, daß die Installierung des Modells der „sukzessiven Zuständigkeit“ als Kontrollbefugnis der Strafgerichte bezüglich der Ermittlungstätigkeit der Sicherheitsbehörden im Vorverfahren weder praktikabel – weil die Kontrollkompetenz zu umfangreich ist – erscheint noch aus rechtstheoretischer Sicht eine saubere Lösung darstellt.

Theoretisch unbedenklich, weil ausdrücklich verfassungsrechtlich vorgesehen, aber aus gerade entgegengesetzten Gründen in rechtspolitischer Hinsicht abzulehnen wäre eine Kontrollbefugnis über die Sicherheitsbehörden durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Zwar wäre die Generalklausel des Art 129 B-VG in der Lage, die auf Grund der Formalorientiertheit des öffentlichen Rechtsschutzsystems im strafrechtlichen Vorverfahren entstehende effektive Rechtsschutzlosigkeit zu substituieren, sodaß über eine Maßnahmenbeschwerde hinaus auch gegen die sonstigen sicherheitsbehördlichen Akte seitens des Beschuldigten Beschwerde geführt werden könnte. Doch darf nicht übersehen werden, daß auch im Falle einer solchen Ausdehnung des Beschwerdegegenstandes vom VwGH nur in der verfassungsgesetzlich dafür vorgesehenen Form entschieden werden dürfte; diese Entscheidung ist nun regelmäßig kassatorischer Natur, so daß auf diesem Wege keine effektive Verbesserung des Rechtsschutzes erreicht werden könnte. Umgekehrt reicht aber die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts nicht hin, um zum Ausgleich für die hinsichtlich des strafrechtlichen Vorverfahrens vorgenommene Zuständigkeitsverschiebung von

<sup>29)</sup> Moos, Zur Reform des Strafprozeßrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte (1981) 48 ff.

den Gerichten hin zu den Sicherheitsbehörden einen adäquaten Rechtsschutz des Beschuldigten zu gewährleisten, ganz abgesehen davon, daß den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts die erforderliche Sachnähe fehlt und es sich auch nicht um für ein Höchstgericht typische Agenden handelt. Es ist daher eine Mittellösung zwischen der Konstruktion der „sukzessiven Zuständigkeit“, die dem Gericht eine zu umfangreiche Kontrollbefugnis einräumt, und dem System der nachprüfenden Kontrolle der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, dessen Formalorientiertheit und regelmäßig bloß kassatorische Entscheidungsbefugnis dem Beschuldigten keinen effektiven Rechtsschutz zu garantieren vermag, anzustreben. Da dieser Typus verfassungsrechtlich nicht vorgesehen ist und damit im offenen Widerspruch zu Art 94 B-VG steht, ist dies nur im Wege einer Verfassungsänderung durchführbar<sup>30)</sup>. Diese wird sinnvollerweise als Generalklausel zu fassen sein, die eine Spezialbestimmung zu Art 94 B-VG darstellt, während bei den verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit des VwGH und VfGH jeweils eine salvatorische Klausel dergestalt, daß dadurch die genannte, die Kontrollkompetenz der Strafgerichte über die Sicherheitsbehörden im strafgerichtlichen Vorverfahren enthaltende Generalklausel nicht berührt wird, angefügt werden müßte.

Als letzten Punkt unserer Reformvorschläge gilt es nun abschließend, die aus rechtspolitischen Gründen zufordernde einfachgesetzliche Verankerung von Maßnahmen für einen sinnvollen Täter-Opfer-Ausgleich auf ihre Verfassungskonformität hin zu prüfen. UE eignen sich insbesondere die Auferlegung der Schadensgutmachung, die Verpflichtung zu sozialen Dienstleistungen und auch die Entschuldigung des Täters beim Opfer im Bagatellbereich besser für eine Konfliktregelung als ein Bestehen auf den abstrakten Strafan spruch des Staates auch in diesem Zusammenhang. Soll die Entschuldigung mit der Folge verbunden sein, daß im Falle deren Akzeptanz es das Opfer bewirken kann, daß der staatliche Strafan spruch nicht entsteht – rechtlich müßte dies analog dem Modell der ausdrücklichen Verzichtserklärung konstruiert werden –, so bedeutet dies zwar eine Einschränkung des strafrechtlichen, nicht aber des verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzips, da sich eine diesbezügliche Untätigkeit des Staatsanwalts ja auf eine gesetzliche Grundlage stützt. Soweit daher allgemein durch die Konfliktlösungsmodelle bloß das

