



universität
wien

DISSERTATION

„Die Entscheidungen des OGH in Strafsachen im Jahr
2004 – eine statistische und dogmatische Analyse“

Verfasser

Mag. Patrick Aulebauer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Ao. Univ. Prof. Mag. Dr. Alexander TIPOLD

Vorwort

Das Vorwort möchte ich zur Danksagung nützen.

Ich bedanke mich bei meinem Betreuer ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Alexander Tipold, der auch das Disserationsthema vorgeschlagen hat, für die Bereitschaft, die Betreuung zu übernehmen und die Anregungen sowie die Unterstützung, die er mir beim Verfassen der Arbeit gegeben hat.

Weiters danke ich Hon.-Prof. Dr. Hans-Valentin Schroll, Senatspräsident des OGH, der mir in einem ausführlichen Gespräch Informationen zu den praktischen Abläufen bei der Entscheidungsfindung des OGH gegeben hat, welche in die vorliegende Arbeit eingeflossen sind.

Ferner möchte ich mich bei meiner Schwester, meiner Freundin sowie meinem Großvater bedanken, die mich beim Korrekturlesen der Arbeit unterstützt haben.

Ganz besondere Dankbarkeit gebührt aber meinen Eltern und Großeltern, die mich während der gesamten Ausbildung in jeder nur erdenklichen Weise unterstützt haben.

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkungen.....	1
II. Oberster Gerichtshof und Generalprokuratur	3
A. Der Oberste Gerichtshof.....	3
1. Aufgabenbereich und Zusammensetzung	3
2. Die Senate des obersten Gerichtshofs	5
a) Einfache Senate	6
b) Dreiersenate	7
c) Verstärkte Senate	8
3. Die Geschäftsverteilung	12
4. Zugänglichkeit von Entscheidungen	13
B. Die Generalprokuratur	14
III. Die Nichtigkeitsbeschwerde.....	17
A. Allgemeines.....	17
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Vorprüfung durch das Erstgericht.....	18
1. Rechtsmittellegitimation	18
2. Anmeldung und Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde.....	20
a) Anmeldung	20
b) Ausführung.....	20
3. Vorprüfung durch das Erstgericht	24
C. Das Verfahren beim OGH	26
1. Die Vorbereitung der Entscheidung.....	26
2. Das Zustandekommen der Entscheidung	28
3. Die Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung	29
a) Allgemeines	29
b) Statistiken.....	31
c) Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	34
(1) Allgemeines	34
(2) Beispiele	37
d) Stattgebung in nichtöffentlicher Sitzung.....	40
4. Die Entscheidung in öffentlicher Verhandlung	43
a) Allgemeines	43
b) Verfahren	44
c) Statistik.....	46
d) Die Verwerfung	48
e) Die Stattgebung in öffentlicher Verhandlung.....	49
(1) Formelle Mängel.....	49
(2) Zu Unrecht gefällttes Unzuständigkeitsurteil, Nichterledigung der Anklage, Anklageüberschreitung und zu Unrecht (nicht) aufgetragenes Monitorverfahren... 51	
(3) Materielle Mängel.....	52
5. Grundrechtliche Aspekte und Stellungnahme	53
D. Die Entscheidung	56
1. Statistik.....	56
2. Aufbau und Inhalt der Entscheidungen	56
E. Die Nichtigkeitsgründe	60
1. Einleitung	60
2. Allgemeines.....	60
3. Formelle Nichtigkeitsgründe	61
a) § 281 Abs 1 Z 1 bzw § 345 Abs 1 Z 1 StPO	61

(1) Allgemeines	61
(2) Statistik	62
(3) Analyse	62
(a) Erfolgreiche Beschwerden	63
(b) Erfolglose Beschwerden	64
b) § 281 Abs 1 Z 1a bzw § 345 Abs 1 Z 2 StPO	66
(1) Allgemeines	66
(2) Statistik	66
(3) Analyse	67
c) § 281 Abs 1 Z 2 bzw § 345 Abs 1 Z 3 StPO	68
(1) Allgemeines	68
(2) Statistik	68
(3) Analyse	69
d) § 281 Abs 1 Z 3 bzw § 345 Abs 1 Z 4 StPO	70
(1) Allgemeines	70
(2) Statistik	70
(3) Analyse	71
(a) Erfolgreiche Beschwerden	71
(b) Erfolglose Beschwerden	72
e) § 281 Abs 1 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 StPO	79
(1) Allgemeines	79
(2) Beweisanträge	82
(3) Erfolgreiche Beschwerden	87
(4) Statistik	89
(5) Stellungnahme	90
f) § 281 Abs 1 Z 5 StPO	92
(1) Allgemeines	92
(2) Statistik	95
(3) Erfolglose Beschwerden	96
(4) Erfolgreiche Beschwerden	101
(5) Stellungnahme	106
g) § 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a	108
(1) Allgemeines	108
(2) Statistik	108
(3) Analyse	109
(4) Stellungnahme	112
h) § 281 Abs 1 Z 6 StPO	114
(1) Allgemeines	114
(2) Statistik	115
(3) Analyse	115
i) § 281 Abs 1 Z 7 StPO	116
j) § 281 Abs 1 Z 8 StPO	117
(1) Allgemeines	117
(2) Statistik	117
(3) Analyse	117
k) § 281a StPO	119
4. Materielle Nichtigkeitsgründe	121
a) Allgemeines	121
b) Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe	121
c) Die amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	126
d) § 281 Abs 1 Z 9 bzw § 345 Abs 1 Z 11	131

(1) § 281 Abs 1 Z 9a bzw § 345 Abs 1 Z 11a.....	131
(a) Allgemeines	131
(b) Statistik	132
(c) Analyse	132
(i) Erfolglose Beschwerden	132
(2) § 281 Abs 1 Z 9b bzw § 345 Abs 1 Z 11b	137
(a) Allgemeines	137
(b) Statistik	138
(c) Analyse	139
(i) Erfolglose Beschwerden	139
(ii) Erfolgreiche Beschwerden	141
(3) § 281 Abs 1 Z 9c.....	144
e) § 281 Abs 1 Z 10 bzw § 345 Abs 1 Z 12.....	144
(1) Allgemeines	144
(2) Statistik	146
(3) Analyse	146
(a) Erfolglose Beschwerden	146
(b) Erfolgreiche Beschwerden.....	149
f) § 281 Abs 1 Z 10a bzw § 345 Abs 1 Z 12a.....	153
g) § 281 Abs 1 Z 11 bzw § 345 Abs 1 Z 13.....	155
(1) Allgemeines	155
(2) Statistik	157
(3) Erfolglose Beschwerden	158
(4) Erfolgreiche Beschwerden.....	159
5. Besondere Nichtigkeitsgründe im Geschworenengericht	163
a) § 345 Abs 1 Z 6 StPO.....	163
(1) Allgemeines	163
(2) Statistik	163
(3) Analyse	163
b) § 345 Abs 1 Z 7 StPO.....	166
c) § 345 Abs 1 Z 8 StPO.....	166
(1) Allgemeines	166
(2) Statistik	166
(3) Analyse	167
d) § 345 Abs 1 Z 9 StPO.....	169
(1) Allgemeines	169
(2) Statistik	169
(3) Analyse	169
e) § 345 Abs 1 Z 10 StPO.....	170
F. Statistik nach sachlicher Zuständigkeit des Erstgerichts	171
1. Allgemeines.....	171
2. Statistik.....	172
G. Entscheidungen über Strafberufungen und Beschwerden.....	173
H. Sonstige Statistiken zu Nichtigkeitsbeschwerden	175
1. Nach Delikten.....	175
2. Nach Beschwerdeführern	176
3. Nach örtlicher Zuständigkeit	178
4. Nach Senaten.....	179
IV. Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.....	181
A. Allgemeines	181
B. Die Antragstellung	183

C. Statistiken	183
D. Verworfenene Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes	185
1. Zur Gänze verworfene Beschwerden	185
2. Teilweise verworfene Beschwerden	188
E. Stattgebende Erkenntnisse	190
1. Wiederholt behandelte Gesetzesverletzungen.....	190
a) Widerrufsbeschlüsse.....	190
b) Abwesenheitsurteile / Verlesungsverbote.....	193
c) Behandlung von Rechtsmitteln	194
d) §§ 28 und 29 StGB.....	196
e) § 36 StGB	196
f) Diversion	197
g) Überschreitung der Anklage	198
2. Sonstiges.....	198
V. Die Grundrechtsbeschwerde.....	204
A. Allgemeines	204
B. Zurückgewiesene Grundrechtsbeschwerden	205
C. Abgewiesene Grundrechtsbeschwerden	206
D. Erfolgreiche Grundrechtsbeschwerden	211
VI. Sonstige Rechtsmittel und Rechtsbehelfe	214
A. Die außerordentliche Wiederaufnahme nach § 362.....	214
B. Beschwerden in Auslieferungssachen.....	215
C. Die Erneuerung des Strafverfahrens	217
D. Entschädigungssachen.....	219
E. Beschwerden gegen Gebührenbestimmungsbeschlüsse	221
F. Wiedereinsetzungsanträge	221
VII. Zusammenfassung:	223
VIII. Anhang: Statistiken	226
A. Allgemeines	226
1. Zusammensetzung der Senate:	226
2. Erledigungen nach Senaten:	226
B. Nichtigkeitsbeschwerden:.....	227
1. Beschwerdeführer.....	227
2. Anzahl der mit Nichtigkeitsbeschwerden verbundenen Berufungen:	227
3. Entscheidungen	227
4. Entscheidungen nach sachlicher Zuständigkeit des Erstgerichts	228
5. Entscheidungen in öffentlicher / nichtöffentlicher Sitzung.....	229
Gesamt.....	229
Nach Schöffen- /Geschworenenzuständigkeit.....	229
Nach Beschwerdeführern:	229
Entscheidungen in nichtöffentlicher Sitzung (Gesamt: 487)	229
Entscheidungen in öffentlicher Verhandlung (Gesamt: 64):	230
Erfolgreiche Nichtigkeitsbeschwerden	230
Gegenüberstellung: Entscheidungen in nichtöffentlicher Sitzung/öffentlicher Verhandlung nach Beschwerdeführern.....	231
6. Nichtigkeitsgründe	232
§ 281	232
§ 345.....	233
Erfolgreich geltend gemachte Nichtigkeitsgründe nach Beschwerdeführern	234
Wahrnehmung der Nichtigkeitsgründe in nichtöffentlicher Sitzung bzw öffentlicher Verhandlung:	235

Welche Nichtigkeitsgründe führten bei Entscheidung in öffentlicher Verhandlung zu kassatorischer/ meritorischer Entscheidung	236
7. Entscheidung über Berufungen (insges. 37):	236
8. Delikte	237
Nichtige Urteile nach Delikten.....	237
Nichtige Urteile zum SMG nach OLG-Sprengeln	237
9. Senate	237
10. Nach Beschwerdeführern:	238
Entscheidungen	238
Ergriffene Nichtigkeitsbeschwerden nach sachlicher Zuständigkeit des Erstgerichts	238
Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft nach OStA-Sprengeln:	238
11. Nach örtlicher Zuständigkeit	239
Nach OLG-Sprengel des Erstgerichts	239
Nach Landesgerichten	240
C. Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes	243
1. Bekämpfte Entscheidungen/Vorgänge	243
2. Entscheidungen	243
3. Entscheidungen nach Senaten	243
4. Entscheidungen nach OLG-Sprengel des Erstgerichts.....	244
D. Grundrechtsbeschwerden	245

Abkürzungsverzeichnis

Paragrafen ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf die StPO; Paragrafen ohne nähere Bezeichnung sowie mit dem Zusatz aF beziehen sich auf die StPO vor Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes 2008

aaO	am angeführten Ort
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
aM	anderer Meinung
Art	Artikel
AV-Bogen	Antrags- und Verfügungsbogen
BG	Bezirksgericht
BMJ	Bundesministerium für Justiz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f	folgend (-e, -er)
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GRBG	Grundrechtsbeschwerdegesetz
hins	hinsichtlich
iaR	in aller Regel
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iR	in Richtung
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
JBI	Juristische Blätter
krit	kritisch
LG	Landesgericht
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NBzWdG	Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes
Nov	Novelle
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OJZ	Österreichische Juristenzeitung
Rsp	Rechtsprechung
RZ	Richterzeitung
Rz	Randzahl
S	Seite
sog	sogenannt
SSt	Sammlung Strafsachen
StPO	Strafprozessordnung
stRsp	ständige Rechtssprechung
TÜ	Telefonüberwachung
U-Haft	Untersuchungshaft
ua	unter anderem / und andere
uU	unter Umständen

uva	und viele andere
va	vor allem
vgl	vergleiche
VU	Voruntersuchung
wg	wegen
WK	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung / zum Strafgesetzbuch
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zit	zitiert
zT	zum Teil

Verzeichnis der Literaturverweise

- Bertel/Venier*, Strafprozessrecht, 8. Auflage, Wien 2004 (zit. *Bertel/Venier*, Rz)
- Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht, 2. Auflage, Wien 2007
- Bertel*, Das Zeugnisentschlagungsrecht nach § 152 Abs 1 Z 1 StPO, JBI 1995, 237.
- Burgstaller*, Versuch/Vollendung im Strafprozess, JBI 2008,743
- Burgstaller*, Argumente für die Geschworenengerichtbarkeit, JBI 2006,69
- Eder-Rieder*, Die Anforderungen an den Beweisantrag im Strafprozess, AnwBl 1984, 183
- Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Wien 1990
- Feldner*, Verstärkte Senate beim Obersten Gerichtshof, Wien 2000
- Felzmann/Danzl/Hopf*, Oberster Gerichtshof, Bundesgesetz über den OGH und Geschäftsordnung des OGH 2005, 2. Auflage, Wien 2009 (zit: *Felzmann/Danzl/Hopf*, OGHG)
- Felzmann*, Der Oberste Gerichtshof heute – unter besonderer Beachtung der europarechtlichen Einflüsse auf seine Organisation und Rechtsprechung, JRP 2001, 1
- Foregger/Fabrizy*, StPO und wichtige Nebengesetze, Kurzkomentar, 9. Auflage, Wien 2004 (zit: F/F, Rz...)
- Foregger/Litzka/Matzka*, Suchtmittelgesetz, Kurzkomentar samt einschlägigen Bestimmungen in EG-Recht, internationalen Verträgen, Verordnungen und Erlässen, Wien 1998
- Fuchs*, Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil 1, 7. Auflage, Wien 2008
- Fuchs*, Absolute Nichtigkeit als Instrument der Revision rechtskräftiger Entscheidungen, JBI 2002, 641
- Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur StPO (Zit:..... in WK-StPO, §Rz....)
- Graff*, Das GRBG und der Wille des Gesetzgebers, RZ 1993, 270
- Hauser*, Das Schweizerische Bundesgericht im Vergleich zum österreichischen Obersten Gerichtshof, in: *Pallin-FS*, Wien 1989, S. 141ff
- Hinterhofer*, Zur Einbringung der Ergebnisse einer verdeckten Ermittlung in die Hauptverhandlung, Zugleich eine Anmerkung zu OGH 18. 2. 2004, 13 Os 153/03, ÖJZ 2004/40
- Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Wien 2009 (zit: *Kienapfel/Höpfel*, AT I¹²)
- Kirchbacher*, OGH weitet den Grundrechtsschutz in Strafverfahren stark aus, ÖJZ 2007/64
- Kirchbacher/Schroll*, Zur Rechtsprechung des OGH betreffend das SMG und die Einbringung der Ergebnisse verdeckter Ermittlungen in die Hauptverhandlung, RZ 2005, 116ff, 140ff, 170ff
- Klecatsky/Morscher*, Bundesverfassungsrecht, 11. Auflage, Wien 2005
- Köck*, Wie kann man die Ergebnisse verdeckter Ermittler in die Hauptverhandlung eines Strafverfahrens einbringen? Bemerkungen zu OGH 18. 2. 2004, 13 Os 153/03; RZ 2004, 189
- Leitner*, Österreichisches Finanzstrafrecht, 2. Auflage, Wien 2002
- Lendl*, Das Entschlagungsrecht wegen drohender Strafverfolgung und die Substituierung der Aussage in der Rechtsprechung des OGH, RZ 1998, 246
- Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Eisenstadt 1992
- Lewis*, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Auflage, Wien 1999 (zit: *Lewis*, BT I)
- Litzka/Matzka/Zeder*, Suchtmittelgesetz, 2. Auflage, Wien 2009 (zit: *L/M/Z*, SMG².)
- Matscher*, Nachholbedarf im österreichischen Strafverfahrensrecht?, ÖJZ 2002/8
- Maurer/Schwaighofer*, Die gewerbsmäßige Begehung des Suchtmitteldelikts nach § 28 Abs 3 SMG, AnwBl 2003, 597
- Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht, 4. Auflage, Wien 2007 (Zit: *Mayer*, B-VG)
- Mayerhofer/Hollaender*, Strafprozessordnung, 5. Auflage, Wien 2004 (zit: *Mayerhofer/Hollaender*, StPO, Rz...)
- Melnizky*, Amtswegiges Aufgreifen von Nichtigkeitsgründen, AnwBl 1986, 383
- Meßner*, Zur Weiterentwicklung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z 8 StPO, ÖJZ 2006/36
- Moos*, Die Abgrenzung Versuch/Vollendung als Nichtigkeitsgrund, JBI 2008,341

Moos, Die Ausdehnung der Nichtigkeitsbeschwerde auf die Beweiswürdigung nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO, ÖJZ 1989, 97, 135
*Moringe*r, Mehr Macht dem Strafverteidiger, in: Strafverteidigung, Realität und Vision, 1. Österreichischer StrafverteidigerInnenstag, Wien, 21./22. März
Nowakowski, Reform der Rechtsmittel im Strafverfahren, GA für den 2. ÖJT 1964 Bd I/6 (zit: Nowakowski, GA)
Platzgummer, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens, 8. Auflage, Wien 1997
Ratz, Sanktions- statt Subsumtionsrüge bei fraglicher Vollendung einer Tat, JBI 2008,708
Ratz, Grundrechte in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2006/21
Ratz, Zur Bedeutung von Nichtigkeitsgründen im Grundrechtsbeschwerdeverfahren, ÖJZ 2005/24
Ratz, § 28 Abs 2 SMG als tatbestandliche Handlungseinheit und der Zusammenrechnungsgrundsatz nach § 28 Abs 4 Z 3 SMG - Eine Auseinandersetzung mit der Kritik von Schmoller an der Rsp zu § 28 SMG, JBI 2005,294
Ratz, Häufige Kritikpunkte an Urteilen und staatsanwaltlichen Rechtsmitteln aus der Sicht eines OGH-Richters, RZ 2003,194
Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 8. Auflage, Wien 2010 (zit: *Rechberger/Simotta*, ZPR, Rz)
Reindl, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention: Der Schutz der persönlichen Freiheit und die Haft im Strafverfahren, Wien 1997
Reindl-Krauskopf, Die neue Erneuerung des Strafverfahrens - zulässige Analogie oder Rechtsschöpfung?, JBI 2008,130
Reindl-Krauskopf, Argumente gegen die Geschworenengerichtsbarkeit, AnwBI 2010,224
Rieder, Die Erneuerung des Strafverfahrens ohne vorheriges Erkenntnis des EGMR - Zur Entscheidung des OGH vom 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m, JBI 2008, 23
Roeder, Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrens, 2. Auflage, Wien 1976
Schindler/Pöll, Staatsanwaltschaftsrecht, Wien 1991
Schmoller, Zusammenrechnung von Suchtgiftmengen und Anzahl der verwirklichten Delikte, Festschrift für *Manfred Burgstaller* zum 65. Geburtstag, Wien 2004
Schroll, Anmerkungen zur Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit beim Suchtgifthandel, RZ 2008/90ff.
Schwaighofer, Das neue Suchtmittelrecht, Ergänzungsband, Wien 1998 (zit: *Schwaighofer*, Suchtmittelrecht)
Schwaighofer, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz beim Zeugenbeweis und seine Ausnahmen, ÖJZ 1996, 124
Schwaighofer, Auslieferung und Internationales Strafrecht, Wien 1988 (zit: *Schwaighofer*, Auslieferung)
Schwaighofer/Maurer, Die gewerbsmäßige Begehung des Suchtmitteldelikts nach § 28 Abs 3 SMG, AnwBI 2003, 597ff.
Schwaighofer, Zur Verwendbarkeit kontradiktorischer Zeuenaussagen, ÖJZ 2006/17
Seiler, Strafprozessrecht, 8. Auflage, Wien 2006
Seiler, Strafprozessrecht, 11. Auflage, Wien 2010
Soyer, Die (ordentliche) Wiederaufnahme des Strafverfahrens, Wien 1998
E. Steininger, Handbuch der Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren, 5. Auflage, Wien 2008 (zit: *Steininger*, Nichtigkeitsgründe)
H. Steininger, 150 Jahre Oberster Gerichtshof in Wien, RZ 1998, 262
Strasser, Die Generalprokuratur – ein „unbekanntes Wesen“, aber keine „Anklagebehörde“, ÖJZ 1999,884
Thienel, Vorbehalt zum Art 6 MRK ungültig, AnwBI 2001/22
Tipold, Die Senatsbesetzung des OGH nach dem GRBG, RZ 1993, 235.
Tipold, Von Rügen und Anträgen, Der Verteidiger als Beistand des Gerichts, Jst 1/2010, S19ff
Tschuchlik, Die Anfechtung von Tatsachenfeststellungen im schöff- und geschworenengerichtlichen Verfahren, RZ 1988, 98
Venier, Einige Bemerkungen zur Überprüfung des Tatverdachts im Grundrechtsbeschwerdeverfahren, JBI 2000, 811

Venier, Die Polizei und die Belehrungsvorschrift des § 152 Abs 5 StPO, AnwBl 2000,329
Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage, Wien 2007
Walter, Das Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof, JBl 1969, 173
Wegscheider/Plöckinger, Zur Funktion des Generalprokurators im Verfahren vor dem OGH,
ÖJZ 1999/877

I. Vorbemerkungen

Gem § 12 OGHG hat der OGH nach Schluss jedes Jahres einen Bericht über seine Tätigkeit und die hierbei gesammelten Erfahrungen zu verfassen¹. Einen Teil dieses **Tätigkeitsberichts** bildet eine **Statistik**, in der die Anzahl der neu angefallenen Rechtsmittel (Gesamtanfall), die Anzahl der Erledigungen des OGH sowie die Anzahl der erfolgreichen Rechtsmittel erfasst werden. Eine ausführlichere statistische Auswertung der höchstgerichtlichen Entscheidungen wurde bisher jedoch nicht erstellt.

In der vorliegenden Arbeit sollen daher alle **713** im Jahr 2004 in Strafsachen ergangenen **Entscheidungen** des Obersten Gerichtshofs eingehend statistisch analysiert werden. Berücksichtigt wurden dabei alle Erkenntnisse mit einem Entscheidungsdatum von 1.1.2004 bis 31.12.2004. Die Statistiken finden sich der Übersichtlichkeit halber gesammelt auch im Anhang Statistik.

Die im Tätigkeitsbericht des OGH veröffentlichte Statistik kann sich mit der vorliegenden aus mehreren Gründen nicht decken: Im Tätigkeitsbericht ist für die Zuordnung der Erkenntnisse zum Jahr 2004 der Anfallszeitpunkt der Akten entscheidend, nicht aber – wie in der vorliegenden Arbeit – das Datum der Entscheidung. Darüber hinaus bekommen in manchen Fällen einzelne Erkenntnisse des OGH mehrere Geschäftszahlen und sind deshalb im Tätigkeitsbericht auch als mehrere Erledigungen erfasst. Dies ist etwa bei Grundrechtsbeschwerden der Fall, wenn nicht bloß ein Beschluss auf Verhängung, sondern darüber hinaus zugleich auch ein Beschluss auf Verlängerung der Untersuchungshaft bekämpft wird², oder bei Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes, wenn eine solche Beschwerde gegen mehrere das Gesetz verletzende Entscheidungen oder „Vorgänge“ iSd § 33 Abs 2 aF gerichtet ist (nicht aber bei mehreren Gesetzesverletzungen in einer Entscheidung)³. Entscheidungen über Nichtigkeitsbeschwerden erhalten hingegen seit kurzem stets nur eine Geschäftszahl. Solche Entscheidungen, bei denen die Akten bereits im Jahr 2003 oder 2002⁴ angefallen sind, tragen allerdings unter bestimmten Voraussetzungen noch mehrere Geschäftszahlen⁵.

Beim Lesen der Statistiken (insbesondere jener über die Nichtigkeitsgründe) ist zu berücksichtigen, dass sich diese stets an der Anzahl angefochtener Entscheidungen bzw getroffener OGH-Erkenntnisse orientieren, nicht aber an der Anzahl der ergriffenen Rechtsmittel. Das bedeutet, dass dann, wenn mehrere Nichtigkeitswerber dieselbe Entscheidung bekämpfen, dies auch nur einmal erfasst ist, weil damit nur eine Entscheidung angefochten wurde und nur ein OGH Erkenntnis über diese Rechtsmittel ergeht. Wenn somit nachfolgend etwa die Rede davon ist, dass zB der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 5 351 Mal geltend gemacht wurde, so ist dies so zu verstehen, dass sein Vorliegen hinsichtlich 351 angefochtener Urteile (wenn auch hinsichtlich desselben Urteils von mehreren Nichtigkeitswerbfern) behauptet wurde.

¹ Der Tätigkeitsbericht des OGH für das Jahr 2004 ist derzeit (noch) auf der Homepage des OGH, www.ogh.gv.at, unter „Aktuelles“ einsehbar.

² Vgl etwa 11 Os 66/04 = 11 Os 67/04; 11 Os 11/04 = 11 Os 12/04.

³ Vgl etwa 14 Os 49/04 = 11 Os 50/04 und 12 Os 126/03 = 12 Os 127/03 = 12 Os 128/03 = 12 Os 129/03.

⁴ Im Jahr 2002 ist allerdings nur ein im Jahr 2004 entschiedener Akt angefallen, weil der OGH (in Strafsachen) iaR sehr rasch (innerhalb weniger Monate) entscheidet.

⁵ Vgl etwa 12 Os 95/02 = 12 Os 98/02 = 12 Os 106/03.

Im Textteil wird zunächst ein Überblick über die Arbeit des OGH gegeben und das Zustandekommen oberstgerichtlicher Entscheidungen dargestellt. Anschließend wird in einer dogmatischen Analyse versucht, eine Erklärung für die Ergebnisse der statistischen Auswertung zu liefern.

Ein ganz überwiegender Teil der Entscheidungen des OGH ergeht aufgrund von Nichtigkeitsbeschwerden. Diesen ist daher auch ein Großteil dieser Arbeit gewidmet. Gegenstand der Entscheidungen über Nichtigkeitsbeschwerden wiederum ist fast durchwegs die Frage der prozessordnungskonformen Geltendmachung sowie des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Nichtigkeitsgrundes. Eine Analyse dieser Entscheidungen kann daher systematisch nur ausgehend von den Nichtigkeitsgründen erfolgen. Dabei wird auch dargestellt, welche Fehler von Nichtigkeitswerbern bei der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen häufig gemacht wurden und welche Fehler der Erstgerichte wiederholt zu einer Aufhebung des Ersturteils führten.