<sup>30)</sup> Keine Probleme ergeben sich danach aus historischer Sicht bezüglich der sukzessiven Zuständigkeit in Mietrechtsangelegenheiten (vgl §§ 25 ff MG 1922, BGBI 872; aufgehoben durch VfSlg 2778; die Neuregelung BGBI 241/1955 aber durch VfSlg 3236 ausdrücklich für unbedenklich erklärt), wohl aber im Hinblick auf jene Bereiche dieser Konstruktion, die an das Entschädigungsverfahren des EisbEG (RGBI 30/1878) anknüpfen, aber im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzbestimmungen des B-VG in dieser Form noch nicht bestanden hatten, sowie auch hinsichtlich jener Einrichtungen im Sozialversicherungsbereich.

strafprozessuale Legalitätsprinzip<sup>31)</sup> eingeschränkt wird, ist dies aus verfassungsrechtlicher Sicht unbedenklich. Darüberhinaus gilt es hinsichtlich der gerichtlichen Auferlegung zur Schadensgutmachung darauf hinzuweisen, daß aus systematischen Gründen mit den Verfahrensregeln der StPO und der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht das Auslangen gefunden werden kann, sondern insoweit empfiehlt sich eine Anleihe beim Zivil- bzw. Außerstreitverfahrensrecht.

Lediglich die Verpflichtung des Täters zu sozialen Dienstleistungen durch das Strafgericht im Vorverfahren anstelle der Durchführung des weiteren Strafverfahrens wirft verfassungsrechtliche Probleme auf, insbesondere wenn diese nicht etwa auf einem Wahlrecht des Täters basiert – wie dies in Verwaltungsstrafsachen verschiedentlich vorgesehen ist<sup>32)</sup>, sondern vom Strafgericht einseitig verfügt wird. Art 4 Abs 2 MRK verbietet nämlich in diesem Zusammenhang grundsätzlich einen staatlichen Zwang zur Verrichtung von Zwangs- oder Pflichtarbeit. Unter dieses Verbot fällt allerdings gemäß Abs 3 dieser Konventionsbestimmung nicht jene Arbeit, „die normalerweise von einer Person verlangt wird“, die „in Haft gehalten oder bedingt freigelassen worden ist“. Die Verpflichtung zur sozialen Dienstleistung stellt nun keineswegs eine Arbeit dar, die normalerweise von Inhaftierten gefordert wird<sup>33)</sup>. Da im Sinne der Grundrechtseffektivität der Ausnahmenkatalog des Art 4 Abs 3 MRK als taxative Aufzählung angesehen werden muß und die einseitige Verpflichtung zur sozialen Dienstleistung darunter nicht subsumiert werden kann, ist zu überlegen, ob nicht mit Hilfe eines Größenschlusses zu erreichen ist, daß dieses Konfliktlösungsinstrument vor der Verfassung zu bestehen imstande ist. Wenn nämlich der Staat im Zuge des Strafrechts von der Rechtsordnung ermächtigt wird, in die – abgesehen vom absolut integeren Recht auf Schutz des menschlichen Lebens – beiden höchstrangigen Grundrechten im demokratischen Verfassungsstaat, nämlich die persönliche Freiheit und das Eigentum, einzutreten, dann muß es umso eher zulässig sein, an deren Stelle vergleichsweise bloß niederrangigere Grundrechte zu beeinträchtigen. Dieser Größenschluß baut allerdings auf einer Verschiedenrangigkeit der Grundrechte auf, die bei rein *formaler* Betrachtung nicht besteht; eine Differenzierung ergibt sich hingegen nur bei *systematischer* und *materieller* Betrachtungsweise, die auch verschiedentlich in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt<sup>34)</sup>. Dieser Umstand wird etwa am Beispiel des Strafrechts daran deutlich, daß kaum zufällig der Freiheitsentzug und der Eigentumsein griff als Strafarten vorgesehen werden. Stünde hingegen eine Beeinträchtigung weniger wesentlicher

<sup>31)</sup> Vgl ausführlich E. Steininger, Die Neuorientierung des strafprozessualen Legalitätsprinzips, JBl 1986, 216 ff u 289 ff.

<sup>32)</sup> Vgl etwa § 17 (2) u (3) oÖJugendschutzG 1988.

<sup>33)</sup> Zur restriktiven Interpretation dieser Bestimmung vgl Frowein-Peukert (FN 19) RN 12 u 13 zu Art 4.

<sup>34)</sup> Vgl aber Adamovich-Funk (FN 3) 363.

Grundrechte zu gewärtigen, so würde dies auf lange Sicht wohl zur Ineffektivität des Strafrechts führen, wie beispielsweise die Abschaffung des Hausarrests als Strafart des Verwaltungsstrafverfahrens durch die VStG-Novelle 1987<sup>35)</sup> dokumentiert. Daraus folgt, daß es aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig sein muß, geringerwertigere als derzeit die Vorstellungen des Verfassungsgesetzgebers prägende grundrechtstangierende Strafarten vorzusehen. Doch gerade hinsichtlich der Bewertung der Grundrechte erhebt sich das eigentliche Problem: Daß Freiheit und Eigentum abstrakt gesehen hochwertige Grundrechte sind, beweist die derzeitige Effektivität des Strafrechts; daß diese aber a priori jedenfalls als höherwertiger als das Verbot der Verpflichtung zu Zwangs- oder Pflichtarbeit anzusehen sind, kann letztlich abstrakt nicht aus der Verfassung heraus begründet werden. Dieser kann vielmehr nur die allgemeine Erlaubnis, weniger schwerwiegende Grundrechte eingriffe als Strafsanktionen vorzusehen, entnommen werden, sodaß die Entscheidung über die Höherwertigkeit im Einzelfall jeweils dem von der staatlichen Maßnahme Betroffenen überlassen werden muß. Aus all dem folgt, daß die Verpflichtung zur Leistung sozialer Dienste anstelle der Durchführung eines Strafverfahrens vom Strafgericht nur dann verfügt werden kann, wenn der Beschuldigte dem ausdrücklich zustimmt, und überdies nur in solchen Fällen, wo bei einer eventuellen Durchführung des weiteren Strafverfahrens letztlich eine Verurteilung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten wäre; um in diesem Zusammenhang Mißbräuche zu vermeiden, müßte diese Zustimmung des Beschuldigten überdies mit einer entsprechenden Erklärung einer rechtskundigen Person des Vertrauens des Beschuldigten gekoppelt werden.

#### Gesetzesentwurf zur Neugestaltung des strafrechtlichen Vorverfahrens

Im nachfolgenden Entwurf ist das Vorverfahren nicht in die StPO eingebaut, weil die in diesem Zusammenhang notwendige Änderung der dadurch betroffenen Vorschriften einer genauen legistischen Einarbeitung vorbehalten bleiben muß.

##### I. Hauptstück: Das Vorverfahren in Strafsachen

###### 1. Abschnitt: Behörden und Verfahren

§ 1 Die Bundespolizeibehörden, außerhalb deren Wirkungsbereich die Bezirksverwaltungsbehörden, haben das Vorverfahren in Strafsachen nach den folgenden Bestimmungen zu führen. Soweit in diesem Hauptstück von Behörde gesprochen wird, ist darunter jeweils die eingangs bezeichnete Behörde zu verstehen.

§ 2 (1) Von den Behörden ist das Vorverfahren selbständig nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zur Aufklärung der von ihnen selbst wahrgenommenen oder sonst zu ihrer Kenntnis gelangten strafbaren Handlungen und zur Vorbereitung des Hauptverfahrens (Hauptverhandlung) zu führen.

(2) Bis zur Neuordnung des Strafverfahrens haben – soweit dieses Hauptstück keine näheren Bestimmungen enthält – die Behörden die Vorschriften der StPO 1975

über das Vorverfahren und die Voruntersuchung hinsichtlich der Vernehmung der Zeugen und des Beschuldigten sowie der Protokollführung sinngemäß anzuwenden und dabei die dem Untersuchungsrichter auferlegten Formalitäten strikt zu beachten. Auch die übrigen Bestimmungen der StPO sind sinngemäß anzuwenden, soweit dies ihrem Wesen nach auf das Vorverfahren möglich ist.

(3) In Strafsachen, die nur über Verlangen des in seinen Rechten Verletzten geführt werden (Privatanklagesachen), findet ein Vorverfahren nicht statt.

§ 3 Die Zuständigkeit der Behörde richtet sich nach den sinngemäß anzuwendenden Bestimmungen der §§ 51 bis 61 StPO 1975.