II. Oberster Gerichtshof und Generalprokuratur

A. Der Oberste Gerichtshof

1. Aufgabenbereich und Zusammensetzung

Der Oberste Gerichtshof ist das **oberste Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit**, er fungiert als höchste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen (Art. 92 Abs 1 B-VG, § 1 OGHG). Art 92 Abs 1 B-VG normiert eine verfassungsrechtliche Bestandgarantie des OGH⁶. Demzufolge ist es verfassungsrechtlich unzulässig, in Zivil- oder Strafsachen eine Instanz über dem OGH einzurichten, es bedeutet aber keineswegs, dass dieser stets in allen ordentlichen Gerichtsverfahren anrufbar sein muss. Vielmehr kann der einfache Gesetzgeber Beschränkungen des Instanzenzuges normieren, was auch nötig ist, um eine Überlastung des OGH zu verhindern und damit die Klärung erheblicher Rechtsfragen innerhalb angemessener Zeit zu gewährleisten⁷. In Strafsachen können deshalb nur Urteile der Schöffengerichte und Geschworenengerichte beim OGH (mittels Nichtigkeitsbeschwerde) angefochten werden.

Der Oberste Gerichtshof besteht gem. § 1 Abs 2 OGHG aus einem Präsidenten, zwei Vizepräsidenten und der erforderlichen Zahl an weiteren Mitgliedern. Im Jahr **2004** hatte der OGH – einschließlich des Präsidenten und der Vizepräsidenten – **57 Mitglieder**, derzeit sind es 58⁸.

Der Präsident leitet gemäß § 3 Abs 1 OGHG den Obersten Gerichtshof, übt die Dienstaufsicht über das gesamte Personal des Gerichtshofs aus, führt die Justizverwaltungsgeschäfte für den Gerichtshof und nimmt insbesondere auch dienstbehördliche Aufgaben wahr. In die Geschäftsverteilung dürfen der Präsident und die Vizepräsidenten nur in einem solchen Ausmaß einbezogen werden, das sie in der Wahrnehmung ihrer Justizverwaltungsaufgaben nicht beeinträchtigt. Sonstige Mitglieder des OGH dürfen nur mit ihrer Zustimmung in die Geschäftsverwaltung für Justizverwaltungssachen einbezogen werden⁹.

Beim Obersten Gerichtshof ist ein Evidenzbüro eingerichtet, dem die Erfassung und Aufbereitung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs sowie der für den OGH

⁶ Felzmann/Danzl/Hopf, OGHG, § 1 Anm 3; Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰, Rz 766; Mayer, B-VG⁴, Rz I zu Art 92 B-VG; Klecatsky/Morscher, Bundesverfassungsrecht, Fn 1 zu Art 92 B-VG; Walter, Das Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof, JBl 1969, 173; Markel in WK-StPO, § 34 Rz 1; Felzmann, JRP 2001,1; RS 0102362.

⁷ Felzmann/Danzl/Hopf, OGHG, § 1 Anm 3.

⁸ Stand: 1. Jänner 2011; der aktuelle Personalstand des OGH ist auf der Homepage des Obersten Gerichtshofs, www.ogh.gv.at, einsehbar.

⁹ Dies betrifft selbstverständlich nicht jene Justizverwaltungsaufgaben, die jeder Richter im Rahmen des § 57 Abs 2 RDG zu erledigen hat.

allenfalls bedeutsamen Entscheidungen anderer Gerichte obliegt (§ 14 Abs 1 OGHG). Die Entscheidungen werden in einer allgemein zugänglichen Datenbank, der Entscheidungsdokumentation Justiz-JUDOK¹⁰ (§ 14 Abs 2 iVm 15 OGHG), erfasst. Weiters hat das Evidenzbüro den Mitgliedern des OGH und der Generalprokuratur die erforderliche Unterstützung bei der Sammlung der für ihre Tätigkeit erforderlichen rechtlichen Grundlagen zu geben.

Auch wenn nach § 14 Abs 1 OGHG das Evidenzbüro für die „Aufbereitung“ der Entscheidungen zuständig ist, ist es nicht berechtigt, den Text eines OGH-Erkenntnisses in irgendeiner Form zu verändern. Selbst wenn bei einer Entscheidung ein offensichtlicher Schreibfehler vorliegt, kann das Evidenzbüro lediglich eine Berichtigung (§ 270 Abs 3) anregen, muss ansonsten aber den Text der Entscheidung unverändert (also einschließlich des Schreibfehlers) veröffentlichen.

Der Oberste Gerichtshof wird in Strafsachen – sieht man von der Delegation (§ 39¹¹) und der Entscheidung über bestimmte Zuständigkeitsstreitigkeiten (§ 38¹²) ab – **ausschließlich als Rechtsmittelinstanz** tätig. Er hat gem. § 34¹³ über alle in der Strafprozessordnung für zulässig erklärten Nichtigkeitsbeschwerden, über Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens und – nach Maßgabe der §§ 296 und 344 – über Berufungen gegen Urteile der Geschworenengerichte und Schöffengerichte zu entscheiden. Weiters entscheidet der Oberste Gerichtshof über Grundrechtsbeschwerden (§ 1 GRBG), die außerordentliche Wiederaufnahme des Strafverfahrens (§ 362 StPO) und in seltenen Fällen über Entschädigungen nach dem strafrechtlichen Entschädigungsgesetz sowie über Beschwerden gegen Gebührenbeschlüsse der Gerichtshöfe zweiter Instanz, wenn diese diesbezüglich funktionell als erste Instanz tätig wurden¹⁴.

Aufgrund der Aufhebung des zweiten Satzes des § 33 Abs 5 ARHG durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 12. Dezember 2002, GZ G 151/02, entschied der OGH (bis zum 30.4.2004) auch über Beschwerden gegen Beschlüsse eines Oberlandesgerichtes, mit denen die Auslieferung (nicht) für unzulässig erklärt wurde. Seit Inkrafttreten der ARHG-Novelle BGBl I Nr. 15/2004 am 1.5.2004 entscheidet diesbezüglich das Oberlandesgericht als letzte Instanz.

Der Oberste Gerichtshof soll einerseits den Parteien durch die Behandlung von Rechtsmitteln zu ihrem Recht verhelfen und dient insoweit der **Sicherung der Individualgerechtigkeit**. Andererseits soll er für eine **einheitliche Rechtsprechung** sorgen tragen und damit **Rechtssicherheit und –einheitlichkeit** gewährleisten¹⁵.

¹⁰ Siehe dazu unten 13.

¹¹ Bis zum In-Kraft-Treten der StPO-Reform am 1.1.2008: § 63.

¹² Bis zum In-Kraft-Treten der StPO-Reform am 1.1.2008: § 64.

¹³ Bis zum In-Kraft-Treten der StPO-Reform am 1.1.2008: § 16.

¹⁴ Vgl 14 Os 153/03.

¹⁵ *Markel* in WK-StPO, § 34 Rz 1; *Felzmann/Danzl/Hopf*, OGHG, § 14 Anm 3; VfGH 28.6.1990, VfSlg 12.409.

Das Anliegen der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist im österreichischen Strafprozess durch die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes in besonderer Weise verwirklicht. Tatsächlich nimmt die NBzWdG eine zentrale Rolle bei der Rechtfortbildung und der Sicherung der Rechtseinheit ein¹⁶.

2. Die Senate des obersten Gerichtshofs

Der Oberste Gerichtshof wird sowohl in Zivil- als auch in Strafsachen in Senaten tätig (§ 5 OGHG). Für den Regelfall – nämlich soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist – sieht § 6 OGHG einfache Senate vor, welche sich aus dem Vorsitzenden und vier weiteren Richtern des Obersten Gerichtshofs, von denen einer als Berichterstatter fungiert, zusammensetzen. Derzeit sind insgesamt 17 Senate eingerichtet, von denen fünf mit Strafsachen befasst sind.

In bestimmten, taxativ aufgezählten Fällen haben gem. § 7 OGHG Dreiersenate, zusammengesetzt aus dem Vorsitzenden und zwei weiteren Mitgliedern, tätig zu werden¹⁷. Weiters sieht das OGHG für bestimmte Fälle verstärkte Senate vor (§ 8 OGHG), welche – einschließlich des Vorsitzenden – aus insgesamt 11 Mitgliedern bestehen¹⁸.

Gem § 11 OGHG sind Begutachtungssenate zu bilden, welche auf Ersuchen des Bundesministers für Justiz oder des Präsidenten des obersten Gerichtshofes zu Gesetzes- oder Verordnungsentwürfen Gutachten abzugeben haben. Schließlich regelt § 9 OGHG die aus allen Mitgliedern des OGH zusammengesetzte Vollversammlung, welcher die Beschlussfassung über den Tätigkeitsbericht obliegt¹⁹.

Im Jahr 2004 wurden **von 713 Erkenntnissen** des OGH insgesamt **679 von einfachen Senaten und 34 von Dreiersenaten** gefasst. Ein **verstärkter Senat** wurde im Jahr 2004 in Strafsachen **nicht gebildet**²⁰.

Übersicht: Zusammensetzung der Senate bei den Entscheidungen in Strafsachen im Jahr 2004:

Gesamt	713
Einfacher Senat	679
Dreiersenat	34
Verstärkter Senat	0

¹⁶ Dazu unten S 181ff.

¹⁷ In Strafsachen ist die einzig praktisch relevante Zuständigkeit der Dreiersenate jene zur Entscheidung über Grundrechtsbeschwerden; siehe dazu unten S 7f.

¹⁸ Siehe dazu unten S 8ff.

¹⁹ Begutachtungssenate und Vollversammlung werden nicht in der Rechtsprechung tätig und sind somit nicht Gegenstand dieser Arbeit.

²⁰ Zu den Gründen dafür siehe unten S 245.

Im Jahr 2004 haben die Strafrechtssenate des OGH über folgende Eingaben entschieden:

	Senat				
	Senat 11 Anzahl	Senat 12 Anzahl	Senat 13 Anzahl	Senat 14 Anzahl	Senat 15 Anzahl
Nichtigkeitsbeschwerde	114	95	123	118	101
Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes	6	17	11	18	13
Grundrechtsbeschwerde	6	7	6	8	7
Unzulässige Eingabe	7	7	8	8	19
Beschwerde gg. Beschluss, mit dem die Auslieferung nicht für unzulässig erklärt wurde	1	1	1	0	0
außerordentliche Wiederaufnahme	1	0	0	0	2
Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens	0	0	1	0	1
Beschwerde gg Gebührenbeschluss	0	0	0	1	0
Entschädigungssache	1	0	0	1	1
Wiedereinsetzung	0	0	0	1	1
Gesamt:	135	127	150	155	145

a) Einfache Senate

Einfache Senate setzen sich zusammen aus dem **Senatspräsidenten und 4 weiteren Mitgliedern** und entscheiden immer dann, wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, dh wenn die betreffende Angelegenheit nicht nach § 7 OGHG den Dreiersenaten zugewiesen oder aufgrund eines Beschlusses gem. § 8 OGHG von einem verstärkten Senat entschieden wird.

Im untersuchten Zeitraum waren in Strafsachen folgende Senate tätig²¹ (Die Berichterstatter sind – wie auch im Kopf jeder Entscheidung des OGH – nach ihrem „Rang“, dem Dienstalster beim OGH, beginnend beim jeweils dienstältesten, gereiht):

11. Senat: Vorsitzender: *Senatspräsident des OGH Dr. Karl MAYRHOFER*; Berichterstatter: *Hofräte des OGH Dr. Josef EBNER, Dr. Michael DANEK, Dr. Michael SCHWAB, Dr. Rudolf LÄSSIG*

12. Senat: Vorsitzender: *Senatspräsident des OGH Dr. Robert SCHINDLER*; Berichterstatter: *Hofräte des OGH Dr. Günter HOLZWEBER, Dr. Thomas PHILIPP, Dr. Michael SCHWAB, Dr. Rudolf LÄSSIG*

13. Senat: Vorsitzender: *Vizepräsident des OGH Hon.Prof. Dr. Konrad BRUSTBAUER* Berichterstatter: *Hofräte des OGH Dr. Gunther ROUSCHAL, Hon.Prof. Dr. Eckart RATZ, Dr. Hans-Valentin SCHROLL, Dr. Kurt KIRCHBACHER*

14. Senat: Vorsitzender: *Senatspräsident des OGH Mag. Raimund STRIEDER*; Berichterstatter: *Hofräte des OGH Dr. Franz ZEHETNER, Hon.Prof. Dr. Eckart RATZ, Dr. Thomas PHILIPP, Hon.Prof. Dr. Hans-Valentin SCHROLL*

15. Senat: Vorsitzender: *Senatspräsident des OGH Dr. Ernst MARKEL* Berichterstatter: *Hofräte/Hofrätinnen des OGH Dr. Helge SCHMUCKER, Dr. Franz ZEHETNER, Dr. Michael DANEK, Dr. Kurt KIRCHBACHER*

²¹ Die dzt aktuelle Senatsbesetzung samt Geschäftsverteilung ist unter <http://www.ogh.gv.at/ogh/index.php?nav=9> abrufbar.

Die jeweiligen Senatspräsidenten werden somit jeweils ausschließlich in jenem Senat tätig, dem sie vorsitzen. Meist gehört darüber hinaus auch das – nach dem Senatspräsidenten – jeweils dienstälteste Senatmitglied nur einem, die übrigen Berichtserstatter hingegen durchwegs 2 Senaten an. Eine Rechtsgrundlage dafür bietet § 13 Abs 1 OGHG, wonach jedes Mitglied des OGH auch mehreren Senaten angehören kann.

Dass das abgesehen vom Senatspräsidenten jeweils dienstälteste Mitglied nur einem Senat angehört, könnte man als Privileg für lange Dienstzugehörigkeit beim OGH bezeichnen, welches seit Längerem üblich ist. Im Rahmen der Geschäftsverteilung wird dies freilich ausgeglichen. Jene Richter des OGH, die nur einem Senat angehören, bekommen im Rahmen des in der Geschäftsverteilung festgelegten Zuteilungsschlüssels²² entsprechend mehr Akten als Berichtserstatter zugeteilt. Insgesamt sind jene Senatsmitglieder, die nur einem Senat angehören, sogar häufiger als Berichtserstatter tätig als jene, die Mitglieder in zwei Senaten sind, in diesen beiden Senaten zusammen (etwa im Verhältnis 10:9), was einen Ausgleich dafür bieten soll, dass letztere, weil sie in zwei Senaten tätig sind, entsprechend mehr Gerichtstage zu verrichten haben und entsprechend mehr Akten als „einfache“ Senatsmitglieder im Umlaufverfahren erhalten.

In der Praxis wird ein ganz **überwiegender Teil der Erkenntnisse** des OGH von **einfachen Senaten gefasst**. Diese entscheiden in Strafsachen in der Praxis über alle Rechtsmittel mit Ausnahme der Grundrechtsbeschwerden.

b) Dreiersenate

Dreiersenate sind für die in § 7 OGHG taxativ aufgezählten Angelegenheiten zuständig. Die in der Praxis bedeutsamste Zuständigkeit der Dreiersenate in Strafsachen ist jene zur **Entscheidung über Grundrechtsbeschwerden** (§ 7 Abs 1 Z 8 OGHG).

Weiters sind Dreiersenate in Strafsachen zuständig für Delegierungssachen²³, für Verweisungen gem. § 334 Abs 2 StPO und für Stellungnahmen zu Gnadengesuchen nach § 509 Z 2 StPO sowie bis zum Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes auch für die Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts nach § 54 Abs 2 aF²⁴.

Nach § 7 Abs 1 Z 10 OGHG sind Dreiersenate ferner für die Behandlung von Entscheidungsanträgen zuständig, die in der Rechtsordnung nicht vorgesehen sind. Dies betrifft Eingaben von – meist unvertretenen – Parteien, die sich auf verschiedene Anliegen, oft in Zusammenhang mit anhängigen Verfahren beziehen und unterschiedliche, prozessrechtlich nicht vorgesehene Anträge, Beschwerden und andere Vorbringen enthalten²⁵. Erfasst sind aber nur jene Eingaben, die schon der Art nach prozessrechtlich

²² Siehe dazu unten S 12.

²³ Die Zuständigkeit für Delegierungsanträge wird ab 1.9.2011 iSd neu in Kraft tretenden § 39 Abs 1a erweitert (BGBl 2010/108).

²⁴ Nunmehr ist in Fällen, in denen die örtliche Zuständigkeit für das Hauptverfahren gemäß § 36 Abs 3 erster und zweiter Satz nicht bestimmt werden kann, jenes Gericht für die Hauptverhandlung zuständig, an dessen Sitz sich die Staatsanwaltschaft befindet, die die Anklage eingebracht hat (§ 36 Abs 3). Die zuständige Staatsanwaltschaft kann, wenn sich sonst keine örtlich zuständige Staatsanwaltschaft ergibt, gemäß § 25 Abs 4 von der Oberstaatsanwaltschaft bzw der Generalprokurator bestimmt werden. Die diesbezügliche Zuständigkeit des OGH ist hingegen weggefallen.

²⁵ Felzmann/Danzl/Hopf, OGHG, § 7 Anm 8.

nicht vorgesehen sind, nicht aber etwa Rechtsmittel gegen Entscheidungen, gegen die im konkreten Fall kein Rechtszug an den OGH vorgesehen ist, wie solche gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte als zweite Instanz²⁶ oder solche, bei denen dem Beschwerdeführer keine Rechtsmittellegitimation zukommt. Derartige Eingaben weist der OGH nicht in Dreiersenaten, sondern in einfachen Senaten zurück, was im Jahr 2004 49-mal der Fall war²⁷.

Insgesamt hat der OGH im Jahr 2004 **34-mal als Dreiersenat** entschieden, wobei es sich **durchwegs** um **Grundrechtsbeschwerden** handelte. Aufgeschlüsselt nach Senaten ergibt sich folgende Übersicht:

	Senat 11	Senat 12	Senat 13	Senat 14	Senat 15
Grundrechtsbeschwerden	6	7	6	8	7

Dreiersenate setzen sich zusammen aus dem Vorsitzenden – dem jeweiligen Senatspräsidenten – und zwei weiteren Mitgliedern des OGH, nämlich dem Berichterstatter und einem der weiteren Mitglieder seines Senats. Die genaue Zusammensetzung ergibt sich aus der Geschäftsverteilung.

Im Detail setzen sich solche Senate wie folgt zusammen: Entsprechend dem in der Geschäftsverteilung für alle Strafsachen festgelegten Aufteilungsschlüssel wird ein einlangender Akt unmittelbar dem dafür zuständigen Berichterstatter zugeteilt. Der Dreiersenat wird in der Folge gebildet aus dem Berichterstatter, dem Senatspräsidenten jenes Senats, als dessen Mitglied der Berichterstatter die Grundrechtsbeschwerde zugeteilt erhalten hat, sowie dem Berichterstatter in diesem Senat im Rang nachfolgenden (dh im Dienstalster am OGH jeweils nächstjüngeren) Senatsmitglied, bzw, sofern das (nach Dienstalster) jüngste Senatsmitglied Berichterstatter ist, aus diesem, dem Senatspräsidenten und dem ranghöchsten sonstigen Senatsmitglied.

c) Verstärkte Senate

Verstärkte Senate sollen die Einheit der Rechtsprechung sichern, also Rechtssicherheit gewährleisten. Sie bestehen – einschließlich des Vorsitzenden – aus insgesamt **11 Mitgliedern**, nämlich jenen eines einfachen Senats, verstärkt um sechs weitere Mitglieder des Obersten Gerichtshofs. Vorschriften darüber, wie ein verstärkter Senat im konkreten Fall zusammengesetzt ist, enthält die Geschäftsverteilung des OGH.

Danach ist der ursprünglich mit der Sache befasste einfache Senat um die 6 dienstältesten, in Strafsachen tätigen Mitglieder des Obersten Gerichtshofs (einschließlich der Senatspräsidenten) zu verstärken. Das bedeutet in der Praxis, dass jener Senat, der den Beschluss auf Verstärkung gefasst hat, um die Senatspräsidenten der anderen vier Senate

²⁶ Vgl etwa 15 Os 82/04; 15 Os 29/04; 14 Os 121/04; 14 Os 122/04; 14 Os 3/04; 13 Os 52/04; 12 Os 125/04; 11 Os 107/04.

²⁷ Siehe Übersichtstabelle oben S 6 unter „unzulässige Eingaben“.

sowie die beiden ranghöchsten (= dienstältesten) sonstigen OGH-Richter verstärkt wird. Den Vorsitz führt stets weiterhin der Präsident jenes Senats, der den Verstärkungsbeschluss gefällt hat. In diesem Fall wird daher selbst der eigentlich „ranghöhere“ Vizepräsident des OGH (sofern der Beschluss nicht vom Senat 13 gefasst wurde) als „einfaches“ Senatsmitglied tätig.

Die Besetzung mit den jeweils **dienstältesten OGH-Mitgliedern** kann freilich insofern nicht unproblematisch sein, als dadurch das Abgehen von einer ständigen, aber diskussionswürdigen Judikaturlinie erschwert wird: Verständlicher Weise wird nämlich ein bereits lange am OGH tätiger Richter weniger Bereitschaft zeigen, von einer von ihm selbst über viele Jahre geübten Rechtssprechung abzugehen, als dies uU bei dienstjüngeren Mitgliedern der Fall sein könnte. Dies könnte wiederum dazu führen, dass ein einfacher Senat, in dem sich eine Mehrheit für ein Abgehen von einer ständigen Rechtssprechung fände, von der Übertragung der Sache an einen verstärkten Senat – und somit vom Abgehen von der bisherigen Rechtssprechung – zurückschreckt, zumal überaus ungewiss wäre, ob sich auch im verstärkten Senat eine entsprechende Mehrheit finden würde und andernfalls die bisherige Judikatur nur weiter einzementiert würde. Die Regelung fördert somit einerseits die Rechtssicherheit, führt aber andererseits dazu, dass das Abgehen von einer ständigen, aber allenfalls korrekturbedürftigen Judikatur des Obersten Gerichtshofs erschwert wird.

Bsp²⁸: Beim Erzeugen von Suchtgift durch den Anbau suchtgifthaltiger Pflanzen (va Cannabispflanzen) war das in Betracht kommende Delikt (§ 28 Abs 2 erster Fall SMG aF bzw § 27 Abs 1 dritter Fall AMG aF) erst mit Eintritt der Erntereife vollendet²⁹. Dennoch nahm der OGH in ständiger Rechtsprechung an, dass die Versuchsstrafbarkeit bereits mit dem Anbau der Pflanze einsetze³⁰. Nach hM und stRsp zur Abgrenzung von Versuch und strafloser Vorbereitungshandlung liegt ein Versuch nur dann vor, wenn die Handlung in zeitlicher und örtlicher Hinsicht ausführungsnah ist und sie ex ante betrachtet nach dem Tatplan unmittelbar, dh ohne weitere Zwischenakte, in die Ausführungshandlung übergehen soll³¹. Abgesehen davon, dass vom Anbau der Pflanze bis zur Erntereife eine intensive Pflege und damit mehrere selbständige Zwischenakte erforderlich sind, dauert die Aufzucht von Cannabispflanzen mehrere Monate. Von einer der Ausführung unmittelbar vorangehenden Handlung kann daher beim Einsetzen einer Cannabispflanze schon in zeitlicher Hinsicht nicht die Rede sein. Mangels Ausführungsnahe sollte daher beim Einsetzen der Pflanze sowie während deren Aufzucht im Stadium der Reifung noch kein Versuch angenommen werden. Das Versuchsstadium kann vielmehr erst unmittelbar vor Einsetzen der Erntereife beginnen, sofern diese ohne weiteres Zutun des Täters eintritt³². Das Abgehen von dieser ständigen, aus den dargestellten Gründen aber zweifelhaften Judikaturlinie könnte jedoch nur durch einen verstärkten Senat erfolgen. Selbst wenn sich aber in einem einfachen Senat eine Mehrheit für das Abgehen von

²⁸ Mit der Änderung des SMG durch BGBl 110/2007 wurde die nachfolgend dargestellte Frage ausdrücklich gesetzlich geregelt, zumal in § 28 Abs 1 SMG diesbezüglich nunmehr ein eigenes Vorbereitungsdelikt geschaffen wurde. Das Bsp ist insofern mittlerweile überholt.

²⁹ 14 Os 142/04; 12 Os 141/97; 12 Os 49/05f uva.

³⁰ 12 Os 141/97; 15 Os 84/98; 12 Os 88/99; 14 Os 142/02; 14 Os 121/03; 12 Os 120/03; 12 Os 48/04; 14 Os 100/04; 14 Os 10/05k; 12 Os 49/05f uva.

³¹ *Kienapfel/Höpfel*, AT 1¹³, Z 21 Rz 19 ; *Fuchs*, AT 1⁷, 29. Kap III.

³² Für den Beginn der Versuchsstrafbarkeit erst mit Erreichen der Erntereife: Erlass vom 4. Jänner 1996 über die strafrechtliche Beurteilung des Anbaus von Pflanzen, aus denen Suchtgift gewonnen werden kann (JABI Nr 15/1996).

dieser Judikaturlinie fände, wäre es sehr unwahrscheinlich, dass auch im verstärkten Senat eine solche Mehrheit zustandekäme. Dies wiederum könnte die Mitglieder des zunächst zuständigen einfachen Senats dazu veranlassen, auf die Verstärkung des Senats zu verzichten und die bisherige Rechtsprechung beizubehalten.

Ein verstärkter Senat ist dann zu bilden, wenn der zunächst zuständige einfache Senat nach Erstattung des Berichts mit Beschluss ausspricht,

- dass die Entscheidung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof oder von einer in dieser Rechtsfrage zuletzt ergangenen Entscheidung eines verstärkten Senates des Gerichtshofes bedeuten würde oder
- wenn eine zu lösende Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht einheitlich beantwortet worden ist (§ 8 Abs 1 OGHG).

Einen Beschluss auf Entscheidung durch einen verstärkten Senat hat der mit der Rechtssache ursprünglich befasste einfache Senat in nichtöffentlicher Sitzung vor Durchführung eines allfälligen Gerichtstages zur öffentlichen Verhandlung zu fassen.

Die „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ ist zu unterscheiden von der Rechtsfrage „erheblicher Bedeutung“ iSd §§ 502 Abs 1, 528 Abs 1 ZPO, § 14 Abs 1 AußStrG. Letztere liegt bereits dann vor, wenn das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des OGH abweicht, diese fehlt oder uneinheitlich ist³³, erstere dagegen nur, wenn ihre Lösung von großer Bedeutung für die Rechtsordnung ist, insbesondere wenn sie für weite Teile der Bevölkerung von unmittelbarer rechtlicher oder wirtschaftlicher Bedeutung ist³⁴. Handelt es sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ist eine Verstärkung ausgeschlossen³⁵.

Vermutlich deshalb kam es auch zu 13 Os 100/04³⁶ nicht zur Bildung eines verstärkten Senates: Der Nichtigkeitswerber war im angefochtenen Urteil des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Satz erster Fall und Abs 4 Z 3 SMG idF BGBl I Nr. 112/1997³⁷ schuldig erkannt worden, weil er gewerbsmäßig Suchtgift in einer (zumindest) das fünfundzwanzigfache der Grenzmenge ausmachenden Menge in Verkehr gesetzt hatte. Er machte in seiner Mängelrüge (zu Recht) geltend, dass die zur Nichtannahme der Privilegierung nach § 28 Abs 3 zweiter Satz SMG führenden Feststellungen mangelhaft begründet seien. Der erkennende Senat gab der Nichtigkeitsbeschwerde statt und hielt dazu fest, dass in solchen Fällen bei Anwendbarkeit der Privilegierung des § 28 Abs 3 zweiter Satz das Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall und Abs 4 Z 3 SMG vorliege, andernfalls hingegen die Subsumtion nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Satz (erster Fall) und Abs 4 Z 3 SMG zu erfolgen habe. Bei gewerbsmäßigem Handeln sei daher die angesprochene Privilegierung zwar

³³ *Rechberger/Simotta*, ZPR, Rz 854; *Felzmann/Danzl/Hopf*, OGHG, § 8 Anm 5

³⁴ *Felzmann/Danzl/Hopf*, OGHG, § 8 Anm 5; *Fasching*, Zivilprozessrecht, Rz 1951; *Feldner*, S 77ff.