§ 4 Die Behörde hat von Amts wegen im Zuge des von ihr zu führenden Vorverfahrens zur Aufklärung der von ihr selbst wahrgenommenen oder zu ihrer Kenntnis gelangten strafbaren Handlungen die nötigen Erhebungen zu führen.

§ 5 (1) Die zuständige Behörde ist verpflichtet, jedem ihr zur Kenntnis gelangten Verdacht einer strafbaren Handlung nachzuforschen und insbesondere zur Ermittlung des Sachverhaltes und zur Erhebung und Sicherung der zu dessen Feststellung erforderlichen Beweismittel raschestmöglich in geeigneter Weise vorzugehen. Dabei ist die Behörde berechtigt, sich geeigneter Hilfsorgane, technischer Hilfsmittel und sonstiger Einrichtungen ihrer Wahl, jedoch unter ihrer vollen Verantwortung, zu bedienen. Sie hat dabei vorzusorgen, daß in gleicher Weise belastende wie entlastende Umstände entsprechend erhoben und berücksichtigt werden und überdies keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung bestehender Rechte stattfindet. Insbesondere sind rechtsbeeinträchtigende Maßnahmen unmittelbar nach Wegfall der sie bedingenden Voraussetzungen aufzuheben.

(2) Soweit Organe Amtshandlungen vornehmen, sind sie über Aufforderung verpflichtet, ihre Identität und Handlungsermächtigung nachzuweisen.

(3) Es ist von der Unschuld der beschuldigten Personen auszugehen, solange diese nicht rechtskräftig durch das zuständige Gericht verurteilt sind.

§ 6 (1) Soweit in der Strafprozeßordnung der Sicherheitsbehörde ein Handeln für den Fall der Gefahr im Verzug auferlegt oder gestattet ist, steht die Ausübung dieses Handelns der Behörde zu. Diese ist jedoch nur dann zur Ausübung dieser Handlungsbefugnis berechtigt bzw. verpflichtet, wenn im Einzelfall der Journaldienst nicht erreichbar ist oder die Erlangung einer richterlichen Anordnung im Zuge der Inanspruchnahme des Journaldienstes zu spät käme. In diesem Falle ist die Behörde allerdings nur berechtigt, die bis zum Zeitpunkt der Rücksprache mit dem Journaldienst unumgänglich notwendigen Maßnahmen zu setzen.

(2) Außer in den vorhin beschriebenen Fällen sind wieder die Behörde noch sonstige Sicherheitsorgane berechtigt, ohne richterlichen Befehl eine Verhaftung (bzw. vorläufige Festnahme), eine Beschlagnahme, eine Telefonüberwachung, eine Öffnung von Briefen oder eine Haus- und Personsdurchsuchung (einschließlich Durchsuchung von Kraftfahrzeugen) vorzunehmen.

§ 7 (1) Die Personalsenate der Gerichtshöfe und die Leiter der Staatsanwaltschaften haben dafür zu sorgen, daß ständig ein Richter und ein Staatsanwalt Journaldienst versieht. Je nach Bedarf ist der Personalsenat des Oberlandesgerichtes und der Oberstaatsanwalt berechtigt, anzuordnen, daß ein Journaldienst für mehrere Gerichtshöfe bzw. Staatsanwaltschaften gemeinsam zu versehen ist. In diesem Fall ist hinsichtlich der Einteilung der Richter und Staatsanwälte für den Journaldienst der Personalsenat des Oberlandesgerichtes bzw. der Oberstaatsanwalt zuständig, falls diese nicht im voraus für entsprechende Zeiträume alternierend die Zuständigkeit der Per-

<sup>35)</sup> BGBI 516/1987.

sonalsenate der betroffenen Gerichtshöfe bzw. der Leiter der Staatsanwaltschaften der betreffenden Gerichtshöfe festgelegt haben.

(2) Es ist zu gewährleisten, daß Journalrichter und Journalstaatsanwalt (Journaldienst) ständig erreichbar sind.

§ 8 (1) Das Gericht hat durch den zuständigen Untersuchungsrichter laufend darüber zu wachen, daß die Behörde die ihr obliegenden Pflichten rechtmäßig, zweckmäßig und innerhalb angemessener Frist erfüllt.

(2) Werden Mängel festgestellt, so sind der Behörde entsprechende Aufträge zu erteilen und Fristen zur Erledigung zu bestimmen. Kommt die Behörde den erteilten Aufträgen neuerlich nicht entsprechend nach, so kann das Gericht einer anderen von ihm zu bestimmenden Behörde die weitere Führung des Vorverfahrens übertragen. Dies kann aus wichtigen Gründen auch schon vorher geschehen.

## 2. Abschnitt: Rechtsstellung der Parteien

§ 9 (1) Dem Staatsanwalt, dem Beschuldigten und dessen Verteidiger sowie dem Privatbeteiligten stehen im Vorverfahren die in der Strafprozeßordnung vorgesehenen Rechte zu, soweit im folgenden nichts anderes bestimmt ist.

(2) Soweit der Behörde gesetzliche Pflichten auferlegt sind, stehen den Verfahrensparteien zukommende subjektive Rechte gegenüber.

§ 10 Die Behörde ist verpflichtet, unverzüglich, längstens aber binnen 14 Tagen ab Kenntnis vom Verdacht einer strafbaren Handlung, dem zuständigen Staatsanwalt unter Anschluß der vollständigen Kopien der bis dahin vorliegenden Erhebungsumunterlagen Mitteilung vom Verfahrensgegenstand zu machen, unabhängig davon die Erhebungen jedoch ungesäumt fortzuführen. Bis zum Einlangen einer gegenteiligen Erklärung oder entgegenstehender Anträge wird in weiterer Folge davon ausgegangen, daß der Staatsanwalt mit der Fortführung der Erhebungstätigkeit und der Aufnahme der Beweise im Zuge des Vorverfahrens einverstanden ist. Sobald der Staatsanwalt die Anzeige zurücklegt, ist die Behörde unverzüglich zu verständigen und ab dann verpflichtet, sofort jede weitere Ermittlungstätigkeit in der betreffenden Strafsache einzustellen.

§ 11 Jede Person, auf die sich eine behördliche Ermittlungstätigkeit wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung bezieht, ist schon von da an als Beschuldigter anzusehen. Die Behörde ist verpflichtet, ihr namentlich bekannte Beschuldigte unverzüglich, längstens aber binnen 14 Tagen vom Vorliegen des Tatverdachtes zu verständigen. Desgleichen ist auch ein allfälliger Geschädigter, sofern er nach dem Inhalt der Ermittlungsunterlagen nicht ohnedies Kenntnis vom Verfahren hat, innerhalb der genannten Frist zu verständigen. Schon im Vorverfahren ist der Geschädigte berechtigt, sich als Privatbeteiligter dem Verfahren anzuschließen.

§ 12 (1) Die Behörde ist verpflichtet, den Beschuldigten und den Geschädigten im Rahmen ihrer Möglichkeiten umfassend über die zustehenden Rechte zu belehren, insbesondere über das Recht der Inanspruchnahme eines Verteidigers einerseits und das Recht der Abgabe einer Privatbeteiligtenanschlußerklärung andererseits.

(2) Soferne eine Verhaftung (vorläufige Festnahme) des Beschuldigten erfolgt, ist dieser unverzüglich und nachweislich über die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger seiner Wahl und dessen Bestellung zum Verteidiger, der Möglichkeit der Verweigerung der Aussage sowie darüber zu belehren, daß alle gemachten Angaben sowohl zu seinen Gunsten als auch zu seinen Lasten verwendet werden können. Es ist vorzusorgen, daß der

Festgenommene sowohl seine Angehörigen wie auch sonstige Personen seines Vertrauens, insbesondere auch seinen Verteidiger, unverzüglich von der Festnahme verständigen kann. Weiters steht dem Beschuldigten das Recht zu, mit einem im Rahmen eines etwa von der Rechtsanwaltschaft eingerichteten Journaldienstes tätigen Rechtsanwalt Kontakt aufzunehmen und Rücksprache zu halten.

(3) Dem verhafteten (vorläufig festgenommenen) Beschuldigten steht das Recht zu, bis zur Übergabe an das Gericht eine Person seines Vertrauens als Begleitperson beizuziehen, die auch bei der Einvernahme anwesend sein darf. Im Falle des begründeten Verdachts einer Verabredungs- oder Verdunklungsgefahr kann über Antrag des Staatsanwaltes vom Richter dieses Recht betreffend namentlich bestimmte Personen oder auch insgesamt entzogen werden.