³⁵ *Felzmann/Danzl/Hopf*, OGHG, § 8 Anm 5.

³⁶ Vgl zu dieser Entscheidung RZ 2003, 172f.

³⁷ Da gegenständlicher Arbeit Entscheidungen aus dem Jahr 2004 zugrundeliegen, beziehen sich nachfolgend angeführte SMG-Bestimmungen jeweils auf die Fassung BGBl 112/1997.

nicht für den anzuwendenden Strafrahmen, aber doch für die Subsumtion maßgeblich³⁸. Die Mängelrüge spreche somit eine für die Subsumtion entscheidende Tatsache an, sodass „nach Ansicht des erkennenden Senates“ dazu getroffene Feststellungen aus Z 5 bekämpfbar seien. Demgegenüber wurde – worauf in der Entscheidung ausdrücklich hingewiesen wird – von anderen Senaten in vergleichbaren Fällen in den Erkenntnissen 12 Os 107/99, 15 Os 17/03 und 11 Os 46/04 die Ansicht vertreten, dass „die privilegierende Regelung für gewerbsmäßige Tatbegehung suchtmittelgewöhnter Täter nach dem klaren Wortlaut des § 28 Abs 3 zweiter Satz SMG aF auf eine allein im Absatz 2 leg cit bezeichnete und demnach nicht zusätzlich beschwerte Tat“ abstelle. Die Privilegierung könne daher beim Qualifikationstatbestand nach § 28 Abs 4 SMG aF nicht zum Tragen kommen, sodass im dargestellten Fall eine Anfechtung mit Nichtigkeitsbeschwerde nicht in Betracht komme, sondern vielmehr lediglich ein Berufungsgrund geltend gemacht werde. Somit liegt zur dargestellten Rechtsfrage keine einheitliche Rechtsprechung vor. Mit der Frage einer allfälligen Verstärkung hat sich der erkennende Senat im genannten Erkenntnis dennoch nicht befasst. Es ist daher anzunehmen, dass der OGH die dargestellte Rechtsfrage nicht als solche von „grundsätzlicher Bedeutung“ ansah.

Der Begriff der „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ ist freilich unbestimmt und deshalb auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art 18 B-VG) problematisch.

Entscheidungen in der Zusammensetzung des § 8 Abs 1 OGHG sind höchst selten. Im Jahr 2004 kam es zu keiner einzigen Entscheidung eines verstärkten Senats. Zuvor wurde ein verstärkter Senat (in Strafsachen) im Jahre 2003 zu 11 Os 95/02 gebildet. Zuletzt wurden im Jahr 2007 jedoch zwei Entscheidungen in verstärkten Senaten getroffen³⁹.

Im Erkenntnis 13 Os 153/03⁴⁰ hat sich der Senat 13 aber damit auseinandergesetzt, wieso die darin behandelte Rechtsfrage nicht einem verstärkten Senat vorbehalten ist: Dabei ging es um die Frage, ob die Vernehmung eines Polizeibeamten als Verhörsperson über den Bericht eines namentlich nicht bekannt gegebenen verdeckten Ermittlers zulässig ist oder als unzulässige Umgehung des Verlesungsverbot nach § 252 Abs 1 Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 begründet. Dabei sprach der OGH aus, dass die durch innerstaatliche Amtsverschwiegenheit bedingte Unmöglichkeit, das Erscheinen eines Zeugen zu bewerkstelligen, nicht als Verlesungsermächtigung nach § 252 Abs 1 Z 1 begriffen werden könne. Diese Rechtsfrage sei nicht einem verstärkten Senat vorbehalten, weil der OGH seit der (entscheidenden) Änderung des § 252 Abs 1 durch das StPÄG 1993 niemals einer Entscheidung über eine auf die Verletzung des § 252 Abs 1 Z 1 oder Abs 4 gestützte Verfahrensrüge (Z 3) die Ansicht zugrunde gelegt habe, dass auch innerstaatliche Amtsverschwiegenheit zur Zulässigkeit einer Verlesung nach § 252 Abs 1 Z 1 führe. Zwar habe er diese Frage einmal bejaht, jedoch dazu betont, dass die Verfahrensrüge bereits aus anderen Gründen unberechtigt gewesen sei⁴¹. Diese Entscheidung sei jedoch, ebenso wie eine weitere⁴², in der sich der OGH mit der angesprochenen Problematik deshalb nicht befasst habe, weil er die Angaben eines verdeckten Ermittlers unter die Beweismittel des § 252 Abs 2 gezählt habe, nicht in die amtliche veröffentlichte Entscheidungsdokumentation des OGH aufgenommen worden. Da die SSt 61 bis 63 für den Zeitraum von 1993 bis 2001 keine auf die angesprochene Rechtsfrage bezogene Aussage enthielten, könne von abweichenden ständigen Rechtsprechung iSd § 8 Abs 1 Z

³⁸ Siehe dazu unten S 92ff.

³⁹ 13 Os 1/07g; 12 Os 119/06a.

⁴⁰ Vgl zu dieser Entscheidung Köck, RZ 2004, 189; Hinterhofer, ÖJZ 2004/40; Kirchbacher/Schroll, RZ 2005, 170ff.

⁴¹ 14 Os 40/95.

⁴² 15 Os 181/98.

1 OGHG keine Rede sein. Weil auch kein Fall des § 8 Abs 1 Z 2 OGHG vorliege, sei die Entscheidung nicht dem verstärkten Senat vorbehalten.

Im Grundrechtsbeschwerdeverfahren haben Dreiersenate zu entscheiden, eine Entscheidung im einfachen Senat ist auch auf Wunsch eines Senatsmitglied nicht möglich. Kann aber schon ein einfacher Senat nicht eingesetzt werden, ist die Bildung eines verstärkten Senats nicht zulässig, weil § 8 OGHG auf eine Verstärkung des einfachen Senats abstellt⁴³. Somit konnte der OGH von seiner Rechtssprechung zur Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft iSd § 180 Abs 1 aF ohne Bildung eines verstärkten Senates abgehen. Diesbezüglich entschied der OGH noch zu 14 Os 30/94, dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die mögliche Anwendbarkeit der §§ 37, 43 und 43a StGB sowie einer bedingten Entlassung durch das erkennende Gericht nach § 265 zu berücksichtigen ist. Demgegenüber vertritt der OGH nunmehr in stRsp⁴⁴ die Auffassung, dass der Frage, ob eine Freiheitsstrafe bedingt nachgesehen wird und inwieweit die Voraussetzungen der bedingten Entlassung gegeben wären, für die Verhältnismäßigkeitsprüfung iSd § 180 Abs 1 letzter Satz aF keine Bedeutung zukommt⁴⁵.

3. Die Geschäftsverteilung

Die **Geschäftsverteilung** des OGH wird **vom Personalsenat** des Gerichtshofs jeweils für das nächste Jahr **festgelegt**. Der Personalsenat hat auch die Strafsenate zu bilden, die Vorsitzenden und deren Stellvertreter, die übrigen Mitglieder, die Ersatzmitglieder und die Berichterstatter zu bestimmen und die Reihenfolge festzulegen, in der die Stellvertreter, die Ersatzmitglieder und die Berichterstatter herangezogen werden (§ 13 Abs 1 OGHG). Dabei ist auf eine gleichmäßige Auslastung der Senate und Senatsmitglieder Bedacht zu nehmen.

Wie bereits oben erwähnt, gehören die meisten Berichterstatter jeweils 2 Senaten an (vgl § 13 Abs 1 4. Satz OGHG). Nur die (abgesehen von den Senatspräsidenten) jeweils ranghöchsten Senatsmitglieder sind nur Mitglied eines Senates. Die damit verbundene Ungleichbelastung wird im Rahmen der Geschäftsverteilung ausgeglichen.

Nach der Geschäftsverteilung des OGH ergibt sich die Zuständigkeit nicht etwa – wie bei vielen anderen Gerichten – aus einer Buchstabenverteilung, sondern aus einem detailliert festgelegten, vom Zeitpunkt des Einlangens des Aktes abhängigen Aufteilungsschlüssel. Die Akten werden in der Reihenfolge ihres Einlangens beim OGH bzw, sofern mehrere Akten am gleichen Tag einlangen, nach dem Zeitpunkt ihrer Anhängigkeit beim Erstgericht, unmittelbar dem nächsten Berichterstatter, der nach dem Aufteilungsschlüssel in der Geschäftsverteilung zuständig ist, zugeteilt.

Die Aufteilung der Akten erfolgt dergestalt, dass der erste einlangende Akt dem ranghöchsten Senatsmitglied (abgesehen natürlich vom Senatspräsidenten, der niemals als Berichterstatter tätig ist) des Senats 11 zugewiesen wird, der zweite dem ranghöchsten (dienstältesten) Mitglied des Senats 12 usw. Der sechste Akt wird wiederum dem zweitältesten Mitglied des Senats 11 zugeteilt usw. Weil jene OGH-Richter, die nur einem

⁴³ *Reiter*, ÖJZ 2004/34; aA *Tipold*, RZ 1993, 235.

⁴⁴ Vgl dazu etwa 15 Os 34/04; 12 Os 39/04; 11 Os 2/04 = EvBl 2004/114; 15 Os 160/02; 12 Os 98/04; 15 Os 117/04; 14 Os 139/04; anders noch 14 Os 30/94.

⁴⁵ Dazu noch unten S 208f

Senat angehören, zum Ausgleich öfter als Berichterstatter tätig sind, erhalten sie in diesem einen Senat nach dem in der Geschäftsverteilung im Vorhinein festgelegten Aufteilungsschlüssel etwas mehr als doppelt so viele Akten zugeteilt wie jene, die zwei Senaten angehören.

Ein einlangender Akt wird somit direkt einem schon unmittelbar aufgrund der Geschäftsverteilung zuständigen Senatsmitglied zugeteilt und nicht, wie bei anderen Instanzgerichten, zunächst nur einem Senat zugewiesen, dessen Präsident bzw Vorsitzender die Akten dann an die Berichterstatter verteilt.

Dabei sind in der Geschäftsverteilung zwei von einander unabhängige Aufteilungsschlüssel festgelegt, und zwar einer für Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes und einer für alle anderen Erledigungen in Strafsachen.

4. Zugänglichkeit von Entscheidungen

In der Vergangenheit wurden Entscheidungen des OGH von allgemeiner Bedeutung in einer jährlich herausgegebenen Sammlung (für Strafsachen: die Sammlung Strafsachen) veröffentlicht⁴⁶. Diese Praxis wurde in der Stammfassung des OGHG (BGBl.Nr. 328/1968) in § 15 OGHG festgeschrieben.

Im Jahr 1993 wurde — zunächst noch ohne besonderen gesetzlichen Auftrag — mit der Einrichtung einer elektronischen Datenbank begonnen, in die alle Rechtssätze der bis zu diesem Zeitpunkt geführten Handkartei aufgenommen wurden. Seit der Neufassung durch die Nov BGBl 2001/95 sind gem. § 15 Abs 1 OGHG zwingend alle Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, die sich nicht in einer begründungslosen Zurückweisung eines Rechtsmittels erschöpfen, in eine vom BMJ eingerichtete allgemein zugängliche Datenbank, die **Entscheidungsdocumentation Justiz (RIS)**, aufzunehmen, welche im Internet bereitgestellt wird⁴⁷. In der Praxis werden **Volltexte und Rechtssätze** dokumentiert.

Vor Aufnahme in die Entscheidungsdocumentation sind die **Entscheidungen zu anonymisieren** (§ 15 Abs 4 OGHG). Lediglich in jenen Fällen, in denen das Verfahren in allen Instanzen ohne Durchführung einer öffentlichen Verhandlung zu führen war, kann der erkennende Senat anordnen, dass die Entscheidung in der Datenbank nicht zu veröffentlichen ist, wenn sonst die Anonymität der Betroffenen nicht sichergestellt ist (§ 15 Abs 2 OGHG). Dies betrifft jene Fälle, in denen die betroffenen Personen schon aufgrund der Sachverhaltsgestaltung leicht erkennbar wären. Auch in solchen Fällen können allerdings Rechtssätze als abstrakte, vom Fall gelöste rechtliche Aussagen veröffentlicht werden⁴⁸.

Diese Ausnahme von der verpflichtenden Veröffentlichung der OGH-Entscheidungen hat jedoch in Strafsachen keine Bedeutung.

⁴⁶ Felzmann/Danzl/Hopf, OGHG, § 15 Anm 1.

⁴⁷ [Http://www.ris.bka.gv.at/jus/](http://www.ris.bka.gv.at/jus/).

⁴⁸ Felzmann/Danzl/Hopf, OGHG, § 15 Anm 5.

Die in der Entscheidungsdokumentation Justiz veröffentlichten Volltextentscheidungen bilden auch die Grundlage für die vorliegende Arbeit. Berücksichtigt wurden alle Entscheidungen mit dem Entscheidungsdatum 1.1.2004 bis 31.12.2004.

B. Die Generalprokuratur

Die **Generalprokuratur** ist gem § 2 StAG eine **staatsanwaltliche Behörde**, die nach dem monokratischen System aufgebaut ist. Sie untersteht einem Leiter⁴⁹, der die Behörde nach außen hin vertritt, die Tätigkeit der ihm unterstehenden Organe, der Generalanwälte, beaufsichtigt und diesen gegenüber ein Weisungsrecht besitzt (§ 2 Abs 2 StAG).

Derzeit besteht die Generalprokuratur aus dem Leiter der Generalprokuratur, drei ersten Generalanwälten, die als Stellvertreter des Leiters und als Gruppenleiter tätig sind, sowie weiteren zehn Generalanwälten/innen⁵⁰.

Die Generalprokuratur untersteht unmittelbar dem BMJ (§ 2 Abs 1 StAG). Den Oberstaatsanwaltschaften, die ebenfalls unmittelbar dem BMJ unterstehen, ist die Generalprokuratur gleichgeordnet, es besteht kein wechselseitiges Weisungs- oder Aufsichtsrecht. Somit besteht auch **kein Weisungs- und Aufsichtsrecht der Generalprokuratur gegenüber den Oberstaatsanwaltschaften** unterstehenden Staatsanwaltschaften.

Obwohl es sich bei der Generalprokuratur also um eine staatsanwaltliche Behörde handelt, ist sie nach stRsp **nicht Träger der Anklage** und – von ihrer Funktion her – nicht Gegner des Angeklagten, sondern eine **Prozesspartei sui generis**⁵¹. Im Strafverfahren vor dem OGH kommt ihr die Stellung eines das Gericht unterstützenden Organs zu. Sie ist also nicht Prozesspartei im engeren Sinn der StPO, sodass ihr auch keine Dispositionsbefugnis über die Nichtigkeitsbeschwerde zukommt⁵². Mangels Weisungsrechts kann die Generalprokuratur eine von der Staatsanwaltschaft ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde, die sie für unbegründet hält, nicht selbst zurückziehen bzw der Staatsanwaltschaft mittels Weisung die Zurückziehung der Nichtigkeitsbeschwerde auftragen.

Früher hat die Generalprokuratur, wenn sie der Meinung war, dass einer Nichtigkeitsbeschwerde, die von einer Staatsanwaltschaft erhoben wurde, nicht Folge zu geben ist, diese (mangels Weisungsbefugnis) dazu „eingeladen“, das Rechtsmittel zurückzuziehen. Weil die Staatsanwaltschaften dieser „Einladung“ idR nachkamen, kam es kaum zu Entscheidungen des OGH über solche Rechtsmittel. Dies ist heute nicht mehr üblich, sodass der

⁴⁹ Diesen bezeichnete das Gesetz bis zum 31.12.2007 als „Generalprokurator“. Mit BGBI I 2007/96 wurde dieser Amtstitel abgeschafft.

⁵⁰ Stand: 1. Jänner 2011; Quelle: <http://www.ogh.gv.at/gp/index.php?nav=14>.

⁵¹ F/F, § 33 Rz 2; *Strasser*, ÖJZ 1999, 884; *Mayerhofer/Hollaender*, StPO, § 33 Rz 1; *Schroll* in WK-StPO, § 33 Rz 2ff; aM *Wegscheider/Plöckinger*, ÖJZ 1999, 877.

⁵² SS 58/50, 9 Os 150/79; 11 Ns 16/89.

OGH regelmäßig über jene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft erkennen muss, die bereits die Generalprokuratur für unbegründet hält⁵³.

Die Generalanwaltschaft ist einerseits für die Erhebung von Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes (§ 23) sowie für die Antragstellung auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens (§ 362) und Erneuerung des Strafverfahrens (§ 363a) zuständig. Bei Nichtigkeitsbeschwerden und bei Grundrechtsbeschwerden kam der Generalprokuratur bisher ein Anhörungsrecht zu, ferner nahm sie an allen öffentlichen Verhandlungen des OGH teil (§ 33 Abs 1 StPO aF).

Ohne die Funktion der Generalprokuratur inhaltlich zu verändern, stellt die StPO in der Fassung des Strafprozessreformgesetzes in § 22 nunmehr klar, dass die Generalprokuratur an allen Strafverfahren des Obersten Gerichtshofs mitwirkt und dabei nicht als Anklagebehörde einschreitet, sondern die Interessen des Staates vertritt.

Die Form der Anhörung der Generalprokuratur ist nicht ausdrücklich geregelt⁵⁴, jedoch werden dem Generalprokurator in der Praxis alle Nichtigkeitsbeschwerden und sonstigen Rechtsmittel zur Stellungnahme übermittelt.

Dies läuft in der Praxis wie folgt ab: Nach Einlangen des Aktes beim OGH erhält diesen der nach der Geschäftsordnung zuständige Berichterstatter. Er sieht den Akt zunächst durch, manche Berichterstatter arbeiten bereits zu diesem Zeitpunkt ihre Stellungnahme (die so aufgebaut ist, dass sie der Entscheidung unmittelbar zugrunde gelegt werden kann) aus. Anschließend wird der Akt an die Generalprokuratur weitergeleitet. Nur besonders umfangreiche Akten werden – zur Vermeidung von Verzögerungen – sofort auch der Generalprokuratur übermittelt, sodass OGH und Generalprokuratur „parallel“ an solchen Akten arbeiten.

In der Geschäftsverteilung der Generalprokuratur ist, wie beim OGH, ebenfalls ein fester, vom Zeitpunkt des Einlangens abhängiger Aufteilungsschlüssel für die Zuteilung eines Aktes an die einzelnen Generalanwälte festgelegt, der sich aber freilich mit jenem beim OGH nicht deckt, sodass jeder Generalanwalt irgendwann auf jeden Senat und jeden Berichterstatter des OGH trifft. Entsprechend diesem Aufteilungsschlüssel wird der Akt nach seinem Einlangen bei der Generalprokuratur dem zuständigen Generalanwalt zugewiesen. Allerdings hat, anders als beim OGH, der Generalprokurator das Recht, einzelne Angelegenheiten an sich zu ziehen oder einem anderen als dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Generalanwalt zuzuteilen (§ 2 Abs 2; § 30 StAG).

Der solcherart zuständige Generalanwalt arbeitet in der Folge jedenfalls eine Stellungnahme der Generalprokuratur aus. Allerdings wird diese dem OGH nicht immer zur Kenntnis gebracht, dient also manchmal nur dem internen Gebrauch. Wenn die Generalprokuratur von einer Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung (§§ 285d bzw 285e) ausgeht, wird zwar (intern) eine Stellungnahme ausgearbeitet, dem OGH wird hingegen idR

⁵³ Vgl 11 Os 21/04; 12 Os 47/04; 13 Os 125/03; 13 Os 75/04; 14 Os 19/04; 14 Os 46/04; 14 Os 69/04; 15 Os 51/04; 15 Os 176/03; 15 Os 123/04.

⁵⁴ F/F, § 285c Rz 2.

bloß die Erklärung übermittelt, dass sich die Sache nach Ansicht der Generalprokuratur zu einer Zurückweisung oder Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung eignet. Dies gilt jedoch nicht für Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft, bei denen die Generalprokuratur dem OGH stets, also auch wenn sie von einer Zurückweisung bereits in nichtöffentlicher Sitzung ausgeht, eine ausführliche Stellungnahme übermittelt.

Geht der Generalprokurator hingegen von einer Erledigung im Gerichtstag aus, erstattet er eine ausführliche Stellungnahme, das sog „croquis“, das so ausführlich formuliert wird, dass es unmittelbar Grundlage der Entscheidung des OGH sein kann⁵⁵.

Die Stellungnahme der Generalprokuratur wird, sofern diese nicht bloß zugunsten des Beschuldigten Stellung genommen hat oder der OGH dem Rechtsmittel des Beschuldigten stattgeben will, dem Verteidiger zur Stellungnahme übermittelt (§ 24 StPO), welcher zu den Argumenten der Generalprokuratur Stellung nehmen, jedoch kein neues Vorbringen erstatten kann⁵⁶. Neue, nicht auf den Inhalt des croquis abstellende Argumente sind hingegen unzulässig⁵⁷.

Wenig überraschend ist der Grad an **Übereinstimmung zwischen OGH und Generalprokuratur** in der Praxis speziell bei Nichtigkeitsbeschwerden **sehr hoch**⁵⁸. Demgegenüber kommt es bei Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes zwar ebenfalls selten, aber immerhin öfter als bei „gewöhnlichen“ Nichtigkeitsbeschwerden vor, dass sich der OGH der Ansicht der Generalprokuratur nicht anschließt, weil letztere gerade im Wege der Wahrungsbeschwerde besonders strittige Rechtsfragen an OGH heranträgt⁵⁹.

⁵⁵ Ratz in WK-StPO, § 285c Rz 1.

⁵⁶ Vgl dazu noch unten S 26ff.

⁵⁷ Vgl 13 Os 178/03; siehe dazu auch noch unten S 44ff.

⁵⁸ Vgl aber 15 Os 75/04, wo der OGH die von der Staatsanwaltschaft ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde entgegen der Stellungnahme der Generalprokuratur bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückwies.

⁵⁹ Vgl 14 Os 49/04; 14 Os 80/04.

III. Die Nichtigkeitsbeschwerde

A. Allgemeines

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist das zentrale Rechtsmittel gegen Urteile der Schöffen- und Geschworenengerichte. Sie ermöglicht den Parteien, die Gesetzmäßigkeit des Urteils und des Verfahrens überprüfen zu lassen und bestimmte Verfahrensfehler sowie Fehler im Urteil geltend zu machen. Darüber hinaus können nach § 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a die Beweiswürdigung sowie Verletzungen der materiellen Wahrheitsermittlung – allerdings in äußerst beschränktem Ausmaß⁶⁰ – angefochten werden.

Von den insgesamt 713 im Jahr 2004 gefällten Erkenntnissen des OGH in Strafsachen sind **551** aufgrund von **Nichtigkeitsbeschwerden** ergangen (77,3%). Die Nichtigkeitsbeschwerde ist somit das mit Abstand häufigste Rechtsmittel an den OGH in Strafsachen. Ihr ist deshalb auch ein Großteil dieser Arbeit gewidmet.

	Erkenntnisse
Gesamt:	713
Davon Nichtigkeitsbeschwerden:	551
Nichtigkeitsbeschwerden in Prozent:	77,3%

Neben der Nichtigkeitsbeschwerde steht gegen kollegialgerichtliche Urteile das Rechtsmittel der Berufung zur Verfügung, mit dem der Ausspruch über die Strafe und über die privatrechtlichen Ansprüche angefochten werden kann. Sie betrifft das vom Erstgericht im Sanktionsbereich geübte Ermessen. Über die Strafberufung entscheidet grundsätzlich das OLG (§ 294). Wurde jedoch mit einer Nichtigkeitsbeschwerde eine Strafberufung verbunden, so entscheidet der OGH auch über die Strafberufung, sofern er die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bereits gem. § 285i in nichtöffentlicher Sitzung zurückweist. Dies ist in der Praxis freilich die Regel: Im Jahr 2004 wurden von 551 Nichtigkeitsbeschwerden **400 in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen**⁶¹.

In der Praxis wird, wenn Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wird, fast immer auch Strafberufung erhoben. Im Jahr 2004 wurde bei **522 von 529** (98,7%) vom Angeklagten ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerden gleichzeitig **auch Strafberufung** eingebracht. Seitens der Staatsanwaltschaft wird hingegen nur selten eine Berufung mit der Nichtigkeitsbeschwerde verbunden, zumal sich letztere meist gegen Freisprüche richten.

⁶⁰ Siehe dazu unten S 108ff.

⁶¹ Vgl dazu die Tabelle unten S 31.

Beschwerdeführer:	Nichtigkeitsbeschwerde	Davon mit Berufung verbunden (Prozent)
Angeklagter	529	522 (98,7%)
Staatsanwalt zum Nachteil des Angeklagten	30	2 (6,7%)
Finanzbehörde	1	1 (100%)

Im Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde gilt Neuerungsverbot, der OGH entscheidet auf Basis der Feststellungen der ersten Instanz. Es können weder neue Tatsachen vorgebracht noch neue Beweise durchgeführt werden. Der OGH kann aber aus den Akten prozessuale Tatsachen feststellen, die aus den Akten feststellbar sind, vom Erstgericht aber nicht festgestellt wurden, beispielsweise etwa den Tatzeitpunkt präzisieren, was für die Frage der Verjährung ausschlaggebend sein kann⁶².

B. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Vorprüfung durch das Erstgericht

1. Rechtsmittellegitimation

Zugunsten des Angeklagten kann die Nichtigkeitsbeschwerde gem § 282 Abs 1 sowohl von diesem selbst als auch von seinem Ehegatten, seinen Verwandten in auf- und absteigender Linie⁶³, seinem gesetzlichen Vertreter sowie vom Staatsanwalt ergriffen werden.

Zum Nachteil des Angeklagten konnte die Nichtigkeitsbeschwerde bis zum Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes nur vom Staatsanwalt und vom Privatankläger erhoben werden (§ 282 Abs 2 aF). Seit 1.1.2008 kann der Privatbeteiligte gemäß § 282 Abs 2 unter bestimmten Voraussetzungen Nichtigkeitsbeschwerde, allerdings nur aus dem Grund des § 281 Abs 1 Z 4, ergreifen.

Ferner kann im Finanzstrafverfahren auch die Finanzstrafbehörde in ihrer Stellung als Privatbeteiligter gerichtliche Entscheidungen im gleichen Umfang wie die Staatsanwaltschaft bekämpfen und ist somit auch zur Ergreifung einer Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert (§ 200 Abs 2 lit a) FinStrG)⁶⁴. Im untersuchten Zeitraum wurde allerdings von der **Finanzstrafbehörde nur eine einzige** Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH ergriffen⁶⁵.

Diese von der Finanzstrafbehörde gegen einen Freispruch vom Vorwurf gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs 2 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wurde allerdings vom OGH wegen Versäumung der Frist zur Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde als verspätet

⁶² Seiler, Rz 1028; EvBl 1976/86; F/F, § 281 Rz 2, § 288 Rz 2.

⁶³ Vgl etwa 12 Os 89/04.

⁶⁴ Vgl Leitner, Finanzstrafrecht, S 448f.

⁶⁵ 14 Os 94/04.

zurückgewiesen. Richtigerweise wäre sie dem OGH gar nicht vorzulegen, sondern gem § 285a Z 2 bereits vom Erstgericht zurückzuweisen gewesen.

Im Gegensatz zum Privatankläger ist die Staatsanwaltschaft auch befugt, Rechtsmittel zugunsten des Beschuldigten zu ergreifen. Auch wenn diese zur Objektivität verpflichtet ist, verwundert aufgrund ihrer Stellung als Anklagebehörde nicht, dass von ihr zugunsten des Beschuldigten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerden die Ausnahme darstellen. Im Jahr 2004 wurden von insgesamt **30** von der **Staatsanwaltschaft** erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden lediglich zwei⁶⁶ zugunsten des Beschuldigten ergriffen.

Die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde setzt eine Beschwer des Beschwerdeführers, also eine Beeinträchtigung seiner Rechte, voraus⁶⁷. Im Falle eines Freispruchs kann daher zugunsten des Angeklagten keine Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden. Der Beschuldigte hat somit, wenn er etwa nur wegen Verjährung der Tat oder im Zweifel freigesprochen wurde, kein Recht darauf, dass seine Unschuld als erwiesen angenommen wird⁶⁸. Nicht bekämpfbar sind deshalb auch sog. „überschießende Feststellungen“, also jene, die für den Schuldspruch nicht entscheidend sind⁶⁹. Der OGH weist daher häufig Nichtigkeitsbeschwerden mit der Begründung zurück, der behauptete Fehler des Erstgerichts sei für die rechtliche Subsumtion nicht von Bedeutung.

Dies ergibt sich daraus, dass der Beschuldigte durch überschießende Feststellungen nicht beschwert sein kann, weil sie gerade nicht für den Schuldspruch entscheidend sind. Die Aufnahme überschießender Feststellungen ins Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 1) kann für den Beschuldigten sogar von Vorteil sein, weil angesichts des Doppelbestrafungsverbot es eine Verurteilung wegen dadurch allenfalls verwirklichter weiterer Delikte nicht mehr möglich ist⁷⁰. Auch für einen allenfalls nachfolgenden Zivilprozess stellen überschießende Feststellungen keine Beschwer dar, weil sich die Bindungswirkung nur auf die den Schuldspruch notwendigerweise begründenden Tatsachen⁷¹ und somit nicht auf überschießende Feststellungen erstreckt.

In der Praxis wird ein ganz überwiegender Teil der Nichtigkeitsbeschwerden vom Angeklagten erhoben. Im Detail wurden im Jahre 2004 wurden **529 vom Angeklagten und 30 (davon 2 zugunsten des Angeklagten) von der Staatsanwaltschaft** ergriffen.

Dass von der Staatsanwaltschaft so auffallend weniger Nichtigkeitsbeschwerden ergriffen werden als vom Angeklagten selbst, lässt sich wohl auch damit erklären, dass die Anklagebehörde nur dann ein Rechtsmittel erheben wird, wenn sie dies für rechtlich zielführend und erfolgsversprechend hält, während der Verteidiger des Angeklagten über dessen Drängen vielfach gezwungen ist, auch aussichtslose Nichtigkeitsbeschwerden einzubringen. Darin liegt wohl auch einer der Gründe dafür, dass statistisch gesehen die „Erfolgsquote“ von Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft – trotz der teilweise höheren gesetzlichen Anforderungen an

⁶⁶ Vgl 13 Os 79/04; 14 Os 126/04.

⁶⁷ Die Beschwer muss allerdings in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angeführt werden; vgl *Ratz* in WK-StPO, § 282 Rz 11.

⁶⁸ SSSt 8/116; F/F, § 282 Rz 1; krit *Seiler*, Rz 878.

⁶⁹ *Ratz* in WK-StPO, § 282 Rz 14.

⁷⁰ *Ratz* in WK-StPO, § 282 Rz 14.

⁷¹ *Rechberger/Simotta*, ZPR, Rz 715; 9 ObA 147/99d; *Burgstaller*, RdA 2000/53; ARD 5042/13/99.

staatsanwaltschaftliche Nichtigkeitsbeschwerden (vgl. § 281 Abs 3 zweiter Satz) – höher ist als jene der von Angeklagten ergriffenen⁷².

2. Anmeldung und Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde

a) Anmeldung

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ein devolutes Rechtsmittel. Sie ist beim Erstgericht einzubringen, welches den Akt, sofern es die Nichtigkeitsbeschwerde nicht gem. § 285a selbst zurückzuweisen hat, dem Obersten Gerichtshof vorlegt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist innerhalb von drei Tagen ab Verkündung des Urteils beim Erstgericht anzumelden. Die Anmeldung kann unmittelbar nach Urteilsverkündung im Rahmen der Verhandlung erfolgen oder schriftlich eingebracht werden, wobei diesfalls – wie allgemein bei prozessualen Fristen – Postaufgabe innerhalb der Frist ausreichend ist⁷³.

Früher konnte die Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde auch außerhalb von Verhandlungen mündlich zu Protokoll erklärt werden. Diese Möglichkeit wurde durch die Änderung des § 84 Abs 2 mit BGBl I 2010/111 beseitigt.

Zulässig ist auch die gesonderte Anmeldung von Nichtigkeitsbeschwerde, Berufung und Beschwerde gegen eine Entscheidung nach § 494a innerhalb der dreitägigen Frist. Es gilt daher bei der Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde – anders als bei deren Ausführung – nicht der Grundsatz der Einmaligkeit⁷⁴. Auch kann aus der Anmeldung eines Rechtsmittels, etwa der Berufung, nicht auf den Verzicht auf ein anderes Rechtsmittel, im Beispiel also die Nichtigkeitsbeschwerde, geschlossen werden⁷⁵.

Hingegen ist im Beisein und nach Rücksprache mit dem Verteidiger (§ 57 Abs 1) abgegebener Rechtsmittelverzicht unwiderruflich. Ein dennoch eingebrachtes Rechtsmittel ist bereits vom Erstgericht zurückzuweisen (§ 285a Z 1). Wird die Nichtigkeitsbeschwerde entgegen § 285a Z 1 vom Erstgericht dem OGH vorgelegt, so weist dieser sie gem. § 285d Abs 1 Z 1 sofort in nichtöffentlicher Sitzung zurück. Dabei weist er idR darauf hin, dass das Rechtsmittel bereits vom Erstgericht hätte zurückgewiesen werden müssen⁷⁶.

b) Ausführung

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist binnen 4 Wochen ab Zustellung der schriftlichen Urteilsausfertigung beim Erstgericht einzubringen (§ 285 Abs 1). Die Ausführung ist schriftlich

⁷² Siehe dazu unten S 176.

⁷³ Mayerhofer/Hollaender, StPO, § 284 Rz 13.

⁷⁴ Dazu sogleich unten S 21.

⁷⁵ Ratz in WK-StPO, § 284 Rz 8; F/F, § 284 Rz 3.

⁷⁶ ZB 14 Os 84/04.

in zweifacher Ausfertigung zu überreichen und kann nicht zu Protokoll erklärt werden⁷⁷. Sie muss – von Rechtsmitteln der Staatsanwaltschaft abgesehen – von einem Verteidiger unterschrieben sein (§ 285a Z 3).

Da es sich um eine prozessuale Frist handelt, ist Postaufgabe innerhalb der vierwöchigen Frist ausreichend (§ 84 Abs 1). Dies betrifft freilich nur die Übermittlung der Rechtsmittelschrift im Postweg. Wurde hingegen etwa die Rechtsmittelausführung der Staatsanwaltschaft im Dienstweg dem Erstgericht übermittelt, ist der Zeitpunkt des Einlangens entscheidend. Langt die Ausführung in diesem Fall erst nach Ablauf der Frist ein, ist auf sie keine Rücksicht zu nehmen und die Nichtigkeitsbeschwerde – sofern nicht bereits bei der Anmeldung ein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wurde – gem § 285a Abs 1 Z 2 grundsätzlich bereits vom Erstgericht zurückzuweisen⁷⁸.

Im untersuchten Zeitraum wurden dem OGH jedoch auch einige unzulässige Nichtigkeitsbeschwerden vorgelegt, welche richtigerweise vom Erstgericht selbst zurückzuweisen gewesen wären⁷⁹.

Das Gesetz lässt ausdrücklich **nur eine Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde** zu⁸⁰ (§ 285 Abs 1). Dies gilt selbst dann, wenn die Ausführung vor der Urteilszustellung erfolgt ist. Werden mehrere Ausführungen – auch von verschiedenen Verteidigern – eingebracht, nimmt der OGH ausschließlich auf die zuerst eingelangte Rücksicht, die Übrigen werden nicht zurückgewiesen, sondern sind schlicht unbeachtlich, auch wenn sie innerhalb der Ausführungsfrist eingebracht wurden⁸¹.

Dies scheint allerdings fraglich: Auch im Zivilprozess gilt nach stRsp⁸² der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels. Dennoch werden im Zivilverfahren Rechtsmittelausführungen, die gegen den Grundsatz der Einmaligkeit verstoßen, ausdrücklich zurückgewiesen⁸³ und gelten nicht als unbeachtlich. Ein Grund für diese Differenzierung scheint nicht ersichtlich⁸⁴.

Auch in den Äußerungen zur Stellungnahme des Generalprokurators (§ 24 Abs 1⁸⁵) kann ein in der Rechtsmittelschrift unterlassenes Vorbringen nicht nachgeholt werden, zumal damit nur die Gelegenheit zur Erwidern der Argumentation der Generalprokuratur gegeben

⁷⁷ In Gegensatz zur Ausführung konnte die Anmeldung der Nichtigkeitsbeschwerde bis zum 31.12.2010 auch außerhalb der Verhandlung mündlich zu Protokoll erklärt werden. Diese Möglichkeit wurde mit BGBl I 2010/111 beseitigt (§ 84).

⁷⁸ Vgl 15 Os 6/04, wo eine solcherart verspätete Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft vom Erstgericht rechtsirrig vorgelegt wurde.

⁷⁹ Siehe dazu noch unten S 24f.

⁸⁰ SSt 59/17; Ratz in WK-StPO, § 285 Rz 6; F/F, § 285 Rz 1.

⁸¹ Ratz in WK-StPO, § 285 Rz 7.

⁸² EvBl 1989/93; RdW 1987, 54; AnwBl 1987, 296; krit Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, Rz 990.

⁸³ 7 Ob 2086/96g; 10 Ob 2021/96b uva.

⁸⁴ Für die Zurückweisung von gegen den Grundsatz der Einmaligkeit verstoßenden Rechtsmittelausführungen: Steininger, Nichtigkeitsgründe, Erstes Kapitel, Rz 31

⁸⁵ Vor dem 1.1.2008: § 35 Abs 2.

werden soll. Neue, nicht auf den Inhalt des Croquis abstellende Argumente sind hingegen unbeachtlich⁸⁶.

Weil das Gesetz nur eine Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde kenne, hat der OGH das Vorbringen einer Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, das bloß das Vorbringen der (zugunsten des Beschuldigten erhobenen) Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft zu ihrem eigenen erhob, für unbeachtlich erklärt⁸⁷. Wieso dies gerade aus der Einmaligkeit der Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde folgen soll, scheint jedoch zweifelhaft.

Die **Einmaligkeit der Ausführung** der Nichtigkeitsbeschwerde wird vom OGH **streng** ausgelegt und gilt demnach auch dann, wenn zunächst vom Beschuldigten selbst eine Rechtsmittelausführung ohne Verteidigerunterschrift eingebracht wurde. Eine solche Eingabe ist vom Erstgericht zur Verbesserung binnen 14 Tagen zurückzustellen, wobei sich die Verbesserung auf die Behebung just des Mangels des Fehlens der Verteidigerunterschrift beschränkt⁸⁸. Das bedeutet, dass der Verteidiger – auch innerhalb der ursprünglichen Rechtsmittelfrist – nur der zunächst vom Beschuldigten eingebrachten Ausführung seine Unterschrift beifügen, diese aber (abgesehen von Veränderungen nicht rechtserheblichen Inhalts, etwa der Korrektur von Rechtschreib- und Grammatikfehlern) nicht ändern oder ergänzen darf. Bringt er dennoch eine neue bzw unzulässig veränderte Rechtsmittelschrift ein, nimmt der OGH auf diese keine Rücksicht. Ebenso unbeachtlich ist diesfalls die ursprünglich vom Beschuldigten eingebrachte Ausführung, da bei dieser der Mangel der fehlenden Verteidigerunterschrift ja nicht saniert wurde. Wurde – wie das in der Praxis iAR der Fall ist – auch bei der Anmeldung kein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet, ist deshalb die Beschwerde gem. § 285a Abs 1 Z 2 bereits vom Erstgericht zurückzuweisen⁸⁹.

Dies scheint durchaus **bedenklich**: Der Verteidiger hat, um eine Zurückweisung des Rechtsmittels bereits durch das Erstgericht zu vermeiden, tatsächlich nur die Möglichkeit, der ursprünglich vom – meist nicht rechtskundigen – Beschuldigten eingebrachten Rechtsmittelschrift seine Unterschrift beizufügen. Die vom Beschuldigten ausgeführte Nichtigkeitsbeschwerde wird aber nur in den seltensten Fällen jenen hohen Anforderungen genügen, die der OGH an die Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden stellt. Sofern die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bereits vom Erstgericht zurückgewiesen wird und dem bekämpften Urteil materielle Nichtigkeitsgründe anhaften, spielt dies im Ergebnis kaum eine Rolle, zumal diese vom OGH – auch bei Unzulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde – von Amts wegen wahrzunehmen sind, wenn sie für den Beschuldigten nachteilig sind (§ 290 Abs 1). Hingegen könnte einem Beschuldigten, der in „Übereifer“ zunächst selbst eine

⁸⁶ 13 Os 178/04; 11 Os 40/03; *Ratz* in WK-StPO, § 285 Rz 8.

⁸⁷ 14 Os 126/04.

⁸⁸ F/F, § 285a Rz 4; *Ratz* in WK-StPO, § 285a Rz 9.

⁸⁹ Vgl 13 Os 64/04.

Rechtsmittelschrift einbringt, dadurch die Möglichkeit genommen werden, allenfalls tatsächlich verwirklichte formelle Nichtigkeitsgründe erfolgreich geltend zu machen, zumal ein rechtsunkundiger Beschuldigter kaum in der Lage sein wird, einen formellen Nichtigkeitsgrund prozessordnungsgemäß geltend zu machen.

Dieser zu Lasten des Beschuldigten gehende Formalismus scheint ferner im Hinblick auf Art 6 Abs 1 iVm Art 6 Abs 3 lit c EMRK bedenklich⁹⁰.

In der Nichtigkeitsbeschwerde muss **einer der in § 281 Abs 1 Z 1 bis 11 (bzw § 345 Abs 1 Z 1-13) genannten Nichtigkeitsgründe deutlich und bestimmt bezeichnet** werden, wobei sich dies aus der Zusammenschau von Anmeldung und Rechtsmittelschrift ergeben muss (§ 285a Z 2)⁹¹. Dabei kommt es nicht auf die ziffernmäßige Bezeichnung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes an, sondern vielmehr auf die **deutliche und bestimmte Behauptung eines Sachverhaltes**, der den Prüfungskriterien eines ebenso bezeichneten Nichtigkeitsgrundes entspricht. Der Beschwerdeführer muss also darlegen, welcher Tatbestand den Nichtigkeitsgrund seiner Ansicht nach verwirklicht. Soweit die Beschwerde diesen Anforderungen zuwider sich in der bloß abstrakten Behauptung von Nichtigkeitsgründen und einer ohne argumentative Ausrichtung an deren gesetzlichen Anfechtungskriterien vorgetragenen Urteilskritik erschöpft, nimmt der OGH zum Beschwerdevorbringen inhaltlich nicht Stellung. Vielmehr wird nur auf die (explizit oder der Sache nach) deutlich und bestimmt bezeichneten Nichtigkeitsgründe eingegangen⁹². Eine nominell falsche Benennung des Nichtigkeitsgrundes hingegen schadet nicht, vielmehr wird das Beschwerdevorbringen vom OGH im Sinne seiner inhaltlichen Ausrichtung verstanden⁹³ (§ 467 Abs 2).

Berücksichtigen kann der OGH grundsätzlich nur Nichtigkeitsgründe, die durch eine dazu berechtigte Person deutlich und bestimmt geltend gemacht wurden. Nichtigkeitsgründe, die nicht deutlich und bestimmt bezeichnet wurden, greift der OGH jedenfalls nicht in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde auf, nimmt sie aber allenfalls in den in § 290 Abs 1 normierten Fällen amtswegig wahr.

Entspricht die Behauptung eines einzelnen Nichtigkeitsgrundes in einer Nichtigkeitsbeschwerde diesen Anforderungen nicht, so begnügt sich der OGH diesbezüglich meist mit dem Hinweis darauf, dass und warum dieser nicht prozessordnungskonform zur Darstellung gebracht wurde. Eine inhaltliche Begründung hingegen entfällt. Vielfach nimmt der OGH dennoch kurz – meist bloß in einem Satz – zur Ansicht des Beschwerdeführers Stellung, jedoch dient diese inhaltliche Argumentation dann nicht als Begründung für die

⁹⁰ Vgl dazu *Czekalla* gegen Portugal, EGMR 10.10.2002, NL 2002, S 209 (NL 02/5/07).

⁹¹ Ratz in WK-StPO, § 285 Rz 9.

⁹² 13 Os 69/04.

⁹³ Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 9.

Zurückweisung. Wurde in der Rechtsmittelschrift gar kein Nichtigkeitsgrund den dargestellten Kriterien entsprechend deutlich und bestimmt bezeichnet, so weist der OGH die gesamte Nichtigkeitsbeschwerde gem §§ 285d Abs 1 Z 1 iVm 285a Z 2 bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurück (und zwar selbst dann, wenn auch materielle Nichtigkeitsgründe geltend gemacht wurden)⁹⁴. Allenfalls verwirklichte materielle Nichtigkeitsgründe werden zugunsten des Angeklagten aber auch in diesem Fall gem § 290 Abs 1 (im Geschworenverfahren iVm § 344) von Amts wegen wahrgenommen. Die Zurückweisung mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes ist eine der häufigsten Erledigungsformen in den Entscheidungen des OGH.

Im Gegensatz zur Nichtigkeitsbeschwerde besteht bei der Berufung keine Pflicht zur Ausführung der Berufungsgründe⁹⁵.

3. Vorprüfung durch das Erstgericht

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist beim Erstgericht einzubringen. Der Vorsitzende des Erstgerichts hat gem §§ 285a und 285b eine Vorprüfung durchzuführen, damit dem OGH solche Nichtigkeitsbeschwerden, auf die er inhaltlich nicht eingehen kann, gar nicht erst vorgelegt werden.

Der Vorsitzende hat die Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss zurückzuweisen (§ 285a), wenn

- sie zu spät angemeldet oder von einer Person eingebracht wurde, der die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zukommt oder die auf sie verzichtet hat (Z 1)
- bei der Anmeldung oder der Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde kein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wurde (Z 2) oder
- die Beschwerde nicht von einem Verteidiger unterschrieben ist. In diesem Fall ist sie zur Verbesserung binnen 14 Tagen durch Beibringung der Unterschrift eines Verteidigers zurückzustellen⁹⁶ (Z 3).

Als verspätet ist eine Nichtigkeitsbeschwerde nach Z 1 leg cit nur dann zurückzuweisen, wenn sie verspätet angemeldet⁹⁷, nicht aber wenn sie verspätet ausgeführt wurde. Jedoch ist auf eine verspätete Ausführung keine Rücksicht zu nehmen. Wurde nicht bereits bei der Anmeldung ein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet, ist die

⁹⁴ Gem. § 285a Z 2 StPO hätte bereits das Erstgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde, in der kein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wird, zurückzuweisen. Die Erstgerichte prüfen jedoch in der Praxis meist nur die Kriterien nach § 285a Z 1 und 3 StPO.

⁹⁵ 13 Os 4/04; Ratz in WK-StPO, § 294 Rz 4; aM offenbar Bertel/Venier Rz 875.

⁹⁶ Siehe dazu bereits oben S Die 22f.

⁹⁷ ZB 12 Os 76/04.

Beschwerde somit gem § 285a Z 2 zurückzuweisen⁹⁸. Da in der Praxis kaum jemals bereits bei der Anmeldung ein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wird (zT ergeben sich die Nichtigkeitsgründe ja auch erst aus der schriftlichen Urteilsausfertigung), ist die Nichtigkeitsbeschwerde iaR auch dann zurückzuweisen, wenn sie rechtzeitig angemeldet, aber verspätet ausgeführt wurde – anders als bei der Berufung, bei der im Falle ihrer Verspätung eine Zurückweisung durch das Erstgericht nicht vorgesehen ist.

Da dies in der Praxis mitunter übersehen wird, wurden dem OGH im Jahr 2004 in mehreren Fällen auch solche Nichtigkeitsbeschwerden vorgelegt, die gem § 285a vom Erstgericht zurückzuweisen wären. Wenn überhaupt, so prüfen die Erstgerichte vorwiegend die Kriterien nach § 285a Z 1 und Z 3.

Bei der Zurückweisung mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes nach § 285a Z 2 ist es allerdings verständlich, dass von den Erstgerichten sehr zurückhaltend vorgegangen wird. Der OGH stellt nämlich an die prozessordnungskonforme Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden sehr hohe Anforderungen und weist einen Großteil der Nichtigkeitsbeschwerden zurück, weil kein Nichtigkeitsgrund diesen Kriterien entsprechend deutlich und bestimmt bezeichnet wurde. Eine Überprüfung der Nichtigkeitsbeschwerde durch das Erstgericht nach den diesbezüglich vom OGH gestellten hohen Anforderungen käme mitunter einer Entscheidung des Erstgerichts über ein Rechtsmittel gegen sein eigenes Urteil gleich.

Gegen den Beschluss, mit dem das Erstgericht die Nichtigkeitsbeschwerde zurückweist, kommt dem Beschwerdeführer die binnen 14 Tage einzubringende Beschwerde an den OGH zu (§ 285b Abs 2)⁹⁹. Eine solche Beschwerde wurde im gesamten Jahr 2004 nicht eingebracht.

Ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bereits gem § 285a vom Erstgericht zurückzuweisen, ist sie gem § 285 Abs 4 dem Gegner des Beschwerdeführers zuzustellen, welcher binnen 4 Wochen eine Gegenausführung überreichen kann. Anschließend sind die Akten dem OGH zu übersenden (§ 285 Abs 5).

Wurde eine Nichtigkeitsbeschwerde dem OGH vorgelegt, obwohl sie gem § 285a vom Erstgericht zurückzuweisen gewesen wäre, hat sie der OGH gem. § 285d Abs 1 Z 1 sofort in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen¹⁰⁰.

Dass die Erstgerichte mitunter Nichtigkeitsbeschwerden, die bereits von ihnen selbst nach § 285a zurückzuweisen wäre, mitunter dennoch dem OGH vorlegen, kann für den Angeklagten freilich von Vorteil sein, zumal der OGH, wenn ihm eine eigentlich vom Erstgericht zurückzuweisende Nichtigkeitsbeschwerde entgegen § 285a vorgelegt wird, die

⁹⁸ 14 Os 45/04; 14 Os 94/04; 15 Os 6/04.

⁹⁹ Wieviele Nichtigkeitsbeschwerden gemäß § 28a bereits von Erstgerichten zurückgewiesen wurde, lässt sich freilich statistisch nicht erfassen.

¹⁰⁰ ZB: verspätet angemeldet: 12 Os 76/04; verspätet ausgeführt: 14 Os 176/03; 14 Os 45/04, 14 Os 94/04, 15 Os 6/04; nicht ausgeführt: 13 Os 62/04, 13 Os 45/04, 14 Os 39/04, 15 Os 54/04, 15 Os 83/04, 15 Os 103/04; Nichtigkeitsbeschwerde trotz Rechtsmittelverzichts: 14 Os 84/04.

Möglichkeit hat, allenfalls zum Nachteil des Angeklagten verwirklichte materielle Nichtigkeitsgründe (trotz Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde) von Amts wegen wahrzunehmen¹⁰¹. Weist hingegen das Erstgericht die Nichtigkeitsbeschwerde gem § 285a selbst zurück und wird dieser Beschluss mit Beschwerde gem. § 285b Abs 2 bekämpft, so sieht sich der OGH zu einer amtswegigen Prüfung gem § 290 Abs 1 nicht berechtigt, zumal eine solche nach dem Gesetzeswortlaut nur „aus Anlass einer Nichtigkeitsbeschwerde“ vorgesehen ist¹⁰².

Die Worte „aus Anlass einer Nichtigkeitsbeschwerde“ könnte man freilich auch weit interpretieren und die Erhebung einer – wenn auch verspätet angemeldeten oder ausgeführten und deshalb vom Erstgericht zurückgewiesenen – Nichtigkeitsbeschwerde, die dem OGH aufgrund einer Beschwerde gegen den erstgerichtlichen Zurückweisungsbeschluss vorgelegt wird, genügen lassen.

C. Das Verfahren beim OGH

1. Die Vorbereitung der Entscheidung

Langt ein Akt aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde beim OGH ein, so wird er dem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Berichterstatter zugeteilt¹⁰³. Der Berichterstatter erhält den Akt und sieht diesen durch, manchmal wird bereits in diesem Stadium die Stellungnahme ausgearbeitet. Bei der **Stellungnahme** handelt es sich um einen vollständigen Entscheidungsentwurf, der so aufgebaut ist, dass er der Entscheidung des OGH unmittelbar zugrunde gelegt werden kann. Der **Entscheidungsentwurf** enthält daher bereits **alle Bestandteile des späteren Urteils oder** (bei Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung) **Beschlusses**.

Anschließend wird der Akt der **Generalprokuratur** übermittelt, welche ebenfalls eine **Stellungnahme** erarbeitet. Dem OGH wird von der Generalprokuratur eine ausführliche Stellungnahme idR allerdings nur dann übermittelt, wenn diese von einer Erledigung in öffentlicher Verhandlung ausgeht oder es sich um eine Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft oder des Finanzamtes handelt. Diese Stellungnahme, das sog. „**Croquis**“, wird diesfalls derart ausführlich ausgearbeitet und so formuliert, dass sie der Entscheidung des OGH, wenn er mit der Ansicht der Generalprokuratur konform geht, unmittelbar zugrunde gelegt werden kann. Geht die Generalprokuratur hingegen von einer Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung aus, so beschränkt sich ihre Stellungnahme idR gegenüber dem OGH auf den Hinweis, dass diese sich zu einer Zurückweisung oder Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung eignet.

¹⁰¹ Ratz in WK-StPO, § 290 Rz 7; vgl auch 13 Os 45/04, wo der OGH zwar auf die verwirklichte materielle Nichtigkeit hinwies, diese allerdings (nur deshalb) nicht von Amts wegen aufgriff, weil sie sich nicht zum Nachteil des Angeklagten auswirkte.

¹⁰² SSt 56/83; 13 Os 118/96; 11 Os 97/92.

¹⁰³ Siehe zur Geschäftsverteilung schon oben S 12.