§ 13 (1) Sämtliche bereits genannten Verfahrensparteien sind berechtigt, bei der Behörde Beweisanträge zu stellen. Dabei ist sowohl das Beweismittel als auch das Beweisthema genau zu bezeichnen. Die Verfahrensparteien sind weiters berechtigt, Auskunft über den Verfahrensstand und rechtliches Gehör seitens der Behörde zu erhalten. Eine Teilnahme der Verfahrensparteien an förmlichen Einvernahmen von Zeugen und vom Beschuldigten und insbesondere die Ausübung des Fragerechtes ist zu zulassen, soferne nicht im Einzelfall zum Zwecke einer effektiven Aufklärung gerichtlich strafbarer Handlungen aus trifftigen und von der Behörde bestimmt zu bezeichnenden Umständen eine Verfahrenspartei von der Behörde ausgeschlossen wird.

(2) Soferne keine Anhaltspunkte vorliegen, daß eine in die schöffens- oder geschworenengerichtliche Zuständigkeit fallende strafbare Handlung vorliegen könnte, kann die Beteiligung der Parteien bei der Beweisaufnahme auch versagt werden, wenn mit Bestimmtheit zu erwarten ist, daß das Vorverfahren längstens binnen zwei Monaten ab Beginn der Erhebungen abgeschlossen sein wird und die Verfahrensparteien daher innerhalb angemessener Frist ihr Recht auf Beteiligung bei der Beweisaufnahme und die Ausübung des Fragerechtes im Hauptverfahren (Hauptverhandlung) ausüben können.

§ 14 Sämtliche Verfahrensparteien haben schon im Vorverfahren das Recht auf Akteneinsicht und Abschriftnahme. Dieses Recht ist hinsichtlich des Beschuldigten und dessen Verteidiger jedoch im Sinne des § 45 Abs. 2 StPO eingeschränkt, wobei die Auswahl der von der Beschränkung der Akteneinsicht umfaßten Aktenstücke dem Erhebungsleiter, über Antrag des Beschuldigten jedoch dem Gericht obliegt.

## 3. Abschnitt: Geschäftsgang im Vorverfahren

§ 15 Das Vorverfahren ist von einem juristisch geschulten Untersuchungsleiter zu leiten, der auch die Einvernahme der Zeugen und des Beschuldigten zu überwachen hat. Im Falle des Verdachts einer schwereren als in die Zuständigkeit der Bezirksgerichte fallenden Tathandlung muß der Untersuchungsleiter überdies über positiv abgeschlossene Studien der Rechtswissenschaften an einer Universität im Inland verfügen und die Einvernahmen bei sonstiger Nichtigkeit persönlich durchführen.

§ 16 (1) Bei der Einvernahme von Personen ist strikt darauf zu achten, daß eine Dauer von höchstens 6 Stunden pro Tag eingehalten wird. Nach 90 Minuten Vernehmungszeit ist eine Pause von zumindest 30 Minuten einzulegen. Überdies ist zwischen 12 und 14 Uhr und zwischen 18 und 20 Uhr eine in die Pausen nicht einzurechnende Unterbrechung von zumindest 60 Minuten einzuhalten.

(2) Verhaftete (vorläufig festgenommene) Personen haben das Recht auf ordnungsgemäße Verköstigung und

**Unterbringung.** Es ist eine durchgehende und ungestörte Nachtruhezeit von 22 Uhr bis 6 Uhr einzuhalten.

(3) Sowohl Zeugen als auch der Beschuldigte sind im Vorverfahren förmlich und unter Bezeichnung ihres Statuts einzuvernehmen.

§ 17 Schon im Vorverfahren ist nach Möglichkeit darauf hinzuwirken, daß durch einen Ausgleich zwischen Täter und Opfer die Folgen einer allfälligen strafbaren Handlung möglichst verringert oder beseitigt werden. Dabei soll unbeschadet der Unschuldsvermutung im Strafverfahren insbesondere ermöglicht werden, daß

- das Opfer Schadensgutmachung zur Gänze oder in größtmöglichen Ausmaß erhält und
- eine Entschuldigung seitens des Beschuldigten für die Tat und die hervorgerufenen Folgen erfolgt und/oder
- allgemein vom Beschuldigten freiwillig zweckentsprechende Maßnahmen ergriffen werden, insbesondere die Leistung sozialer Dienste; wird der Beschuldigte durch einen Rechtsbeistand vertreten, bedarf es zur Übernahme von Verpflichtungen seitens des Beschuldigten auch dessen ausdrücklicher Zustimmung.