In früher Zeit wurden die Stellungnahmen der Generalprokuratur der Verteidigung nicht zur Kenntnis gebracht, was gegen den Grundsatz der Waffengleichheit und somit gegen Art 6 Abs 1 EMRK verstieß¹⁰⁴. Mit dem StPÄG Gesetz 1993 wurde deshalb den Gerichten aufgetragen, Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft bzw der Generalprokuratur der Verteidigung zur Äußerung innerhalb einer festzusetzenden angemessenen Frist zu übermitteln, es sei denn, diese Stellungnahme beschränkt sich darauf, dem Rechtsmittelbegehren ohne weitere Stellungnahme entgegenzutreten oder es wird zugunsten des Angeklagten Stellung genommen (§ 35 Abs 2 idF StPÄG 1993).

Jedoch hat der EGMR im Fall *Bulut* gegen Österreich¹⁰⁵ sowie nachfolgend im Fall *Fischer* gegen Österreich¹⁰⁶ auch diese Regelung für nicht konventionskonform erachtet, zumal es der Verteidigung überlassen bleiben müsse zu beurteilen, ob ein Vorbringen eine Reaktion verlange oder nicht und es deshalb auch dann, wenn sich die Stellungnahme der Generalprokuratur auf die Anregung beschränke, die Nichtigkeitsbeschwerde gem. § 285d in nichtöffentlicher Sitzung zu erledigen und ihr nicht stattzugeben, unfair sei, wenn die „Anklagebehörde“ gegenüber dem Gericht ein Vorbringen erstatte, von dem die Verteidigung nichts wisse. Dabei geht der EGMR jedoch – entgegen der stRsp des OGH¹⁰⁷ – davon aus, dass es sich bei der Generalprokuratur um eine „Anklagebehörde“ handle¹⁰⁸.

*Matscher*¹⁰⁹ hat die Rechtsansicht des EGMR als weltfremd bezeichnet, zumal ein anwaltlich vertretener Angeklagter, der ein Rechtsmittel eingebracht habe, davon ausgehen müsse, dass der Staatsanwalt dagegen auftreten werde. Diese Judikatur stelle eine Pervertierung des Grundsatzes dar, dass „es nicht Zweck der Konvention sei, theoretische und illusorische, sondern konkrete und effektive Recht zu schützen“.

Dem letztgenannten Argument ist beizupflichten, wenn man bedenkt, dass mit der Stellungnahme zur Äußerung der Generalprokuratur nur die Gelegenheit zur Erwidmung der Argumentation dieser gegeben werden soll, wogegen neue, nicht auf den Inhalt des Croquis abstellende Argumente unbeachtlich sind¹¹⁰. Wenn nun aber die Äußerung der Generalprokuratur keine Argumente, sondern nur die Anregung zur Erledigung nach § 285d enthält, so bleibt dem Angeklagten wohl kaum Raum, sich zur Stellungnahme der Generalprokuratur zu äußern, ohne dabei gegen das Neuerungsverbot zu verstoßen und die Stellungnahme solcherart unbeachtlich zu machen. Sofern sich also die Stellungnahme der Generalprokuratur auf eine Anregung zur Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung beschränkt, verursacht dem Angeklagten eine Äußerung zur Stellungnahme in erster Linie Kosten, ohne seine Erfolgchancen steigern zu können.

Der Gesetzgeber ist den vom EGMR aufgestellten Anforderungen mit dem StRÄG 1996 nachgekommen. Seither kann die Übermittlung der Äußerung der Generalprokuratur an den Angeklagten nur noch unterbleiben, wenn diese bloß zu dessen Gunsten Stellung nimmt oder dem Rechtsmittel des Angeklagten zur Gänze Folge gegeben wird (§ 35 Abs 2 aF¹¹¹). Im Übrigen ist aber dem Angeklagten die Stellungnahme der Generalprokuratur, selbst wenn damit dem Rechtsmittel bloß begründungslos entgegengetreten wird, jedenfalls zur Äußerung zu übermitteln.

Nach dem Rücklangen des Aktes beim OGH verfasst der Berichterstatter, wenn er dies nicht bereits vor Übermittlung des Aktes an die Generalprokuratur getan hat, seinen

¹⁰⁴ EuGRZ 1992, 120 = ÖJZ 1992,97; zust *Matscher*, ÖJZ 2002/8.

¹⁰⁵ EGMR 59/1994/506/588, 22.2.1996 = ÖJZ 1996/16.

¹⁰⁶ EGMR 17.1.2002 = ÖJZ 2002/14.

¹⁰⁷ Vgl S 14f; mit Inkrafttreten der StPO-Reform wurde dies auch ausdrücklich in der StPO festgehalten.

¹⁰⁸ Zust jedoch *Wegscheider/Plöckinger*, ÖJZ 1999, 877; aM *Strasser*, ÖJZ 1999, 884.

¹⁰⁹ *Matscher*, ÖJZ 2002/8, S 741f.

¹¹⁰ Siehe dazu bereits oben S 6.

¹¹¹ Nunmehr in etwas veränderter Form § 24.

Entscheidungsentwurf. Danach wird der Akt samt der Stellungnahme des Berichterstatters (und natürlich der Generalprokuratur) im Rahmen eines „**Umlaufverfahrens**“ dem Senatspräsidenten sowie den anderen drei Senatsmitgliedern übermittelt. Nach Durchsicht des Aktes geben diese jeweils **schriftlich** ihre **Stellungnahme** zum Entscheidungsentwurf des Berichterstatters ab. Diese beschränkt sich, wenn sie mit der Ansicht des Berichterstatters (zur Gänze) konform gehen, idR auf den **Vermerk „mit BE“**, dh „mit dem Berichterstatter“. Ist hingegen ein anderes Senatsmitglied mit dem Entscheidungsentwurf des Berichterstatters nicht (zur Gänze) einverstanden, wird die Meinung in einer **schriftlichen Stellungnahme** zum Ausdruck gebracht.

Nachdem im Zuge dieses Umlaufverfahrens sämtliche Senatsmitglieder den Akt zur Einsicht erhalten haben, wird entweder ein Gerichtstag zur öffentlichen Verhandlung anberaumt oder, sofern dies vom Berichterstatter oder der Generalprokuratur beantragt wird (§ 285c), die Sache in der nächsten nichtöffentlichen Sitzung erledigt.

2. Das Zustandekommen der Entscheidung

Der OGH entscheidet über Nichtigkeitsbeschwerden entweder in nichtöffentlicher Sitzung oder bei einem Gerichtstag in öffentlicher Verhandlung. Eine Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung ist nur dann zulässig, wenn der Generalprokurator oder der Berichterstatter Beschlüsse im Sinne der §§ 285d-f StPO¹¹² beantragen (§ 285c Abs 1). Ohne einen solchen Antrag ist vom Vorsitzenden ein Gerichtstag zur öffentlichen Verhandlung anzuberaumen, ohne dass es einer Beschlussfassung bedarf (§ 285c Abs 2).

Auch wenn das Gesetz somit die Erledigung in öffentlicher Sitzung als Grundfall vorsieht, ist eine Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung in weitem Umfang möglich. In der Praxis wird ein Großteil – im untersuchten Zeitraum **487 von 551** Entscheidungen, somit über 88% – aller Nichtigkeitsbeschwerden **in nichtöffentlicher Sitzung** entschieden¹¹³.

	Anzahl	Prozent
Nichtöffentliche Sitzung	487	88,4
Öffentliche Sitzung	64	11,6
Gesamt	551	100

Verwirft der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde in öffentlicher Verhandlung, so entscheidet er auch über eine mit ihr verbundene Berufung (§ 296 Abs 1) sowie über eine Beschwerde gem. § 498. Wird der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben oder ein Nichtigkeitsgrund gemäß § 290 Abs 1 von Amts wegen wahrgenommen, so zieht dies iaR die Aufhebung des Strafausspruches nach sich, sodass sich eine Entscheidung über die

¹¹² Siehe dazu gleich unten S 29ff.

¹¹³ Siehe dazu im Anhang Statistik, S 229.

Berufung erübrigt. Wird hingegen die Nichtigkeitsbeschwerde bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen, so entscheidet über die Berufung sowie allenfalls eine damit verbundene Beschwerde gem. § 498 das OLG (§ 285i). Da eine Verwerfung in öffentlicher Verhandlung die Ausnahme darstellt, entscheidet der OGH nur **selten** selbst über die **Berufung**. Im Jahr 2004 war dies lediglich in **35 Entscheidungen** der Fall.

Hingegen entscheidet der OGH im sehr seltenen Fall, dass mit der Nichtigkeitsbeschwerde eine Beschwerde gegen einen Widerrufsbeschluss, nicht aber eine Berufung verbunden wurde, auch bei Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung selbst über die Beschwerde (§ 498 Abs 3). Zu einer solchen Entscheidung kam es im Jahr 2004 nur einmal¹¹⁴.

Der Entscheidungsfindungsprozess innerhalb eines Senats läuft bei Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung oder öffentlicher Verhandlung jeweils gleich ab. In der nichtöffentlichen Sitzung oder – bei Entscheidung in öffentlicher Verhandlung – nachdem sich der Senat zur Beratung zurückgezogen hat, erfolgt die Abstimmung dergestalt, dass zuerst der Berichterstatter, anschließend die übrigen Senatsmitglieder, und zwar jeweils die Dienstälteren vor den Jüngeren, und zuletzt der Senatspräsident seine Stimme abgibt (§ 5 Abs 2 OGHG). Bei unterschiedlichem Abstimmungsverhalten geben jene Senatsmitglieder, die bei der Abstimmung unterlegen sind, ein schriftliches Kontravotum ab, welches aber nicht veröffentlicht wird¹¹⁵.

Bei Durchführung einer öffentlichen Verhandlung wird anschließend die Entscheidung verkündet. Die schriftliche Entscheidung fertigt grundsätzlich der Berichterstatter aus, wobei er meist – sofern er bei der Abstimmung mit seiner Ansicht nicht unterlegen ist – seinen ursprünglich verfassten Entscheidungsentwurf zugrunde legt. Ist jedoch der Berichtserstatter bei der Abstimmung überstimmt worden, so verfasst meist einer jener Richter, deren Ansicht sich bei der Abstimmung durchgesetzt hat, die Entscheidung, und zwar häufig jener, der als erster für diese Entscheidung gestimmt hat. Manchmal fertigt aber der Berichterstatter auch dann, wenn er bei der Abstimmung unterlegen ist, selbst die Entscheidung aus.

3. Die Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung

a) Allgemeines

In nichtöffentlicher Sitzung entscheidet der OGH **über Antrag des Generalprokurators oder des Berichterstatters**, wenn

- die Nichtigkeitsbeschwerde bereits vom Erstgericht aus den Gründen des § 285a zurückgewiesen hätte werden müssen, dh wenn sie verspätet angemeldet oder von einer nicht dazu berechtigten Person eingebracht

¹¹⁴ 14 Os 69/04.

¹¹⁵ Mangels Veröffentlichung der Kontravoten ist auch die Erstellung einer Statistik dazu nicht möglich.

wurde, kein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wurde oder die Unterschrift eines Verteidigers fehlt, sofern das im letztgenannten Fall durchzuführende Verbesserungsverfahren erfolglos bleibt (§ 285d Abs 1 Z 1)

- der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund bereits durch eine in der selben Sache ergangene Entscheidung des OGH beseitigt worden ist (§ 285d Abs 1 Z 1), weil diesfalls gar keine Nichtigkeitsbeschwerde hätte erhoben werden dürfen (§ 293 Abs 4)
- wenn die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs 1 Z 1-8 und Z 11 bzw § 345 Abs 1 Z 1-5, 10a und 13 geltend gemacht wurden und der OGH einstimmig der Ansicht ist, dass die Beschwerde als offenbar unbegründet zu „verwerfen“¹¹⁶ ist (§ 285d Abs 1 Z 2 bzw § 344) oder
- der Nichtigkeitsbeschwerde zugunsten des Angeklagten sofort Folge gegeben wird, weil sich zeigt, dass die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung vor der ersten Instanz sich mangels Spruchreife nicht vermeiden lässt oder eine diversionelle Erledigung möglich erscheint (§ 285e).

Von „**Zurückweisung**“ spricht der OGH **nur bei Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung**. Bei Erledigung **im Gerichtstag** wird hingegen, selbst wenn ein zur Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde berechtigender Umstand, auch im Bezug auf einzelne der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe, wahrgenommen wird, die Nichtigkeitsbeschwerde stets **verworfen**¹¹⁷.

Die **Zurückweisung** der Nichtigkeitsbeschwerde erfolgt grundsätzlich **mit Beschluss**, die sofortige **Stattgebung** nach § 285e StPO hingegen **mit Urteil**, weil damit die Aussprüche des Ersturteils beseitigt werden¹¹⁸. Die **amtswegige Wahrnehmung** materieller Nichtigkeitsgründe gem. § 290 ist **auch in nichtöffentlicher Sitzung** möglich. In diesem Fall entscheidet der OGH, auch wenn er die Nichtigkeitsbeschwerde zurückweist, **mit Urteil**¹¹⁹.

Die Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung kann auch erfolgen, wenn der OGH sich die amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe für eine öffentliche Verhandlung vorbehalten will (§ 290 Abs 2), und zwar selbst dann, wenn diese (auch oder

¹¹⁶ Der Ausdruck „Verwerfung“ wird vom OGH allerdings nur bei Erledigung in öffentlicher Verhandlung verwendet, in nichtöffentlicher Sitzung werden Nichtigkeitsbeschwerden hingegen stets „zurückgewiesen“.

¹¹⁷ Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 2.

¹¹⁸ Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 2 und § 285e Rz 1; F/F, § 285e Rz 1.

¹¹⁹ Siehe dazu unten S 40f; vgl etwa 11 Os 10/04; 11 Os 20/04; 11 Os 99/04; 12 Os 1/04; 13 Os 110/04; 14 Os 170/03; 14 Os 82/04; 15 Os 21/04.

nur) Angeklagte betreffen, welche selbst gar kein Rechtsmittel erhoben haben¹²⁰. Ebenso zulässig ist es, nur Teile einer Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen, ihr im Übrigen aber nach § 285e Folge zu geben oder den Rest – was in der Praxis freilich kaum geschieht – im Rahmen eines Gerichtstags in öffentlicher Verhandlung zu erledigen¹²¹.

Der OGH kann in nichtöffentlicher Sitzung auch die Einholung tatsächlicher Aufklärungen über behauptete Formverletzungen oder Verfahrensmängel anordnen (§ 285f). Dabei handelt es sich nicht etwa um eine Verfahrensergänzung durch eine zusätzliche Beweisaufnahme bzw Beweiswiederholung, sondern um die Aufklärung verfahrensmäßiger Umstände¹²².

Von dieser Bestimmung macht der OGH in der Praxis sehr selten, aber doch Gebrauch. Zu 11 Os 112/04 veranlasste er etwa eine Aufklärung darüber, ob ein im betreffenden Verfahren entgegen § 240a nicht beeideter Schöffe, welcher zuvor zwar nicht im laufenden Kalenderjahr (2004), aber am 2.4.2003 beeidet worden war, in Erinnerung an seinen Eid und in der Überzeugung handelte, an die im Eid angeführten Pflichten gebunden zu sein. Weil dies nach der gem § 285f eingeholten Aufklärung zu bejahen und somit ein nachteiliger Einfluss iSd § 281 Abs 3 auszuschließen war, konnte die Nichtigkeitsbeschwerde (diesbezüglich) als offenbar unbegründet bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen werden.

b) Statistiken

Insgesamt wurden im Jahr 2004 **487 von 551 Nichtigkeitsbeschwerden (88,4%) in nichtöffentlicher Sitzung erledigt**. Davon wurde ein ganz überwiegender Teil, nämlich **400**, somit 72,6% aller Nichtigkeitsbeschwerden, **zurückgewiesen**, in **70** Fällen wurde den jeweiligen Nichtigkeitsbeschwerden bereits in nichtöffentlicher Sitzung **Folge gegeben**¹²³. Im Detail kam es dabei zu folgenden Entscheidungen:

Entscheidung	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung	400	82,1	
Zurückweisung, aber amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO hinsichtlich des Beschwerdeführers	11	2,3	
Zurückweisung, aber amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO bei anderem Angeklagten	2	0,4	
Stattgebung + Zurückverweisung ¹²⁴	70	14,4	
Amtswegige Wahrnehmung (ohne Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde)	4	0,8	
Gesamt:	Erfolglos	402	82,5
	Erfolgreich	85	17,5

¹²⁰ Vgl 11 Os 112/04.

¹²¹ Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 3.

¹²² F/F, § 285f Rz 1.

¹²³ Davon wurden 69 Nichtigkeitsbeschwerden vom Angeklagten und eine von der Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten erhoben.

¹²⁴ Hier sind auch jene Fälle erfasst, in denen der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben wurde, darüber hinaus aber auch von Amts wegen materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden.

Die Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung ist somit die bei weitem häufigste Form der Erledigung von Nichtigkeitsbeschwerden.

Weiters zeigt ein Vergleich mit der Statistik über Entscheidungen in öffentlicher Verhandlung¹²⁵, dass – in absoluten Zahlen – auch ein großer Teil der stattgebenden Entscheidungen in nichtöffentlicher Sitzung getroffen wurden: So wurde **70 Nichtigkeitsbeschwerden in nichtöffentlicher Sitzung Folge gegeben**, jedoch nur **19 in öffentlicher Verhandlung**. Der prozentuale Anteil an stattgebenden Entscheidungen ist aber freilich bei Erledigung in öffentlicher Sitzung höher, was daraus folgt, dass jene Vielzahl an Nichtigkeitsbeschwerden, die von vornherein völlig aussichtslos sind, bereits in nichtöffentlicher Sitzung erledigt wird.

Auch zur amtswegigen Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe bei ansonsten unberechtigten Nichtigkeitsbeschwerden kommt es (in absoluten Zahlen) häufiger in nichtöffentlicher Sitzung: Insgesamt **15-mal** wurden aus Anlass von Nichtigkeitsbeschwerden in nichtöffentlicher Sitzung **amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe** (zugunsten des Angeklagten) wahrgenommen, nur sechs Mal war dies bei in öffentlicher Sitzung verworfenen Nichtigkeitsbeschwerden der Fall.

Erfolgreiche Nichtigkeitsbeschwerden:		Anzahl	Erfolgsquote
In nichtöffentlicher Sitzung (Gesamt: 487)	Stattgebung	70	14,4
	Amtswegige Wahrnehmung zugunsten des Beschwerdeführers	15	3,1
In öffentlicher Verhandlung (Gesamt: 64)	Stattgebung	13	20,3
	Amtswegige Wahrnehmung zugunsten des Beschwerdeführers	6	9,4

Weiters wurden Nichtigkeitsbeschwerden gegen schöffengerichtliche Urteile weit häufiger in nichtöffentlicher Sitzung erledigt als solche gegen schwurgerichtliche Urteile. Wurden **von 481 Nichtigkeitsbeschwerden gegen schöffengerichtliche Urteile 436 (90,6%) in nichtöffentlicher Sitzung** erledigt, so war dies in jenen **70** Fällen, in denen **schwurgerichtliche Urteile** bekämpft wurden, „nur“ **51-mal** der Fall (**72,9%**)¹²⁶. Daraus resultiert allerdings keineswegs eine höhere Erfolgswahrscheinlichkeit von Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile von Geschworenengerichten¹²⁷. Vielmehr werden solche Nichtigkeitsbeschwerden statistisch betrachtet wesentlich häufiger in öffentlicher Verhandlung verworfen (24,3% aller in öffentlicher Verhandlung erledigter Nichtigkeitsbeschwerden gegen schwurgerichtliche Urteile) als dies bei solchen gegen

¹²⁵ Siehe unten S 46.

¹²⁶ Siehe dazu im Anhang Statistik, S 229.

¹²⁷ Vielmehr kommt solchen Nichtigkeitsbeschwerden angesichts der Besonderheiten des Schwurgerichtsverfahrens, insbesondere des Umstands, dass Geschworenengerichtsurteile keine Begründung enthalten, tatsächlich eine deutlich geringere Erfolgswahrscheinlichkeit zu; siehe dazu noch unten S 171ff.

Urteile eines Schöffengerichts der Fall ist (nur 4,3% aller in öffentlicher Verhandlung erledigter Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile der Schöffengerichte).

Das resultiert wohl auch daraus, dass es im Geschworenverfahren bei einigen jener Nichtigkeitsgründe, bei denen eine Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung als offenbar unbegründet ausgeschlossen ist, insbesondere bei § 345 Abs 1 Z 6, für den Nichtigkeitswerber wesentlich einfacher ist, den Nichtigkeitsgrund prozessordnungskonform auszuführen. Dazu muss der Nichtigkeitswerber lediglich anführen, welche Frage er vermisst und ein die Stellung dieser Frage indizierendes Verfahrensergebnis deutlich und bestimmt bezeichnen. Entspricht die Nichtigkeitsbeschwerde diesen Anforderungen, muss sie der OGH – weil eine Zurückweisung als offenbar unbegründet ausgeschlossen ist (§ 285d iVm 344) – in öffentlicher Verhandlung behandeln.

Erstgericht	Anzahl (Gesamt)	Nichtöff. Sitzung Anzahl (Prozent)	Öff. Verhandlung Anzahl (Prozent)
Schöffengericht	481	436 (90,6%)	45 (9,4%)
Schwurgericht	70	51 (72,9%)	19 (27,1%)

Ferner erhellt aus der Statistik, dass Nichtigkeitsbeschwerden des Angeklagten zu einem deutlich höheren Anteil bereits in nichtöffentlicher Sitzung erledigt wurden als solche der Staatsanwaltschaft. Im Detail wurden fast 90 % der von den jeweiligen Angeklagten erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden bereits in nichtöffentlicher Sitzung erledigt, hingegen nur etwa 63 % jener der Staatsanwaltschaft¹²⁸.

Beschwerdeführer	Anzahl gesamt	In nö. Sitzung erledigt (Prozent)	In öff. Verhandlung erledigt (Prozent)
Angeklagter	529	474 (89,6%)	55 (10,4%)
Staatsanwalt	30 ¹²⁹	19 (63,3%)	11 (36,7%)

Dies lässt sich zum Teil schon damit erklären, dass eine Stattgebung sowie die amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe in nichtöffentlicher Sitzung nur zugunsten des Angeklagten möglich sind (§ 285e). Zieht man – um einen im Hinblick auf diesen Umstand aussagekräftigen Vergleich zu erhalten – jene Entscheidungen ab, bei denen der Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung Folge gegeben wurde (insgesamt 70) bzw bei denen amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden (insgesamt 15), so verbleiben bloß etwa 73,5 % der Nichtigkeitsbeschwerden des Angeklagten, die in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen wurden.

Die verbleibende Differenz von etwa 10% zu den Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft, welche zu rund 63% in nichtöffentlicher Sitzung erledigt wurden, wird man mE zwanglos damit erklären können, dass – anders als die Staatsanwaltschaft – der Verteidiger auf Wunsch seines Mandanten mitunter gezwungen sein wird, auch von vornherein aussichtslose und folglich oft als „offenbar aussichtslos“ bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisende Rechtsmittel zu ergreifen. Dazu kommt, dass Staatsanwälte (in aller Regel)

¹²⁸ Siehe dazu im Anhang Statistik, S 229.

¹²⁹ Davon zweimal zugunsten des Angeklagten.

ausschließlich in Strafsachen tätig sind, während manche Verteidiger über weit weniger strafrechtliche Erfahrung verfügen, beispielsweise wenn Rechtsanwälte, die üblicherweise nicht in Strafsachen tätig sind, als Verfahrenshelfer einschreiten „müssen“. Insofern vermag es nicht zu verwundern, wenn solcherart im Strafrecht wenig erfahrene Verteidiger eher daran scheitern, Nichtigkeitsbeschwerden im Sinne der vom OGH gestellten hohen Anforderungen prozessordnungskonform zur Darstellung zu bringen.

Dies ist bei den formellen Nichtigkeitsgründen problematisch, bei den materiellen Nichtigkeitsgründen im Hinblick auf die Pflicht zur amtswegigen Wahrnehmung zum Nachteil des Angeklagten wirkender Nichtigkeiten hingegen unbedenklich¹³⁰.

c) Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung

(1) Allgemeines

Weitaus **häufigster Grund** für die **Zurückweisung** in nichtöffentlicher Sitzung ist die **mangelnde deutliche und bestimmte Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes**. Für die gesetzmäßige Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden fordert der OGH die deutliche und bestimmte Bezeichnung eines Sachverhalts, der den Prüfungskriterien eines bestimmten Nichtigkeitsgrundes entspricht¹³¹. Es muss also dargelegt werden, welche konkreten Sachverhaltselemente den Nichtigkeitsgrund nach Ansicht des Beschwerdeführers verwirklichen¹³². Nach diesen Kriterien reicht die abstrakte Behauptung des Vorliegens eines Nichtigkeitsgrundes nicht aus, umgekehrt schadet aber die nominell falsche Benennung des Nichtigkeitsgrundes nicht, vielmehr ist das Beschwerdevorbringen im Sinne seiner tatsächlichen inhaltlichen Ausrichtung zu verstehen¹³³.

An die **Geltendmachung materiell-rechtlicher Nichtigkeitsgründe** stellt der OGH **besonders hohe Anforderungen**. Demnach muss „unter Heranziehung der Gesamtheit der Urteilsfeststellungen ein Vergleich mit dem darauf angewendeten Gesetz vorgenommen und auf dieser Grundlage der Einwand entwickelt werden, dass dem Erstgericht bei Beurteilung dieses Urteilssachverhaltes ein Rechtsirrtum unterlaufen sei“¹³⁴. Dabei wird eine „inhaltliche Argumentation“ gefordert, dh eine methodisch vertretbare Ableitung der zugrunde liegenden Rechtsansicht aus dem Gesetz, widrigenfalls der materielle Nichtigkeitsgrund nicht prozessordnungskonform ausgeführt ist.

Das Gesetz fordert in § 285 Abs 1 allerdings lediglich, dass ein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wird. Das vom OGH aufgestellte Erfordernis methodengerechter Argumentation ist dem Gesetz nicht zu entnehmen¹³⁵.

¹³⁰ Siehe dazu noch unten S 106ff sowie S 125f.

¹³¹ Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 10; 13 Os 69/04; 15 Os 13/06k; 15 Os 103/05v; 15 Os 20/04 uva.

¹³² Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 10.

¹³³ Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 9; 13 Os 69/04.

¹³⁴ 11 Os 103/04; wortgleich 11 Os 94/04; siehe zur Geltendmachung materiell-rechtlicher Nichtigkeitsgründe noch ausführlich unten S 121ff.

¹³⁵ Siehe dazu unten S 121ff.

Entspricht die Nichtigkeitsbeschwerde den dargestellten Kriterien nicht, bezeichnet sie den Nichtigkeitsgrund nicht deutlich und bestimmt. Dem Rechtsmittel wird dadurch der Anspruch auf kontradiktorische Verhandlung darüber und meritorisches Eingehen darauf genommen¹³⁶. Der OGH weist die Nichtigkeitsbeschwerde diesfalls als „nicht prozessordnungskonform ausgeführt“ bzw als „nicht prozessförmig ausgeführt“ zurück.

Der Spruch einer solchen Entscheidung lautet: „Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen. (meist auch: Zur Entscheidung über die Berufungen werden die Akten dem Oberlandesgericht ... zugeleitet. Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.)“

Im Gegensatz zum Erstgericht, das eine Nichtigkeitsbeschwerde nur dann gem. § 285a Z 2 zurückweisen kann, wenn kein einziger Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wurde, kann der OGH diese **auch nur hinsichtlich einzelner nicht deutlich und bestimmt bezeichneter Nichtigkeitsgründe zurückweisen**¹³⁷. Dies widerspricht zwar bei wörtlicher Auslegung dem § 285d Abs 1 Z 1, zumal diesfalls nicht davon gesprochen werden kann, dass „sie (die Nichtigkeitsbeschwerde) vom Gerichtshof erster Instanz nach § 285a hätte zurückgewiesen werden sollen“, wird aber vom OGH aus § 285 Abs 1 zweiter Satz und § 285d Abs 2 geschlossen.

Ein in der Praxis **höchst seltener** Grund für die Zurückweisung einer Nichtigkeitsbeschwerde ist, dass der geltend gemachte **Nichtigkeitsgrund durch eine in derselben Sache ergangene Entscheidung des OGH beseitigt** ist (§ 285d Abs 1 Z 1). Das bedeutet, dass eine vom OGH in einer kassatorischen Entscheidung zum Ausdruck gebrachte Rechtsansicht im nachfolgenden Rechtsgang nicht mehr bekämpft werden kann. Im Jahr 2004 wurde aus diesem Grund keine Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen

Schließlich ist die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen, wenn sie sich auf **Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 1 bis 8 und 11** bzw § 345 Z 1 bis 5, 10a und 13 stützt und der OGH **einstimmig** erachtet, dass die Beschwerde als **offenbar unbegründet** zu „verwerfen“¹³⁸ sei (§ 285d Abs 1 Z 2). Die Zurückweisung nach dieser Bestimmung setzt voraus, dass überhaupt ein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wurde, weil das Rechtsmittel ansonsten bereits nach § 285d Abs 1 erster Fall iVm § 285a Z 2 als nicht prozessordnungskonform ausgeführt zurückzuweisen wäre. Die Zurückweisung als offenbar unbegründet ist nur im Bezug auf die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 1 bis 8 und 11 bzw § 345 Z 1 bis 5, 10a und 13 zulässig, hinsichtlich dieser aber freilich auch dann, wenn daneben auch andere Nichtigkeitsgründe geltend gemacht wurden. In diesem Fall wird die

¹³⁶ 11 Os 94/04; 11 Os 103/04; *Ratz* in WK-StPO, § 285d Rz 10.

¹³⁷ *Ratz* in WK-StPO, § 285d Rz 4.

¹³⁸ Auch wenn das Gesetz in dieser Bestimmung den Ausdruck „verwerfen“ verwendet, werden Nichtigkeitsbeschwerden, die als offenbar unbegründet erachtet werden, bei Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung stets zurückgewiesen. Der Ausdruck „verwerfen“ wird vom OGH hingegen nur bei Erledigung am Gerichtstag verwendet.

Nichtigkeitsbeschwerde im Bezug auf die übrigen geltend gemachten Nichtigkeitsgründe meist als nicht prozessordnungskonform ausgeführt zurückgewiesen. Möglich (wenn auch in der Praxis höchst selten) ist aber freilich auch, die Entscheidung über andere geltend gemachte Nichtigkeitsgründe einem Gerichtstag zur öffentlichen Verhandlung vorzubehalten (§ 285d Abs 2).

Die Bestimmung des § 285d Abs 1 Z 2 ist wohl auch ein Grund dafür, dass der OGH an die deutliche und bestimmte Bezeichnung materieller Nichtigkeitsgründe besonders hohe Anforderungen stellt. Weil bei diesen (mit Ausnahme von § 281 Abs 1 Z 11 bzw § 345 Abs 1 Z 13) eine Zurückweisung als offenbar unbegründet nicht möglich ist, möchte der OGH auf diesem Wege eine Behandlung auch eines Großteils jener Nichtigkeitsbeschwerden in nichtöffentlicher Sitzung ermöglichen, bei denen (auch) materielle Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden. Dies ist grundsätzlich auch verständlich, zumal überflüssige und kostenintensive Verhandlungen über Nichtigkeitsbeschwerden, die ohnehin keine Aussicht auf Erfolg haben, dadurch vermieden werden¹³⁹.

Die genauen Kosten einer öffentlichen Verhandlung vor dem OGH sind freilich unterschiedlich. Hinsichtlich der Verteidigerkosten wird nach den – unverbindlichen – allgemeinen Honorar-Kriterien¹⁴⁰ für den Gerichtstag über Nichtigkeitsbeschwerden im Schöffverfahren für die erste (begonnene) halbe Stunde ein Betrag von € 640,--, für jede weitere halbe Stunde von € 320,-- als angemessen erachtet (§ 9 Z 3 AHK). Im Geschworenverfahren werden € 768,-- für die ersten halbe Stunde und € 384,-- für jede weitere für angemessen erachtet (§ 9 Z 4 AHK). Dazu kommt jeweils die Umsatzsteuer sowie ein Aufschlag von 20%, sofern mit der Nichtigkeitsbeschwerde auch Berufung erhoben wurde. Somit entstehen schon nach den AHK beispielsweise im Schöffverfahren für eine weniger als eine Stunde dauernde öffentliche Verhandlung Kosten von ca € 1.380,-- pro Angeklagtem allein an Verteidigerkosten. Da es sich hierbei um unverbindliche Richtlinien handelt und der Honoraranspruch des Rechtsanwalts sich primär aus der mit dem Klienten getroffenen Vereinbarung ergibt, wird das Honorar mitunter noch deutlich höher sein. Dazu kommt überdies der Pauschalkostenbeitrag nach § 381 Abs 1 Z 1.

Häufig werden Nichtigkeitsbeschwerden **teils mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes** nach § 285d Abs 1 Z 1, **teils als offenbar unbegründet** nach Z 2 **zurückgewiesen**¹⁴¹. Teilweise wird in den Erkenntnissen ausdrücklich angeführt, aus welchem Grund die Zurückweisung erfolgte¹⁴², vielfach ist die Abgrenzung den Erkenntnissen jedoch nicht zu entnehmen und schwer nachvollziehbar. So begnügt sich der OGH häufig mit dem Hinweis, die Nichtigkeitsbeschwerde sei nach § 285d Abs 1 in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen, ohne anzugeben, welche Ziffer dieser Bestimmung angewendet wurde¹⁴³. Viele Erkenntnisse schließen mit der Feststellung, dass die Nichtigkeitsbeschwerde als „teils offenbar unbegründet (§ 285d Abs 1 Z 2), teils nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt (§ 285d Abs 1 Z 1 iVm § 285a Z 2) schon bei

¹³⁹ Vgl dazu auch *Bertel*, JBl 2003,884 sowie *Bertel/Venier*, Rz 950

¹⁴⁰ Kundgemacht auf der Homepage des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages am 10.10.2005

¹⁴¹ Vgl etwa 11 Os 45/04; 12 Os 120/03.

¹⁴² Vgl etwa 13 Os 131/04; 11 Os 59/04.

¹⁴³ So etwa fast alle Erkenntnisse des Senats 14; vgl weiters etwa 13 Os 118/04; 13 Os 88/04; 13 Os 50/04; 12 Os 21/04 uva.

nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen“ gewesen sei¹⁴⁴, andere begnügen sich überhaupt mit dem Hinweis, diese wäre „bereits bei einer nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1)“ gewesen¹⁴⁵.

Dass insgesamt die mangelnde deutliche und bestimmte Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes (§ 285d Abs 1 erster Fall) den häufigsten Grund für die Zurückweisung darstellt, lässt sich zwar statistisch nicht exakt erfassen, weil viele Nichtigkeitsbeschwerden teils aufgrund Abs 1 Z 1 erster Fall, teils aufgrund Z 2 zurückgewiesen werden und der Grund der Zurückweisung aus den veröffentlichten Erkenntnissen allein nicht immer hervorgeht, lässt sich indirekt aber dadurch belegen, dass von jenen 381 Nichtigkeitsbeschwerden, in denen auch Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 9, 10 und 10a bzw § 345 Abs 1 Z 6 bis 10 oder 11 bis 12 geltend gemacht wurden und die somit (zumindest hinsichtlich dieser) nur nach Z. 1 leg cit zurückgewiesen werden können, ebenfalls ein Großteil, nämlich 264 (69,3%), in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen wurden.

(2) Beispiele

Tatsachenrügen (Z 5a), die nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Schuldberufung unzulässig die erstrichterliche Beweiswürdigung bekämpfen, indem sie ihr eigene Beweiswerterwägungen gegenüberstellen, ohne erhebliche Bedenken an dieser hervorzurufen, weist der OGH teilweise als nicht prozessordnungskonform ausgeführt¹⁴⁶, meist aber als offenbar unbegründet zurück¹⁴⁷.

Eine auf Z 4 gestützte Rüge gegen die Abweisung eines Antrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens, bei der nicht dargetan wurde, wieso das zunächst eingeholte und in der Hauptverhandlung mündlich ergänzte Gutachten mit Mängeln im Sinne des § 126 aF behaftet sein soll, wurde als offenbar unbegründet zurückgewiesen¹⁴⁸. Gleiches galt für einen Antrag auf psychiatrische Untersuchung eines Zeugen, bei dem nicht dargetan wurde, dass objektive Momente für die Annahme vorliegen, der Zeuge leide unter Wahrnehmungsschwächen, Gedächtnisschwächen oder Wiedergabeschwächen, die nach Bedeutung und Gewicht dem Grad der in § 11 StGB erfassten Geistesstörungen nahe kommen¹⁴⁹. Ebenso als offenbar unbegründet zurückgewiesen wurden Rügen gegen die Abweisung eines Beweisantrages, wenn dadurch keine Verteidigungsrechte beeinträchtigt wurden, etwa weil „die für die Tauglichkeitsprüfung notwendige Konkretisierung, welche

¹⁴⁴ Vgl 12 Os 30/04; 11 Os 90/04 uva.

¹⁴⁵ Vgl 14 Os 95/04; 14 Os 113/04 uva.

¹⁴⁶ 12 Os 63/04.

¹⁴⁷ 15 Os 101/04; 15 Os 104/04; 15 Os 126/04; 13 Os 12/04; 11 Os 42/04.

¹⁴⁸ 13 Os 92/04; ähnlich 13 Os 167/03.

¹⁴⁹ 15 Os 172/03.

entscheidungserheblichen Umstände durch die beantragte Beweisaufnahme bewiesen werden sollten“, fehlen¹⁵⁰.

Nicht prozessordnungskonform ausgeführt war hingegen eine Rüge nach Z 4, weil der Beschwerdeführer zu der seinen Antrag – durch bloße Nichtentsprechung – abweisenden prozessleitenden Verfügung des Vorsitzenden kein Zwischenerkenntnis im Sinne des § 238 Abs 1 begehrte und es ihm somit an der formellen Voraussetzung des § 281 Abs 1 Z 4 mangelte¹⁵¹.

Im Detail war im Vorverfahren neben dem späteren Nichtigkeitswerber (nachfolgend: A) eine weitere Person (nachfolgend: B) als Angeklagter vernommen, das Verfahren gegen B aber in der Folge über Antrag der StA eingestellt worden. In der Hauptverhandlung In der Hauptverhandlung gegen A wurde B als Zeuge geladen, entschlug sich aber gem § 152 Abs 1 Z 1 aF der Aussage. Daraufhin beantragte der Angeklagte die Verlesung der Angaben des B als Angeklagter im Vorverfahren. Über diesen Antrag erging keine formelle Entscheidung. In der letzten Hauptverhandlung verlas der Vorsitzende gem § 252 Abs 1 Z 4 und Abs 2 StPO – mit ausdrücklicher Ausnahme der Vernehmung des B – den gesamten Akteninhalt, womit er – so der OGH – „inhaltlich über den Antrag mit dem Ergebnis der Nichtentsprechung“ absprach. Weil A daraufhin kein Zwischenerkenntnis des Senates begehrt habe, fehle es an einer formellen Voraussetzung des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 4.

Wenn auch im Ergebnis die Nichtigkeitsbeschwerde im konkreten Fall jedenfalls zu Recht erfolglos bleib, weil eine Verlesung der Aussage des Zeugen B, der sich berechtigt der Aussage entschlug, im Hinblick auf das Verlesungsverbot des § 252 Abs 1 bzw das Umgehungsverbot nach Abs 4 der genannten Bestimmung ohnehin nicht hätte erfolgen dürfen, erscheint doch die formale Begründung des OGH bedenklich¹⁵²: Zum einen erscheint fraglich, ob mit der Verlesung des Akteninhalts mit Ausnahme der Aussage des B tatsächlich „inhaltlich“ abgesprochen wurde oder ob nicht bereits die erste Alternative des § 281 Abs 1 Z 4 („über einen Antrag ... nicht erkannt“) als erfüllt anzusehen ist. Zum anderen überzeugt es, selbst wenn man diesbezüglich mit dem OGH konform geht, nicht, nicht auch die (prozessordnungswidrige) Abweisung eines Antrages durch den Vorsitzenden statt durch den Senat als formelle Voraussetzung des § 281 Abs 1 Z 4 genügen zu lassen. Gem § 238 Abs 1 hat nämlich der Vorsitzende, wenn er dem Antrag einer Partei nicht stattgeben möchte, das Zwischenerkenntnis des Senates einzuholen. Ein solches könnte dann nach § 281 Abs 1 Z 4 bekämpft werden, sofern die übrigen Voraussetzungen dieses Nichtigkeitsgrundes vorliegen. Dies müsste aber wohl erst recht dann gelten, wenn der Vorsitzende, statt entsprechend § 238 Abs 1 ein Erkenntnis des Senates einzuholen, über den Antrag prozessordnungswidrig selbst entscheidet. Auch wenn § 281 Abs 1 Z 4 von einem „Zwischenerkenntnis“ (also einer Senatsentscheidung) spricht, ergibt mE ein Größenschluss, dass die formale Voraussetzung erst recht erfüllt sein muss, wenn statt des Senates prozessordnungswidrig der Vorsitzende alleine entscheidet. Damit wird durch die Rsp des OGH der Fehler des Vorsitzenden dem Verteidiger angelastet¹⁵³, dieser müsste ausdrücklich eine Senatsentscheidung verlangen, womit freilich das Schicksal des Angeklagten unnötig von der Qualität der Verteidigung abhängig gemacht wird.

Eine auf § 281 Abs 1 Z 5 gestützte Mängelrüge, die die mangelnde Begründung der Feststellungen zur Begehung des Delikts nach § 28 Abs 2 und Abs 3 erster und zweiter Fall

¹⁵⁰ 14 Os 113/04.

¹⁵¹ 13 Os 68/04.

¹⁵² Vgl dazu *Tipold*, JSt 1/2010, S 22ff.

¹⁵³ *Tipold*, JSt 2010, S 25.

SMG¹⁵⁴ behauptete, wies der OGH als offenbar unbegründet zurück, weil das Erstgericht diese nicht unbegründet gelassen, sondern ohne Verstoß gegen die Grundsätze der Logik aus den Angaben eines Zeugen abgeleitet habe¹⁵⁵. Ebenfalls als offenbar unbegründet wurden Nichtigkeitsbeschwerden zurückgewiesen, die eine offenbar unzureichende Begründung einer erstrichterlichen Feststellung geltend machten, die keine für die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale entscheidende Tatsache betraf.

Deshalb wurde etwa eine Beschwerde, die die Feststellung, 2500 je 0,25 Gramm schwere Ecstasy-Tabletten hätten einen Reinheitsgehalt von 25% gehabt, mit der Behauptung bekämpfte, dieser betrage lediglich 10%, als offenbar unbegründet zurückgewiesen, weil auch unter Annahme eines Reinheitsgehaltes von 10% die große Menge an Suchtgift überschritten wäre¹⁵⁶.

Offenbar unbegründet ist eine Rüge nach Z 5 etwa auch dann, wenn der Beschwerdeführer einzelne Aspekte einer mehrfach begründeten Feststellung als unzureichend rügt und damit nur eine von mehreren beweiswürdigen Erwägungen bekämpft¹⁵⁷.

Als nicht prozessordnungskonform ausgeführt (§ 285d Abs 1 Z 1) zurückgewiesen wurde eine Mängelrüge (Z 5), weil sie nicht erkennen habe lasse, aus welchem Grund der beweiswürdige Schluss des Erstgerichts von der (non-verbalen) Kontaktaufnahme des Angeklagten mit den potentiellen Suchtmittel-Abnehmern, der Diskrepanz zwischen dessen geringfügigem (legalen) Einkommen und den bei ihm sichergestellten (erheblichen) Geldbeträgen, der für Suchtmittelverkäufe typischen Stückelung jener Beträge und der offensichtlichen Aufbewahrung von Suchtmitteln in der Mundhöhle auf die subjektive Tatseite dem Begründungsgebot des § 270 Abs 2 Z 5 StPO nicht genügen solle, sondern diese Konsequenz ihrerseits ohne jede Begründung behaupte und deshalb einer inhaltlichen Behandlung nicht zugänglich sei¹⁵⁸.

Ebenfalls als nicht prozessordnungskonform ausgeführt wurde eine Mängelrüge zurückgewiesen, weil sie nicht dargelegt habe, wieso die Feststellungen zur subjektiven Tatseite undeutlich sein sollen und welche diesen Urteilsannahmen entgegenstehenden, in der Hauptverhandlung vorgeführten Verfahrensergebnisse übergangen wurden¹⁵⁹.

Rechtsrügen nach Z 9 und Subsumtionsrügen nach Z 10 werden häufig als nicht prozessordnungskonform ausgeführt zurückgewiesen, weil sie nicht strikt am gesamten Urteilssachverhalt festhalten¹⁶⁰ oder weil sie tatsächlich getroffene Feststellungen

¹⁵⁴ IdF vor den BGBl 2007/110.

¹⁵⁵ 11 Os 16/04.

¹⁵⁶ 11 Os 59/04.

¹⁵⁷ 13 Os 131/04.

¹⁵⁸ 12 Os 107/04.

¹⁵⁹ 12 Os 19/04.

¹⁶⁰ Vgl 13 Os 175/03; 15 Os 163/03; 11 Os 24/04; 13 Os 38/04; 14 Os 69/04 uva.

übergehen¹⁶¹. Subsumtionsrügen haben anzugeben, welchem anderen Strafgesetz die Taten nach den getroffenen Feststellungen hätte unterstellt werden müssen. Fehlt diese Angabe, ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht prozessordnungskonform ausgeführt¹⁶².

d) Stattgebung in nichtöffentlicher Sitzung

Gem § 285e kann der OGH einer zum Vorteil des Angeklagten ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde bereits in nichtöffentlicher Sitzung mit Urteil stattgeben, und zwar dann, wenn sich bereits im Rahmen der nichtöffentlichen Beratung zeigt, dass eine Zurückverweisung der Sache an das Erstgericht nicht vermeiden lassen wird. Eine Erledigung nach § 285e ist nur möglich, wenn eine Entscheidung in der Sache selbst nicht einzutreten hat, wenn also (bloß) kassatorisch entschieden wird. Ist eine meritorische Entscheidung – auch bloß hinsichtlich eines Teiles der Nichtigkeitsbeschwerde – beabsichtigt, hat ein kassatorisches Urteil in derselben Sache ebenfalls im Gerichtstag zu ergehen¹⁶³.

Der Spruch einer Entscheidung nach § 285e lautet etwa: „Der Nichtigkeitsbeschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Urteil (bei Aufhebung nur von Teilen des Urteils: das im Übrigen unberührt bleibt) im Schuldspruch und im Strafausspruch (allenfalls: sowie der gemäß § 494a Abs 1 Z 2 StPO verkündete Beschluss) aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung (allenfalls: im Umfang der Aufhebung) an das Landesgericht ... verwiesen. Mit ihrer Berufung und Beschwerde wird die Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.“

Die Stattgebung nach § 285e ist nur zugunsten des Angeklagten zulässig, selbstverständlich aber auch dann, wenn das Rechtsmittel nicht von ihm ergriffen wurde.

So hat der OGH zu 13 Os 79/04 einer zugunsten der Angeklagten ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft bereits in nichtöffentlicher Sitzung stattgegeben.

Zulässig ist auch, einer Nichtigkeitsbeschwerde nur teilweise bereits in nichtöffentlicher Sitzung Folge zu geben und sie im Übrigen gem. § 285d zurückzuweisen oder im Gerichtstag zu behandeln¹⁶⁴. Selbst wenn der OGH jedoch der Nichtigkeitsbeschwerde nur teilweise stattgibt und den Rest zurückweist, zieht das iaR auch die Aufhebung des Strafausspruchs mit sich.

Lediglich in einem Sonderfall hat er nur die – von der Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 iVm Z 5 vierter Fall allein betroffene - Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 Abs 2 StGB aufgehoben, im Übrigen aber den Strafausspruch unberührt gelassen¹⁶⁵.

¹⁶¹ Vgl 12 Os 114/04; 15 Os 7/04 uva.

¹⁶² Vgl 12 Os 5/04; 12 Os 42/04 uva.

¹⁶³ Ratz in WK-StPO, § 285e Rz 3.

¹⁶⁴ Zur Gänze stattgeben in diesem Sinne bedeutet natürlich nicht, dass alle geltend gemachten Nichtigkeitsgründe tatsächlich vorlagen, sondern vielmehr, dass das Ersturteil im gesamten angefochtenen Ausmaß aufgehoben wurde.

¹⁶⁵ 13 Os 79/04.

Auch wenn § 285e nur davon spricht, dass einer Nichtigkeitsbeschwerde „sofort Folge gegeben werden“ kann, hebt der OGH auch Urteile, die mit einem nicht geltend gemachten, aber gem. § 290 Abs 1 amtswegig wahrzunehmenden materiellen Nichtigkeitsgrund behaftet sind, in nichtöffentlicher Sitzung auf¹⁶⁶. Auch das ist aber nur dann möglich, wenn aufgrund der amtswegig wahrzunehmenden materiellen Nichtigkeitsgründe kassatorisch zu entscheiden ist. Zulässig ist freilich auch, der Nichtigkeitsbeschwerde (ganz oder teilweise) Folge zu geben und daneben auch aus deren Anlass materielle Nichtigkeitsgründe amtswegig wahrzunehmen. Wird aufgrund amtswegig wahrzunehmender materieller Nichtigkeitsgründe das angefochtene Urteil zur Gänze oder zumindest im bekämpften Ausmaß aufgehoben, so erübrigt sich eine Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde selbst, der Nichtigkeitswerber wird auf die kassatorische Entscheidung verwiesen¹⁶⁷. Betreffen die amtswegig wahrzunehmenden Nichtigkeitsgründe hingegen nur Teile des angefochtenen Urteilsumfangs, weist der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde (wenn ihr nicht teilweise Folge zu geben ist) ausdrücklich zurück¹⁶⁸.

Wird die angefochtene Entscheidung aufgrund amtswegig wahrzunehmender materieller Nichtigkeitsgründe zur Gänze oder zumindest im gesamten angefochtenen Ausmaß aufgehoben, so lautet der Spruch idR: „Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde (§ 290 Abs 1 StPO) wird das angefochtene Urteil (allenfalls: nur hinsichtlich bestimmter Schuldsprüche) aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung wird der Angeklagte (bzw die Staatsanwaltschaft) auf die kassatorische Entscheidung verwiesen“.

Betreffen die amtswegig wahrzunehmenden Nichtigkeitsgründe hingegen nur Teile des angefochtenen Urteilsumfangs, so kann der Spruch lauten: „Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen. Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch ... und demgemäß im Strafausspruch aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.“

In der Praxis trifft der OGH **kassatorische Entscheidungen zugunsten des Angeklagten fast durchwegs bereits in nichtöffentlicher Sitzung**. Im Jahr 2004 gab er sämtlichen insgesamt 70 Nichtigkeitsbeschwerden, denen zugunsten des Angeklagten Folge zu geben und bei denen kassatorisch zu entscheiden war, durchwegs bereits in nichtöffentlicher Sitzung statt. In öffentlicher Verhandlung hingegen traf der OGH in diesem Zeitraum kassatorische Entscheidungen nur in jenen sechs Fällen, in denen ein Vorgehen nach § 285e ausgeschlossen war, weil es sich um eine zum Nachteil des Angeklagten ergriffene Beschwerde handelte¹⁶⁹.

¹⁶⁶ SSt 47/44; F/F, § 285e Rz 3; *Ratz* in WK-StPO, § 285e Rz 3; *Bertel/Venier*, Rz 951.

¹⁶⁷ Vgl 12 Os 105/04; 14 Os 34/04; 14 Os 36/04; 15 Os 171/03.

¹⁶⁸ Vgl 11 Os 10/04; 11 Os 20/04; 11 Os 99/04; 12 Os 1/04; 13 Os 110/04; 14 Os 170/03; 14 Os 82/04; 15 Os 21/04.

¹⁶⁹ Siehe dazu noch unten S 46f.

Im Detail gab der OGH in nichtöffentlicher Sitzung **46** Nichtigkeitsbeschwerden **zur Gänze**, **24 teilweise Folge**. Bei 11 dieser Entscheidungen hat er den Nichtigkeitsbeschwerden Folge gegeben und gleichzeitig auch aus deren Anlass gem § 290 Abs 1 amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen¹⁷⁰. Weiters hat er bei vier Erkenntnissen aufgrund nicht geltend gemachter, aber gem § 290 Abs 2 amtswegig wahrzunehmender Nichtigkeitsgründe das Ersturteil im gesamten angefochtenen Ausmaß aufgehoben und folglich den Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde auf das kassatorische Erkenntnis verwiesen. Bei 11 Erkenntnissen hat er die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen, aber materielle Nichtigkeitsgründe zugunsten des Beschwerdeführers amtswegig wahrgenommen, bei weiteren zwei Erkenntnissen trotz Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe zugunsten eines anderen Angeklagten wahrgenommen.

Erfolgreiche Nichtigkeitsbeschwerden in nichtöffentlicher Sitzung	Anzahl
Stattgebung zur Gänze und Zurückverweisung an das Erstgericht	46
Teilweise Stattgebung und insoweit Zurückverweisung an das Erstgericht	24
Zurückweisung, aber amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	11
Amtswegige Wahrnehmung ohne Zurückweisung ¹⁷¹	4

Häufig zur Aufhebung in nichtöffentlicher Sitzung führte dabei der **Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 5**¹⁷². Dieser wurde bei nichtöffentlicher Sitzung gefällten Erkenntnissen insgesamt 32-mal erfolgreich geltend gemacht. In 17 Fällen wurde auf § 281 Abs 1 Z 9a gestützten Beschwerden Folge gegeben, darüber hinaus wurde dieser Nichtigkeitsgrund 6-mal bereits in nichtöffentlicher Sitzung von Amts wegen wahrgenommen. Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 wurde 13-mal erfolgreich geltend gemacht und in weiteren 19 Fällen amtswegig wahrgenommen¹⁷³.

¹⁷⁰ Vgl zB 11 Os 98/04; 13 Os 100/04.

¹⁷¹ Dies bedeutet, dass die bekämpften Urteil aufgrund amtswegig wahrzunehmender Nichtigkeitsgründe zur Gänze (bzw im gesamten bekämpften Ausmaß) aufgehoben wurden.

¹⁷² Siehe dazu unten S 92ff.

¹⁷³ Siehe dazu im Detail im Anhang Statistik S 235.