#### 4. Abschnitt: Kontrolle durch das Gericht

§ 18 (1) Die gesamte Tätigkeit der Behörde im Vorverfahren unterliegt – unabhängig davon, ob für diese die Zustimmung oder Überwachung des Untersuchungsrichters vorliegt oder nicht – der Kontrolle durch die Ratskammer.

(2) Ausnahmsweise kann die Ratskammer beschließen, das Vorverfahren anstelle der Behörde durch den Untersuchungsrichter führen zu lassen, wenn dies wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles sachlich erforderlich erscheint, insbesondere wenn zu befürchten steht, daß im Hinblick auf die Weisungsbindung der Behörde (Art 20 Abs 1 B-VG) Gründe vorliegen, die volle Unbefangenheit der mit der Führung des Vorverfahrens befaßten Organwalter in Zweifel zu ziehen.

§ 19 Die Verfahrensparteien sind binnen 14 Tagen nach Vornahme oder einer allfälligen späteren Kenntnis eines rechtsbeeinträchtigenden Aktes bzw. vom Zeitpunkt des Wegfalles eines die Geltendmachung hindernden faktischen Ereignisses berechtigt, Beschwerde an die Ratskammer des zuständigen Gerichtshofes einzubringen.

§ 20 Dem Vorsitzenden der Ratskammer steht zur Verhinderung oder Verringerung von Rechtsbeeinträchtigungen die Befugnis zu, einstweilige Anordnungen zu treffen, welchen die Behörde sofort zu entsprechen hat.

§ 21 Der Ratskammer obliegt die Prüfung der behördlichen Akte sowohl auf ihre Rechtmäßigkeit als auch auf ihre Zweckmäßigkeit. Sie entscheidet auch über allfällige

Verfahrensverzögerungen seitens der Behörde. Sie kann ergänzende Beweisaufnahmen durch die Behörde anordnen. Über die Beschwerde hat die Ratskammer in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden, sofern von ihr nicht – allenfalls auch zur ergänzenden unmittelbaren Beweisaufnahme – eine mündliche Verhandlung unter Zuziehung der Verfahrensparteien für notwendig erachtet wird.

§ 22 (1) Die Beschwerde ist abzuweisen, falls das Handeln der Behörde nicht zu beanstanden ist.

(2) Die Ratskammer hat allfällige Rechtsverstöße seitens der Behörde ausdrücklich als Rechtswidrigkeit festzustellen und darüber hinaus alle notwendigen Maßnahmen zur Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes und der Führung eines zweckmäßigen Verfahrens unter Hinterhaltung allfälliger Verzögerungen zu treffen.

(3) Rechtsmittel gegen Ratskammerbeschlüsse (Die Frage der Eröffnung eines Rechtsmittels an das Oberlandesgericht ist im Rahmen der Neuordnung des Rechtsmittelverfahrens in Strafsachen einer Lösung zuzuführen).

#### II. HAUPTSTÜCK: Änderungen der StPO 1975 und deren Nebengesetze

Hier werden die im Zuge einer Schaffung des behördlichen Vorverfahrens notwendigen legislativen Änderungen nicht im einzelnen erfaßt. Es wird lediglich darauf verwiesen, daß hinsichtlich der gerichtlichen Vorerhebungen und Voruntersuchungen in der StPO entsprechende Anpassungen und Einschränkungen vorzunehmen sein werden.

#### III. HAUPTSTÜCK: Änderungen des B-VG (Verfassungsbestimmungen)

1. Art 90 Abs 2 wird folgender Satz angefügt: „Die Organe der Staatsanwaltschaft sind in Ausübung ihrer Funktion als öffentlicher Ankläger an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe nicht gebunden.“

2. Art 90 B-VG ist folgender Absatz 3 anzufügen:

„(3) Den ordentlichen Gerichten obliegt die Prüfung der Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der behördlichen Handlungen im Dienste der Strafjustiz.“

3. Art 130 Abs 1 erster Halbsatz B-VG hat zu lauten:

„Der Verwaltungsgerichtshof erkennt außer in den Fällen des Art 90 Abs 3 B-VG über Beschwerden.“

4. Art 144 Abs 1 erster Halbsatz B-VG hat zu lauten:

„Der Verfassungsgerichtshof erkennt außer in den Fällen des Art 90 Abs 3 B-VG über Beschwerden gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden.“

#### IV. HAUPTSTÜCK: Inkrafttreten und Vollziehung.