Nichtigkeitsgrund	Aufhebung in nichtöffentlicher Sitzung	
	Folge gegeben	amtswegig wahrgenommen
§ 281 Abs 1 Z 3	5	-
§ 281 Abs 1 Z 4	4	
§ 281 Abs 1 Z 5	32	
§ 281 Abs 1 Z 5a	1	
§ 281 Abs 1 Z 8	1	
§ 281 Abs 1 Z 9a	17	6
§ 281 Abs 1 Z 9b	6	6
§ 281 Abs 1 Z 10	13	19
§ 281 Abs 1 Z 11	6	2
§ 345 Abs 1 Z 1	1	-
§ 345 Abs 1 Z 4	1	
§ 345 Abs 1 Z 6	1	
§ 345 Abs 1 Z 9	1	
§ 345 Abs 1 Z 10a	1	
§ 345 Abs 1 Z 13	0	0

4. Die Entscheidung in öffentlicher Verhandlung

a) Allgemeines

Wurde die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bereits zur Gänze nach den vorgenannten Bestimmungen in nichtöffentlicher Sitzung erledigt, ist sie auf einem Gerichtstag in öffentlicher Verhandlung zu behandeln. Auch wenn die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung im Gesetz als Grundfall vorgesehen ist, zumal eine Erledigung in nichtöffentlicher Sitzung nur zulässig ist, wenn sie vom Berichterstatter oder von der Generalprokuratur beantragt wird, stellt in der Praxis die Erledigung im Gerichtstag eine Ausnahme dar.

Erachtet der OGH nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung die Nichtigkeitsbeschwerde für unbegründet, so verwirft er sie (§ 288 Abs 1). **Verwerfung** bedeutet in der Praxis immer auch **Erledigung in öffentlicher Verhandlung**. Die Verwerfung erfolgt, im Gegensatz zur Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung, **stets mit Urteil**.

Ist die Nichtigkeitsbeschwerde hingegen begründet, so gibt ihr der OGH Folge, hebt das Urteil bzw den vom Nichtigkeitsgrund betroffenen Teil dessen auf und

- entscheidet kassatorisch, dh er verweist die Strafsache zur Durchführung einer neuen Verhandlung an die erste Instanz zurück,
- verweist die Sache, wenn die erste Instanz die Anklage nicht erledigt oder zu Unrecht ihre Unzuständigkeit ausgesprochen hat, an diese zurück und trägt dem Erstgericht auf, auch noch über die ausständigen Fakten zu entscheiden, oder hebt bei Vorliegen einer Anklageüberschreitung den betroffenen Teil des Urteils ersatzlos auf,
- verweist, wenn er der Ansicht ist, dass die Voraussetzungen für eine diversionelle Erledigung gegeben sind, die Strafsache an das in Betracht kommende Gericht oder
- entscheidet meritorisch, dh in der Sache selbst (§ 288 Abs 2).

In all diesen Fällen entscheidet der OGH mit Urteil. Zulässig ist es freilich auch, in öffentlicher Verhandlung trotz Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe wahrzunehmen (§ 285d Abs 2).

b)Verfahren

Zum Gerichtstag sind der Angeklagte und ein allenfalls einschreitender Privatankläger so vorzuladen, dass ihnen zumindest 8 Tage Vorbereitungszeit bleiben (§ 286 Abs 1). Befindet sich der Angeklagte in Haft, so wird er vom Gerichtstag verständigt mit dem Beisatz, dass er nur durch einen Verteidiger erscheinen könne (§ 286 Abs 2). Der verhaftete Angeklagte nimmt daher – im Gegensatz zu einem auf freiem Fuß befindlichen – am Gerichtstag grundsätzlich nicht teil¹⁷⁴. Auch wenn somit das Gesetz die Anwesenheit in Haft befindlicher Angeklagter nicht verlangt, gibt ihnen der OGH idR Gelegenheit zur Teilnahme. Im Jahr 2004 war von 63 öffentlichen Verhandlungen bei 60 der Angeklagte mit seinem Verteidiger anwesend, lediglich in drei Fällen¹⁷⁵ war der Angeklagte nur durch seinen Verteidiger vertreten.

Einen grundrechtlich geschützten Anspruch auf die Teilnahme am Gerichtstag hat im Übrigen auch der auf freiem Fuß befindliche Angeklagte nicht¹⁷⁶. Er ist zwar stets zu laden, es kann aber im Falle seines Nichterscheinens oder auch dann, wenn der Angeklagte unbekanntem Aufenthalts ist, über die Nichtigkeitsbeschwerde entschieden werden.

Im Gegensatz dazu ist zur Verhandlung über eine mit der Nichtigkeitsbeschwerde verbundene **Strafberufung** ein nicht verhafteter **Angeklagter stets zu laden** und ein inhaftierter Angeklagter jedenfalls vorzuführen, sofern er nicht durch seinen Verteidiger

¹⁷⁴ EvBl 1979/105; F/F, § 286 Rz 2; *Matscher*, ÖJZ 2002/8, S 741f.

¹⁷⁵ 14 Os 159/03; 11 Os 47/04; 13 Os 17/04.

¹⁷⁶ ÖJZ-MRK 1994/15; *Ratz* in WK-StPO, § 286 Rz 2.

ausdrücklich darauf verzichtet hat (§§ 294 Abs 5, 296 Abs 3). Dies gebietet auch Art 6 Abs 1 und Abs 3 lit c MRK¹⁷⁷, der dem Angeklagten einen grundrechtlich geschützten Anspruch auf die Teilnahme an einer öffentlichen Verhandlung über seine Strafberufung gewährt.

Neben dem Angeklagten wird zum Gerichtstag auch sein Verteidiger geladen. Der Angeklagte muss einen Verteidiger haben, erforderlichenfalls ist ihm von Amts wegen ein solcher beizugeben (§ 286 Abs 4). Dem **Verteidiger** muss **Gelegenheit zur Anwesenheit** am Gerichtstag gegeben werden, es ist jedoch nicht erforderlich, dass dieser am Gerichtstag auch tatsächlich anwesend ist. Erscheint der Verteidiger nicht, so hindert dies die Verhandlung nicht, vielmehr werden die Ausführungen der Nichtigkeitsbeschwerde verlesen (§ 287 Abs 3).

Die Verständigung auch der Generalprokuratur sowie eines Beschwerdeführers zugunsten des Angeklagten wird vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt¹⁷⁸. Hingegen ist die **Vorladung des Staatsanwaltes** – auch bei von ihm ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerden – **nicht vorgesehen**¹⁷⁹.

Der **Gerichtstag** ist gem. § 287 Abs 1 öffentlich nach den für die Hauptverhandlung geltenden Vorschriften (§§ 228 bis 231).

Zunächst ruft der Schriftführer – idR ein Richteramtsanwärter, manchmal ein beim Evidenzbüro zugewiesener Richter – die Verhandlung auf. Sodann ziehen die fünf Senatsmitglieder – grundsätzlich in der Reihenfolge nach Dienstalter – in den Verhandlungssaal ein.

Anschließend trägt zunächst der **Berichterstatter** den bisherigen **Gang des Verfahrens** sowie die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe vor. Seine eigene Ansicht über die zu treffende Entscheidung hat er jedoch noch nicht zu äußern (§ 287 Abs 2). Nachfolgend erhält der Beschwerdeführer das Wort, sodann dessen Gegner zur Erwiderung. Das letzte Wort bleibt jedenfalls dem Angeklagten oder seinem Verteidiger (§ 287 Abs 3).

Weil die Ladung der Staatsanwaltschaft zum Gerichtstag auch bei von ihr ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerden nicht vorgesehen ist, wird der Vortrag des Rechtsmittels meist nicht der Generalprokuratur, sondern dem Berichterstatter übertragen, um die Distanz der Generalprokuratur zur Anklage hervorzuheben¹⁸⁰. Diese vertritt nämlich trotz ihrer staatsanwaltlichen Stellung nicht die Anklage, sodass sie der Nichtigkeitsbeschwerde entgegentreten kann, ohne dass dies als Rückziehung des Rechtsmittels zu werten wäre¹⁸¹. Freilich kann sich die Generalprokuratur aber der Nichtigkeitsbeschwerde der

¹⁷⁷ ÖJZ-MRK 2001/8; F/F, § 296 Rz 2; vgl dazu ausführlich *Matscher*, ÖJZ 2002, S 741f.

¹⁷⁸ *Ratz* in WK-StPO, § 286 Rz 1.

¹⁷⁹ *Ratz* in WK-StPO, § 287 Rz 3.

¹⁸⁰ *Ratz* in WK-StPO, § 287 Rz 3; nach F/F, § 287 Rz 2, kommt der Vortrag eines vom Staatsanwalt ergriffenen Rechtsmittels stets nicht dem Generalprokurator, sondern dem Berichterstatter zu.

¹⁸¹ Siehe dazu bereits oben S 14f.

Staatsanwaltschaft inhaltlich anschließen und deshalb auf deren Rechtsmittelschrift verweisen.

Schließlich zieht sich der Gerichtshof zur Beratung ins Beratungszimmer zurück (§ 287 Abs 3), wo die Abstimmung im Senat erfolgt¹⁸². Im Anschluss daran wird das Urteil verkündet.

c) Statistik

Im Jahr 2004 behandelte der OGH **64** der insgesamt 551 Nichtigkeitsbeschwerden in **öffentlicher Verhandlung**. Davon wurden **44 (69,8%) verworfen**. Bei **sechs** dieser Erkenntnisse wurden allerdings trotz Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerden materiell-rechtliche Nichtigkeitsgründe zugunsten des Beschwerdeführers **von Amts wegen wahrgenommen**. Die **Verwerfung** ist somit die bei weitem **häufigste Entscheidung bei am Gerichtstag behandelten Nichtigkeitsbeschwerden**.

Insgesamt **13 Nichtigkeitsbeschwerden** hat der OGH in öffentlicher Verhandlung **stattgegeben und darüber in der Sache selbst entschieden**¹⁸³. In weiteren **6** Fällen wurde den Nichtigkeitsbeschwerden stattgegeben, das Ersturteil **aufgehoben** und zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht **zurückverwiesen**.

In fünf der insgesamt 19 in öffentlicher Verhandlung getroffenen stattgebenden Erkenntnisse wurden neben den erfolgreich geltend gemachten auch nicht geltend gemachte materielle Nichtigkeitsgründe von Amts wegen (§ 290 Abs 2) wahrgenommen. In weiteren **6** Erkenntnissen wurde zwar die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen, aber **aus deren Anlass amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe** wahrgenommen. Davon hob der OGH in fünf Fällen nur Teile des Ersturteils auf und entschied darüber in der Sache selbst¹⁸⁴, in einem Fall hob er das angefochtene Urteil aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde zur Gänze auf und verwies die Sache an das Erstgericht zurück¹⁸⁵. Bei der zuletzt genannten Entscheidung handelte es sich überhaupt um die einzige zugunsten des Angeklagten in öffentlicher Verhandlung getroffene kassatorische Entscheidung.

¹⁸² Siehe zur Abstimmung schon oben S 28ff.

¹⁸³ Vgl etwa 11 Os 9/04; 13 Os 67/04; 14 Os 129/03; 14 Os 136/04.

¹⁸⁴ 13 Os 40/04; 14 Os 29/04; 14 Os 63/04; 14 Os 92/04; 14 Os 138/04.

¹⁸⁵ 13 Os 36/04.

Entscheidung	Anzahl	Prozent	
Verwerfung	38	59,4	
Verwerfung, aber amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO hinsichtlich des Beschwerdeführers	6	9,4	
Amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO hins. anderem Angeklagten ¹⁸⁶	1	1,6	
Stattgebung + kassatorische Entscheidung ¹⁸⁷	6	9,4	
Stattgebung + meritorische Entscheidung ¹⁸⁸	13	20,3	
Gesamt:	Erfolglos	39	60,9
	Erfolgreich	25	39,1

Stellt man den lediglich sechs in öffentlicher Verhandlung getroffenen kassatorischen Entscheidungen die 70 bereits in nichtöffentlicher Sitzung gefällten Erkenntnisse gegenüber, so zeigt sich, dass der OGH, wenn kassatorisch vorzugehen ist, den entsprechenden Nichtigkeitsbeschwerden fast durchwegs bereits in nichtöffentlicher Sitzung Folge gibt. Bei den in öffentlicher Verhandlung gefällten kassatorischen Entscheidungen¹⁸⁹ handelte es sich ausschließlich Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten, bei denen ein Vorgehen nach § 285e ausgeschlossen war. War hingegen einer Nichtigkeitsbeschwerde zugunsten des Angeklagten Folge zu geben und kassatorisch zu entscheiden, so hat der OGH dies durchwegs gem. § 285e in nichtöffentlicher Sitzung getan¹⁹⁰. Auch wenn § 285e nur jene Fälle erfasst, bei denen unzweifelhaft mit Aufhebung und Zurückverweisung vorzugehen ist¹⁹¹ und somit eine kassatorische Entscheidung zugunsten des Angeklagten durchaus auch in öffentlicher Verhandlung möglich wäre, erscheint die Vorgangsweise des OGH jedenfalls sinnvoll, zumal eine kostenintensive¹⁹² Verhandlung über eine Nichtigkeitsbeschwerde, welcher ohnehin stattzugeben ist, überflüssig ist und tunlichst vermieden werden sollte.

Am häufigsten, nämlich **5-mal**, erfolgreich geltend gemacht wurde bei nach öffentlicher Verhandlung getroffenen Entscheidungen der **Nichtigkeitsgrund nach § 281**

¹⁸⁶ Vgl 11 Os 112/04, wobei die Nichtigkeitsbeschwerde bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen wurde, die amtswegige Wahrnehmung nicht den Beschwerdeführer betreffender materieller Nichtigkeitsgründe aber gem § 285d Abs 2 einem Gerichtstag vorbehalten wurde.

¹⁸⁷ In 5 Fällen wurde zur Gänze, in einem Fall teilweise stattgegeben. Einmal wurde zusätzlich der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 amtswegig wahrgenommen. Es handelte sich dabei durchwegs um Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten, weil bei zu seinem Vorteil erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden – wenn kassatorisch zu entscheiden war – dies bereits in nichtöffentlicher Sitzung erfolgte.

¹⁸⁸ Davon wurde 5 Nichtigkeitsbeschwerden zur Gänze, 8 teilweise stattgegeben. Bei 4 der zuletzt genannten, teilweise stattgebenden Erkenntnissen wurden darüber hinaus amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen.

¹⁸⁹ 13 Os 19/04; 14 Os 43/04; 15 Os 150/03; 15 Os 151/03; 14 Os 159/03; 15 Os 40/04.

¹⁹⁰ Einmal hat der OGH allerdings aufgrund amtswegig wahrzunehmender Nichtigkeitsgründe kassatorisch zugunsten des Angeklagten entschieden (13 Os 36/04), vgl dazu sogleich.

¹⁹¹ F/F, § 285e Rz 1.

¹⁹² Dazu schon oben S 36.

Abs 1 Z 11. § 281 Abs 1 Z 9a wurde in vier Fällen, Z 9b und Z 10 in je drei Fällen erfolgreich geltend gemacht¹⁹³. Amtswegig wahrgenommen wurde darüber hinaus in 8 Erkenntnissen der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10, in drei Entscheidungen jener nach Z 9a sowie je einmal Z 9b und Z 11.

Aus der nachstehenden Tabelle ist ersichtlich, welche Nichtigkeitsgründe bei Entscheidung in öffentlicher Verhandlung zu einer kassatorischen und welche zu einer meritorischen Entscheidung führten:

Nichtigkeitsgrund	Meritorische Entscheidung	Kassatorische Entscheidung
§ 281 Abs 1 Z 5 ¹⁹⁴	1	0
§ 281 Abs 1 Z 9a	2	2
§ 281 Abs 1 Z 9b	2	1
§ 281 Abs 1 Z 10	3	0
§ 281 Abs 1 Z 11	4	1
§ 345 Abs 1 Z 6	0	1
§ 345 Abs 1 Z 13	1	0

d)Die Verwerfung

Zu einer Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde kommt es vor allem dann, wenn der OGH nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung der Meinung ist, dass der **geltend gemachte Nichtigkeitsgrund nicht vorliegt oder bei Vorliegen relativer Nichtigkeitsgründe die Rechtsverletzung die Entscheidung nicht beeinflusst** hat. „Verworfen“ wird die Nichtigkeitsbeschwerde aber auch dann, wenn dies nur aus Gründen geschieht, die eine Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung als unzulässig oder offenbar unbegründet erlaubt hätten¹⁹⁵. Unbegründet ist eine Nichtigkeitsbeschwerde außerdem, wenn ein **Nichtigkeitsgrund aus anderen als den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründen vorliegt**¹⁹⁶ (materielle Nichtigkeitsgründe sind zugunsten des Angeklagten aber freilich aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde amtswegig wahrzunehmen). Wenn der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde in öffentlicher Verhandlung verwirft, entscheidet er auch über eine damit verbundene Berufung (§§ 285i, 296 Abs 1).

Der Spruch einer solchen Entscheidung lautet: „Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen. (Meist auch: Der Berufung wird nicht Folge gegeben. Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.)“

¹⁹³ Siehe dazu und zu den übrigen erfolgreich geltend gemachten Nichtigkeitsgründen im Anhang Statistik, S 232.

¹⁹⁴ 12 Os 48/04; siehe dazu unten S 49.

¹⁹⁵ Ratz in WK-StPO, § 288 Rz 1.

¹⁹⁶ Ratz in WK-StPO, § 288 Rz 2 und § 290 Rz 2.

Verworfen wird die Nichtigkeitsbeschwerde auch, wenn die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nichtigkeitsgründe nicht vorliegen, der OGH aber gem § 290 Abs 1 **von Amts wegen materiell-rechtliche Nichtigkeitsgründe** zugunsten des Angeklagten wahrnimmt. Der OGH entscheidet in diesem Fall idR trotz Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde **in der Sache** selbst¹⁹⁷. Wenn aber die vom Erstgericht getroffenen Sachverhaltsfeststellungen für die rechtliche Beurteilung nicht ausreichen, kann es auch in diesem Fall zur **Zurückverweisung der Sache an die erste Instanz** kommen, jedoch erledigt der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde diesfalls zumeist (wenn auch nicht immer) bereits in nichtöffentlicher Sitzung¹⁹⁸.

Der Spruch einer Entscheidung, bei der der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde verwirft, aber amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe zugunsten des Angeklagten wahrnimmt, lautet bei meritorischer Erledigung idR: „Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen. Aus deren Anlass (§ 290 Abs 1 StPO) wird das angefochtene Urteil (bei teilweiser Aufhebung allenfalls: welches im Übrigen unberührt bleibt), im Schuldspruch wegen ..., demnach auch im Strafausspruch aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:...“ bzw bei kassatorischer Entscheidung: „Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen. Aus deren Anlass (§ 290 Abs 1 StPO) wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Landesgericht ... zu neuer Verhandlung und Entscheidung verwiesen.“. Bei amtswegiger Wahrnehmung in öffentlicher Verhandlung ist die Entscheidung in der Sache selbst die Regel. Ist das hingegen mit Zurückverweisung an das Erstgericht vorzugehen, so erfolgt die Wahrnehmung iaR – im untersuchten Zeitraum mit bloß einer Ausnahme¹⁹⁹ – bereits in nichtöffentlicher Verhandlung.

e)Die Stattgebung in öffentlicher Verhandlung

(1)Formelle Mängel

Haftet dem erstinstanzlichen Verfahren ein formeller **Nichtigkeitsgrund** iS der §§ **281 Abs 1 Z 1 bis 5a** bzw 345 Abs 1 Z 1 bis 6, 8, 9 oder 10a an, so **hebt** der OGH das erstinstanzliche Urteil auf und **verweist** die Strafsache zur Durchführung einer neuen Verhandlung **an die erste Instanz zurück** (§§ 288 Abs 2 Z 1, 349 Abs 1). Zur Zurückverweisung muss es kommen, weil die Sanierung derartiger Verfahrensmängel die Durchführung eines Beweisverfahrens erfordert, ein solches aber vom OGH nicht durchzuführen ist.

Umstritten ist allerdings, ob der OGH auch bei prozessualen Nichtigkeitsgründen in der Sache selbst, nämlich mit Freispruch, entscheiden kann, wenn bei fehlenden, offenbar unzureichend begründeten oder bedenklichen Feststellungen die Akten zeigen, dass die nötigen, den in Rede stehenden Schuldspruch tragenden Feststellungen nicht hätten getroffen werden können und auch eine Erneuerung des Beweisverfahrens insoweit keine

¹⁹⁷ Vgl 13 Os 40/04; 14 Os 29/04; 14 Os 63/04; 14 Os 92/04; 14 Os 138/04.

¹⁹⁸ Vgl 13 Os 36/04.

¹⁹⁹ 13 Os 36/04.

Erweiterung der Beurteilungsgrundlagen erwarten lässt²⁰⁰. Der Senat 12 des OGH hat in einem solchen Fall zu 12 Os 48/04 – ohne jedoch auf dieses prozessuale Problem einzugehen – sogleich in der Sache selbst erkannt und den Angeklagten diesbezüglich freigesprochen²⁰¹.

Nach anderer Ansicht²⁰² sieht das Gesetz bei Erfolg einer Verfahrens-, Mängel- oder Tatsachenrüge eine reformatorische Entscheidung nicht vor. Daher ist der OGH – in konsequenter Achtung der Unmittelbarkeit – nicht berechtigt auszusprechen, dass eine formal einwandfreie Begründung nicht mehr zu erwarten sei. Nach dieser Ansicht ist somit in den Fällen des § 288 Abs 2 Z 1 ausschließlich eine kassatorische Entscheidung, nicht aber ein Freispruch zulässig. Die offenbar der zitierten Entscheidung des Senats 12 zugrundeliegende Gegenmeinung findet nach *Ratz*²⁰³ im Gesetz keine Deckung.

Für die letztgenannte Ansicht spricht tatsächlich der Wortlaut des § 288 Abs 2 Z 1, wonach der OGH bei Vorliegen der Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 1 bis 5a eine neue Hauptverhandlung anzuordnen und die Sache an die erste Instanz zurückzuverweisen hat. Darüber hinaus ist die Beurteilung der Frage, ob die mangelhaft begründeten Feststellungen (in einer neuen Hauptverhandlung) getroffen werden können, eine Frage der Beweiswürdigung, welche ausschließlich den Tatrichtern, nicht aber dem OGH zuzukommen hat. Für die Gegenmeinung sprechen andererseits prozessökonomische Erwägungen.

Ein Blick auf die Statistik zeigt, dass dann, wenn dem erstinstanzlichen Verfahren bzw Urteil ein **formeller Mangel** anhaftet und deshalb zugunsten des Angeklagten kassatorisch zu entscheiden ist, der OGH der Nichtigkeitsbeschwerde fast durchwegs bereits gem § 285e **in nichtöffentlicher Sitzung** stattgibt. Bei Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile eines Schöffengerichtes hat der OGH im untersuchten Zeitraum lediglich in einem einzigen Fall einen formellen Nichtigkeitsgrund (nämlich § 281 Abs 1 Z 5) erst in öffentlicher Verhandlung wahrgenommen. Jedoch erfolgte in diesem Fall – wie oben dargelegt – keine Zurückverweisung, sondern mit einem Freispruch eine reformatorische Entscheidung²⁰⁴.

Kassatorisch entschied der OGH 2004 wegen des Vorliegens eines formellen Nichtigkeitsgrundes in öffentlicher Verhandlung **nur** in einem Fall, wobei er einer **Fragenrüge** (§ 345 Abs 1 Z 6) stattgab. Dabei handelte es sich um eine **Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten**, der deshalb gem § 285e nicht bereits in nichtöffentlicher Sitzung Folge gegeben werden konnte. In allen anderen Fällen wurden verwirklichte prozessuale Nichtigkeitsgründe bereits in nichtöffentlicher Sitzung wahrgenommen, sodass die Vorgangsweise nach § 288 Abs 2 Z 1 in der Praxis eine Ausnahme darstellt.

²⁰⁰ Dafür *Bertel/Venier*, Rz 960; 14 Os 78/96 unter (irriger?) Berufung auf SSSt 22/25.

²⁰¹ Vgl zu dieser Entscheidung noch unten S 245; alle anderen Senate haben bei Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1 bis 5a hingegen stets kassatorisch entschieden.

²⁰² *Ratz* in WK-StPO, § 288 Rz 13ff; F/F, § 288 Rz 3.

²⁰³ *Ratz* in WK-StPO, § 288 Rz 15.

²⁰⁴ 12 Os 48/04.

**(2) Zu Unrecht gefällttes Unzuständigkeitsurteil,
Nichterledigung der Anklage, Anklageüberschreitung und zu
Unrecht (nicht) aufgetragenes Moniturverfahren**

Hat das Erstgericht zu Unrecht seine Unzuständigkeit ausgesprochen (§ 281 Abs 1 Z 6) oder die Anklage nicht erledigt (§ 281 Abs 1 Z 7), so verweist der OGH die Sache an das Erstgericht zurück und trägt diesem auf, über die ausständigen Fakten zu entscheiden²⁰⁵ (§288 Abs 2 Z 2). Einer kassatorischen Entscheidung bedarf es im Fall der Z 7 aber nicht.

Das Vorliegen einer Anklageüberschreitung im Schöffengerichtsverfahren (§ 281 Abs 1 Z 8) führt – außer wenn nur die Vorschriften der §§ 262; 263 missachtet wurden – zur (ersatzlosen) Aufhebung des Ersturteils²⁰⁶. Im Schwurgerichtsverfahren sieht das Gesetz für den Fall einer Anklageüberschreitung in § 349 Abs 1 ausdrücklich einen Freispruch durch den OGH selbst vor.

Ob auch im Schöffengericht- und Einzelrichterverfahren im Falle einer Anklageüberschreitung ein Freispruch zu erfolgen hat, ist strittig: In mehreren Entscheidungen sprach der OGH den in Überschreitung der Anklage verurteilten Täter nach § 259 Z 1²⁰⁷ bzw Z 3²⁰⁸ frei. Nach anderer, zuletzt in der höchstgerichtlichen Rsp überwiegender Ansicht ist eine über die Aufhebung hinausgehende Formalentscheidung prozesstechnisch entbehrlich, sodass es bei der ersatzlosen Aufhebung des Urteils zu bleiben hat und kein Freispruch zu fällen ist²⁰⁹.

Wurde zu Unrecht eine Monitur aufgetragen (§ 345 Abs 1 Z 10 erster Fall), so entscheidet der OGH auf Grundlage des ursprünglichen Wahrspruchs in der Sache selbst. Hingegen kommt es zu einer Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung an die erste Instanz (§ 350 Abs 2), wenn zu Unrecht eine Verbesserung des Wahrspruches nicht aufgetragen wurde (§ 345 Abs 1 Z 10 zweiter Fall).

All diese Nichtigkeitsgründe sind in der Praxis kaum von Bedeutung. Im untersuchten Zeitraum war lediglich einmal einer dieser Nichtigkeitsgründe, nämlich jener nach § 281 Abs 1 Z 8, verwirklicht, wurde aber bereits in nichtöffentlicher Sitzung wahrgenommen²¹⁰.

Dabei lag die Nichtigkeit in einer Verletzung der Vorschriften des § 262, sodass das Urteil aufgehoben und an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung zurückverwiesen wurde.

²⁰⁵ Seiler, Rz 1029; Bertel/Venier, Rz 962; Ratz in WK-StPO, § 288 Rz 16f.

²⁰⁶ Bertel/Venier, Rz 962; Ratz in WK-StPO, § 288 Rz 8.

²⁰⁷ SSSt 7/48; SSSt 7/70; 12 Os 101/77, 12 Os 35/76.

²⁰⁸ SSSt 19/81, SSSt 7/82, SSSt 6/30, SSSt 5/1.

²⁰⁹ SSSt 53/17; 12 Os 51/92; 15 Os 94/91; 15 Os 84, 85/91; 16 Os 5, 6/90; 14 Os 114/89; SSSt 58/2 = RZ 1987/28; 14 Os 80/88; 9 Os 83/86; 12 Os 35, 52/86; 13 Os 29/86; 15 Os 159/95; Ratz in WK-StPO, § 288 Rz 8.

²¹⁰ 14 Os 67/04; vgl. dazu unten S 117.

(3) *Materielle Mängel*

Bei Vorliegen **materieller Nichtigkeitsgründe** (§ 281 Abs 1 Z 9 -11 bzw § 345 Abs 1 Z 11-13) entscheidet der OGH **in der Sache selbst**, sofern das Erstgericht alle **für die Subsumtion entscheidenden** Tatsachen, die bei richtiger Anwendung des Gesetzes dem Erkenntnis zugrunde zu legen wären (§ 288 Abs 2 Z 3), festgestellt hat.

Die Feststellung dieser entscheidenden Tatsachen muss sich aus den Entscheidungsgründen ergeben, welche allenfalls durch das Erkenntnis verdeutlicht werden können²¹¹. Bei **Entscheidung in der Sache selbst** kann der OGH den Angeklagten gegebenenfalls **auch freisprechen**²¹².

Der Spruch einer Entscheidung, mit der der OGH einer Nichtigkeitsbeschwerde Folge gibt und in der Sache selbst entscheidet, lautet etwa: „Der Nichtigkeitsbeschwerde wird Folge gegeben. Es wird das angefochtene Urteil (bei bloß teilweiser Aufhebung allenfalls: das im Übrigen unberührt bleibt) im Freispruch (bzw: Schuldspruch) sowie im Strafausspruch aufgehoben und in diesem Umfang gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt:...(meist auch: Der Angeklagte (die Staatsanwaltschaft) wird mit seiner Berufung auf diese Entscheidung verwiesen.)“

Liegt ein **Feststellungsmangel** vor, wurden also nicht alle für die Schuld- und Subsumtion entscheidenden Tatsachen festgestellt, so entscheidet der OGH **kassatorisch** und verweist die Rechtssache zurück an den Gerichtshof erster Instanz, gegebenenfalls auch an ein Bezirksgericht. Wenn der Schuldspruch oder auch nur Teile davon aufgehoben werden, muss stets auch jede davon abhängige **Sanktion aufgehoben** werden²¹³. In aller Regel hebt daher der OGH auch dann, wenn nur einzelne von vielen Fakten von der Aufhebung umfasst sind, den Strafausspruch zur Gänze auf. Die Straffestsetzung erfolgt dann hinsichtlich sämtlicher – auch der bereits rechtskräftig gewordenen – Fakten durch das Erstgericht. Allerdings sieht sich der OGH bei überwiegendem Interesse an einer sofortigen Straffestsetzung ausnahmsweise berechtigt, trotz Aufhebung und Zurückverweisung hinsichtlich einzelner Fakten hinsichtlich der rechtskräftig gewordenen Teilschuldsprüche sofort selbst eine Strafe festzusetzen²¹⁴. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn den kassierten Fakten gegenüber den rechtskräftig gewordenen Teilschuldsprüchen nur geringes Gewicht zukommt bzw wenn eine möglichst ungesäumte Einleitung des Strafvollzuges (§ 397) sichergestellt werden soll. Dies erscheint aus prozessökonomischen Gründen in solchen Fällen auch schon deshalb sinnvoll, weil es dem Staatsanwalt die

²¹¹ Ratz in WK-StPO, § 288 Rz 19f.

²¹² Vgl 11 Os 52/04 (Freispruch wg Verjährung); 14 Os 129/04 (Freispruch hins einiger Fakten wg Verjährung).

²¹³ Ratz in WK-StPO, § 289 Rz 7.

²¹⁴ Vgl 12 Os 114/04; SSt 58/64; Ratz in WK-StPO, § 289 Rz 21; Seiler, Rz 1031; zuletzt machte der OGH von dieser Möglichkeit auch in einem medienrächtigen Verfahren gegen einen ehemaligen Bankmanager Gebrauch, 14 Os 143/09z.

Möglichkeit gibt, nach § 192 Abs 1 Z 1²¹⁵ vorzugehen. Angemerkt sei aber, dass eine Straffestsetzung durch den OGH selbst trotz kassatorischer Entscheidung im Bezug auf einen Teil des Urteils in der Praxis eine durchaus seltene Ausnahme darstellt.

Bei trennbarem Urteilsinhalt kann der OGH das Urteil nur teilweise aufheben bzw auch teils kassatorisch, teils in der Sache selbst entscheiden (§ 289).

So hat er zu 12 Os 114/04 der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten – dem zahlreiche Delikte zur Last lagen – teilweise stattgegeben und diesen hinsichtlich eines Faktums (§ 229 Abs 1 StGB) freigesprochen, hinsichtlich einer anderen Tat den Schuldspruch nach §§ 125, 126 Abs 1 Z 5 StGB (lediglich) in seiner Qualifikation nach § 126 Abs 1 Z 5 aufgehoben und insoweit die Sache an das Erstgericht zurückverwiesen, im Übrigen aber die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen und – weil den solcherart rechtskräftig gewordenen Fakten (ua §§ 127, 130 erster Fall, 15 StGB sowie §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 erster Fall, Abs 2, 148 zweiter Fall StGB) immer noch deutlich höheres Gewicht zukam – die Strafe selbst neu festgesetzt.

Wurden für die Schuld oder Subsumtion entscheidende Tatsachen nicht festgestellt, ist jedoch nach dem Akteninhalt die erforderliche Feststellung auch in einem weiteren Rechtsgang nicht zu erwarten, so kann der OGH aus prozessökonomischen Gründen von einer Zurückverweisung absehen und den Angeklagten selbst freisprechen²¹⁶. Dies ist – anders als in den Fällen nach § 288 Abs 1 Z 1²¹⁷ – unumstritten zulässig, weil Z 3 dieser Bestimmung im Gegensatz zu Z 1 ausdrücklich eine Entscheidung in der Sache selbst ermöglicht.

5. Grundrechtliche Aspekte und Stellungnahme

Österreich hat bei der Ratifikation der EMRK einen Vorbehalt gegen das Öffentlichkeitsgebot des Art 6 Abs 1 EMRK erklärt. Nach der Judikatur des EGMR²¹⁸, der sich der VfGH angeschlossen hat²¹⁹, ist dieser Vorbehalt jedoch ungültig.

Dennoch ergeben sich gegen die Erledigung von Nichtigkeitsbeschwerden in nichtöffentlicher Sitzung prinzipiell keine grundrechtlichen Bedenken²²⁰. Nach der Judikatur des EGMR kann nämlich, sofern in erster Instanz eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, das Fehlen einer mündlichen Verhandlung im Rechtsmittelverfahren durch die besonderen Umstände des in Rede stehenden Verfahrens gerechtfertigt sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Verfahren nur die Zulässigkeit des Rechtsmittels betrifft oder bloß Rechtsfragen zu erörtern sind. Der EGMR hat deshalb die Möglichkeit der Zurückweisung nach § 285d Abs 1 ausdrücklich als konventionskonform erachtet²²¹.

²¹⁵ Vor Inkrafttreten der StPO-Reform: § 34 Abs 2.

²¹⁶ Ratz in WK-StPO, § 288 Rz 24; Bertel/Venier, Rz 960.

²¹⁷ Siehe dazu oben S 49.

²¹⁸ Eisenstecken gegen Österreich, EGMR 3.10.2000, ÖJZ 2001/7; vgl dazu Thienel, AnwBl 2001,22.

²¹⁹ B252/99, VfGH am 26.2.2002.

²²⁰ Ratz in WK-StPO, § 285d Rz 1.

²²¹ Bulut gegen Österreich, EGMR 59/1994/506/588, 22.2.1996 = ÖJZ 1996/16.

Genau diese „besonderen Umstände“ liegen im Nichtigkeitsverfahren nach der StPO vor, zumal sich dieses iaR auf die Frage der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde sowie gegebenenfalls auf die Erörterung von Rechtsfragen beschränkt. Deshalb scheint auch der Umstand, dass in der Praxis sogar über 88% aller Nichtigkeitsbeschwerden in nichtöffentlicher Sitzung erledigt werden, unbedenklich: Für die Prüfung der Zulässigkeit macht die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung keinen Sinn. Im Übrigen betrifft das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde vorwiegend Rechtsfragen. Diese können aber vorab schriftlich erörtert werden. Darüber hinaus gilt auch in der öffentlichen Verhandlung Neuerungsverbot, sodass der Nichtigkeitswerber ein Vorbringen, welches er nicht bereits in der Nichtigkeitsbeschwerde erstattet hat, ohnehin nicht mehr nachholen kann. Ein kostenintensiver Gerichtstag erscheint somit idR nicht nötig²²².

Zudem ist es dem OGH jedenfalls – auch bei Entscheidung in öffentlicher Verhandlung – untersagt, selbst Beweisaufnahmen durchzuführen. Der Rechtsmittelrichter hat daher seine Entscheidung aufgrund der Aktenlage zu treffen. Bedenkt man darüber hinaus den Umfang vieler Strafakten, so wird klar, dass das Entscheidungsorgan bereits im Vorfeld einer allfälligen Verhandlung aufgrund der Aktenlage seine Meinung bilden müssen, was in der Praxis im Rahmen des Umlaufverfahrens geschieht²²³. Auch eine öffentliche Verhandlung, in der Neuerungsverbot gilt und keine Beweisaufnahmen durchgeführt werden, sondern vielmehr aufgrund der Aktenlage zu entscheiden ist, wird daran kaum etwas ändern können. Insofern erscheint die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung in den meisten Fällen entbehrlich, weil sie den Rechtsschutz kaum insofern zu steigern vermag, dass dadurch die Erfolgchancen einer Nichtigkeitsbeschwerde erhöht würden.

Dieser Betrachtungsweise steht die vorliegende Statistik keineswegs entgegen, auch wenn die „Erfolgsquote“ der in öffentlicher Verhandlung behandelten Nichtigkeitsbeschwerden höher ist als bei bereits in nichtöffentlicher Sitzung erledigten²²⁴. Dies dürfte nämlich zum einen darauf zurückzuführen sein, dass die große Zahl an Nichtigkeitsbeschwerden, die jedenfalls keinerlei Erfolgsaussicht hätten – sei es, weil sie nicht prozessordnungskonform ausgeführt sind, sei es, weil sie offenbar aussichtslos sind – bereits in nichtöffentlicher Sitzung erledigt wird. Da solcherart nur jene Nichtigkeitsbeschwerden in öffentlicher Verhandlung behandelt werden, die nicht von vornherein völlig aussichtslos sind, vermag die aus der Statistik ersichtliche höhere „Erfolgsquote“ von in öffentlicher Verhandlung erledigten Nichtigkeitsbeschwerden keineswegs zu verwundern. Zum anderen erklärt sich dieser statistische Umstand auch

²²² So auch *Bertel/Venier*, Rz 954.

²²³ Siehe zum Umlaufverfahren oben S 27.

²²⁴ Siehe zu den „Erfolgsquoten“ bei öffentlicher/nichtöffentlicher Behandlung im Detail Anhang Statistik, S 230.

daraus, dass (zum Nachteil des Angeklagten erhobenen) Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft nur in öffentlicher Verhandlung Folge gegeben werden kann.

Sinnvoll erscheint die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung nur dann, wenn der OGH die Strafe neu bemisst oder über eine verbundene Berufung entscheidet – für diesen Fall sieht aber die EMRK die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ohnehin zwingend vor²²⁵.

Letztlich ist daher das Bestreben des OGH, Nichtigkeitsbeschwerden wenn möglich bereits in nichtöffentlicher Sitzung zu verwerfen, durchaus nachvollziehbar. Da bei materiellen Nichtigkeitsgründen (§§ 281 Abs 1 Z 11 bzw 345 Abs 1 Z 13) eine Zurückweisung als offenbar aussichtslos ausgeschlossen ist, stellt der OGH an die Ausführung solcher Nichtigkeitsgründe besonders hohe Anforderungen²²⁶. Dies ist für den Angeklagten allerdings im Ergebnis von Vorteil: Zum Nachteil des Angeklagten verwirklichte Nichtigkeitsgründe sind auch dann (von Amts wegen) wahrzunehmen, wenn sie nicht oder nicht prozessordnungskonform geltend gemacht wurden. Hingegen hat sich eine zum Nachteil des Angeklagten ausgeführte Nichtigkeitsbeschwerde strikt an den vom OGH aufgestellten Anforderungen zu orientieren. Einer solchen Beschwerde kann auch nur aus den geltend gemachten Gründen, nicht aber in eine andere Richtung stattgegeben werden. Der Angeklagte profitiert daher von den hohen Anforderungen, die der OGH an die prozessordnungskonforme Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe stellt, wenn es der Staatsanwaltschaft nicht gelingt, ihre Nichtigkeitsbeschwerde prozessordnungskonform zur Darstellung zu bringen.

Hingegen sind im Bereich der prozessualen Nichtigkeitsgründe die hohen Anforderungen an deren prozessordnungskonforme Geltendmachung aus Sicht des Angeklagten durchaus problematisch, weil hier eine amtswegige Wahrnehmung zu seinem Vorteil ausgeschlossen ist. Dieser ist, wenn ein prozessualer Nichtigkeitsgrund tatsächlich vorliegt, davon abhängig, dass sein Verteidiger diesen auch prozessordnungskonform zur Darstellung bringt, sodass die Erfolgchancen der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten insoweit von den Qualitäten seines Verteidigers abhängig gemacht wird.

²²⁵ Bertel/Venier, Rz 954.

²²⁶ Siehe dazu unten S 126ff.

D. Die Entscheidung

1. Statistik

Im Jahr 2004 entschied der OGH über **Nichtigkeitsbeschwerden gegen** insgesamt **551 Urteile**. Davon bezogen sich **481 auf Schöffen-** und **70 auf Geschworenenurteile**. Dabei traf er folgende Entscheidungen:

Entscheidung	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	400	72,6	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	38	6,9	
Stattgebung und Zurückverweisung ²²⁷	76	13,8	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache ²²⁸	13	2,4	
(Ausschließlich) Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	21	3,8	
Verwerfung/Zurückverweisung und amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	3	0,5	
Gesamt:	Erfolglos	441	79,0
	Erfolgreich ²²⁹	110	20,0

Statistisch zeigen sich dabei beträchtliche Unterschiede zwischen jenen Nichtigkeitsbeschwerden, die gegen Schöffenurteile gerichtet sind und solchen, die sich gegen Geschworenenurteile richten (siehe dazu unten S 171ff). Überraschend große statistische Differenzen weist die Statistik für das Jahr 2004 auch zwischen den fünf Senaten des OGH aus (siehe dazu unten S 179ff).

2. Aufbau und Inhalt der Entscheidungen

Der OGH entscheidet über Nichtigkeitsbeschwerden entweder mit Beschluss oder mit Urteil. Mit **Beschluss** wird dann entschieden, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde bereits **in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen** wird. **In allen anderen Fällen**, also dann, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde zwar zurückgewiesen wird, dabei aber materielle Nichtigkeitsgründe zugunsten des Angeklagten amtswegig wahrgenommen werden, wenn der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben wird sowie bei jeder Form der Entscheidung nach öffentlicher Verhandlung (also auch bei Verwerfung), entscheidet der OGH **mit Urteil**. Weil aber die Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung die praktisch weitaus häufigste Entscheidung ist, bedeutet dies, dass über mehr als **72% aller Nichtigkeitsbeschwerden mit Beschluss** entschieden wurde.

²²⁷ Hier sind auch jene Fälle erfasst, in denen der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben wurde, darüber hinaus aber auch von Amts wegen materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden.

²²⁸ Hier sind auch jene Fälle erfasst, in denen der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben wurde, darüber hinaus aber auch von Amts wegen materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden.

²²⁹ Hier sind alle Entscheidungen erfasst, bei denen ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wurde, egal ob in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen

Im Aufbau unterscheidet sich eine Entscheidung mit Urteil von einer solchen mit Beschluss jedoch nicht. Wie jedes Urteil besteht auch ein Erkenntnis des OGH (egal ob Urteil oder Beschluss) aus einem Kopf, einem Spruch sowie den Entscheidungsgründen. Im Rahmen der Entscheidungsgründe referiert der OGH zunächst die angefochtene Entscheidung, führt dann aus, aus welchen Nichtigkeitsgründen die Entscheidung angefochten wurde und setzt sich schließlich mit der Frage, ob der Nichtigkeitsgrund prozessordnungskonform geltend gemacht wurde sowie gegebenenfalls mit der Frage dessen Vorliegens oder Nichtvorliegens auseinander. Eigene Feststellungen enthält ein OGH-Erkenntnis angesichts des Umstandes, dass dieser keine Beweisaufnahmen durchführen kann, selbstverständlich ebenso wenig wie eine Beweiswürdigung.

Wie die Statistik zeigt, wird ein ganz überwiegender Teil aller Nichtigkeitsbeschwerden, im untersuchten Zeitraum über 72%, bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen. Gegenstand dieser Entscheidungen ist zum größten Teil die – iaR in wenigen Zeilen erfolgende – Darlegung, wieso der behauptete Nichtigkeitsgrund nicht prozessordnungskonform zur Darstellung gebracht wurde oder wieso dieser offenkundig nicht vorliegt. Derartige Erkenntnisse sind meist sehr kurz, über 70% sind nicht länger als zwei Seiten, über 97% übersteigen eine Länge von vier Seiten nicht²³⁰. Nur ganz vereinzelt finden sich bei Entscheidung in nichtöffentlicher Sitzung längere Entscheidungen, wobei diesen durchwegs äußerst umfangreiche Wirtschaftsverfahren zugrunde lagen, sodass die Länge der höchstgerichtlichen Entscheidung sich nicht etwa aus einer besonders ausführlichen Begründung, sondern vielmehr aus dem besonderen Aktenumfang und dem besonderen Umfang der Nichtigkeitsbeschwerden, auf die es (wenn auch nicht inhaltlich) einzugehen galt, ergab²³¹. Selbst diese langen Erkenntnisse verzichten jedoch weitgehend auf eine inhaltliche Argumentation, sondern beschränken sich vielmehr auf die Darlegung, wieso der behauptete Nichtigkeitsgrund nicht deutlich und bestimmt bezeichnet wurde oder offenkundig nicht vorliegt. Mangels inhaltlicher Argumentation verzichtet der OGH bei Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung auch weitgehend auf das Zitieren von Literatur oder Entscheidungen. Wenn sich in solchen Erkenntnissen überhaupt Literaturzitate finden, so beschränken sich diese fast durchwegs²³² auf den StPO-Kommentare von *Foregger/Fabrizy* sowie auf die Darstellung der Nichtigkeitsgründe von *Ratz* im Wiener Kommentar zur StPO oder überhaupt auf Eigenzitate durch Wiedergabe von Entscheidungen aus dem StPO-Kommentar von *Mayerhofer*.

Ähnlich verhält es sich bei Verwerfung in öffentlicher Verhandlung. Auch in diesem Fall beschränken sich die Erkenntnisse weitgehend auf die Darlegung, wieso ein geltend

²³⁰ Alle Seitenzahlangaben beziehen sich auf das Rechtsinformationssystem in der dortigen Schriftgröße.

²³¹ 12 Os 104/03; 13 Os 178/03; 14 Os 92/03.

²³² Vgl als vereinzelt bleibende Ausnahme etwa 14 Os 162/03.

gemachter Nichtigkeitsgrund nicht vorliegt, wobei der OGH seine Entscheidung diesbezüglich meist mit Zitaten anderer Erkenntnisse oder aus den genannten Kommentaren untermauert, bei Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe wird darüber hinaus häufig auch Literatur zum StGB bzw SMG zitiert. Durchschnittlich ist der Text der Entscheidungen bei Verwerfung in öffentlicher Verhandlung ausführlicher als bei Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung. Sind bei Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung mehr als 70% der Erkenntnisse nicht länger als zwei Seiten, so ist dies bei Verwerfung nach öffentlicher Verhandlung nur bei lediglich etwa 18% der Entscheidungen der Fall. Dies erklärt sich freilich auch aus dem Umstand, dass der OGH bei Verwerfung in öffentlicher Verhandlung zumeist (nämlich **in 35 von 38 Fällen**) gleichzeitig über eine mit der Nichtigkeitsbeschwerde **verbundene Berufung** zu entscheiden hatte.

Auch in stattgebenden Entscheidungen zitiert der OGH – nahe liegender Weise – in erster Linie ältere Erkenntnisse. Es versteht sich auch von selbst, dass sich ein Höchstgericht an seiner bisherigen Judikatur orientiert. Mitunter werden die Entscheidungen aber auch mit verschiedenen Literaturzitaten belegt. Eine eingehende inhaltliche Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen erfolgt jedoch bei Entscheidungen über Nichtigkeitsbeschwerden – anders als teilweise bei Erkenntnissen, denen Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes zugrunde liegen – nur relativ selten. Deshalb übersteigen auch über drei Viertel aller stattgebenden Erkenntnisse eine Länge von drei Seiten nicht. Ganz anders verhält es sich jedoch bei bislang ungeklärten oder in der höchstgerichtlichen Judikatur uneinheitlich beantworteten Rechtsfragen, bei denen der OGH seine Entscheidungen auch rechtlich sehr eingehend und ausführlich begründet²³³.

Gibt der OGH einer Nichtigkeitsbeschwerde statt und verweist er die Sache an das Erstgericht zurück, so weist er das Erstgericht idR detailliert darauf hin, was es im zweiten Rechtsgang zu rechtlich berücksichtigen haben wird²³⁴.

Betrachtet man die Entscheidungen des OGH in ihrer Gesamtheit, so beschäftigt sich das Höchstgericht **zum größten Teil nicht mit materiellrechtlichen Problemen**, sondern **primär mit verfahrensrechtlichen Fragen**, nämlich damit, ob ein behaupteter Nichtigkeitsgrund vorliegt oder ob dieser überhaupt prozessordnungskonform zur Darstellung gebracht wurde.

Wenn der OGH allerdings, wie in einem Großteil seiner Erkenntnisse, die Nichtigkeitsbeschwerde mit der Begründung zurückweist, dass sie nicht prozessordnungskonform ausgeführt wurde, und er somit eine bloß formelle Entscheidung über das Rechtsmittel trifft, kann dies durchaus auch daran liegen, dass das Rechtsmittel der Sache nach nicht begründet ist: Ist das erstinstanzliche Verfahren und Urteil fehlerfrei, so wird es dem Rechtsmittelwerber kaum gelingen, einen Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt zu bezeichnen, ohne sich

²³³ Vgl etwa 13 Os 1/07g; 12 Os 119/06a.

²³⁴ Vgl 14 Os 166/03; 13 Os 83/04; 11 Os 55/04 uva.

selbst dem Vorwurf der Aktenwidrigkeit auszusetzen. Das aktenwidrige Vorbringen eines Nichtigkeitsgrundes wiederum führt ebenfalls zur Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

E.Die Nichtigkeitsgründe

1.Einleitung

Nichtigkeitsbeschwerden können nur auf die in den **§§ 281, 281a bzw 345** geregelten **Nichtigkeitsgründe** gestützt werden. Umgekehrt beschäftigen sich die Entscheidungen des OGH primär mit der Frage des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines solchen Nichtigkeitsgrundes. Da diese Frage den zentralen Gegenstand der OGH-Entscheidungen bildet, muss sich auch die vorliegende Darstellung der höchstgerichtlichen Erkenntnisse des Jahres 2004 eingehend mit den Nichtigkeitsgründen auseinandersetzen.

Die **praktische Bedeutung der einzelnen Nichtigkeitsgründe** ist dabei **höchst unterschiedlich**. Wurde etwa im Schöffengericht das Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 5 von knapp 73% aller Beschwerden behauptet, so wurde jener nach Z 1 nicht einmal von 2%, jener nach Z 7 überhaupt in keinem einzigen Fall geltend gemacht. Nachfolgend werden die Nichtigkeitsgründe daher – entsprechend ihrem jeweiligen Gewicht in der Praxis – in unterschiedlichem Umfang dargestellt.

2.Allgemeines

Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur auf bestimmte Nichtigkeitsgründe gestützt werden, welche für Urteile eines Schöffengerichts in §§ 281, 281a bzw für Urteile eines Geschworenengerichts in § 345 taxativ aufgezählt sind. Eine analoge Erweiterung dieser Nichtigkeitsgründe ist nach stRsp nicht zulässig, weil die taxative Aufzählung der Nichtigkeitsgründe jede Analogie ausschließt²³⁵.

Unter den in den §§ 281, 281a bzw 345 geregelten Nichtigkeitsgründen unterscheidet man **formelle**, das sind solche, bei denen die Nichtigkeit in der Verletzung von Grundsätzen oder Vorschriften des Verfahrens besteht, **und materielle Nichtigkeitsgründe**, die in der unrichtigen Anwendung des materiellen Rechts bestehen. Formelle Nichtigkeitsgründe enthalten die §§ 281 Abs 1 Z 1-8, 281a und 345 Abs 1 Z 1-10, materielle die Z 9-11 des § 281 und die Z 11-13 des § 345.

Materielle Nichtigkeitsgründe wirken absolut, dh sie führen – wenn sie „prozessordnungskonform“ geltend gemacht wurden – jedenfalls zu einer Aufhebung oder Korrektur des Urteils. Gem § 290 Abs 1 sind materielle Nichtigkeitsgründe zum Vorteil des Angeklagten auch von Amts wegen wahrzunehmen²³⁶.

²³⁵ Mayerhofer/Hollaender, StPO; § 281 Rz 2; F/F, § 281 Rz 1; RZ 1958,121; EvBl 1959/256; 9 Os 139/79; RZ 1971, 120.

²³⁶ Siehe dazu unten S 126ff.

Unter den **formellen Nichtigkeitsgründen** unterscheidet man **hingegen relative und absolute Nichtigkeitsgründe**. Absolute Nichtigkeitsgründe sind so schwerwiegende Fehler, dass sie immer geltend gemacht werden können, und zwar auch dann, wenn sie im konkreten Fall ohne Einfluss auf das Urteil waren. Bei relativen Nichtigkeitsgründen ist hingegen zu prüfen, ob der verwirklichte Mangel im konkreten Fall Einfluss auf das Urteil haben konnte. Ist unzweifelhaft erkennbar, dass die Formverletzung keinen für den Beschwerdeführer nachteiligen Einfluss auf die Entscheidung haben konnte, können formelle Nichtigkeitsgründe nicht erfolgreich geltend gemacht werden (§ 281 Abs 3). Relativ wirken die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 2, 3 und 4 sowie § 345 Abs 1 Z 3 bis 6 und 10 (§§ 281 Abs 3, 345 Abs 3), alle anderen Nichtigkeitsgründe wirken absolut.

Die erfolgreiche Geltendmachung mancher prozessualer Nichtigkeitsgründe setzt ein prozessuales Tätigwerden in der HV voraus, nämlich die sofortige Geltendmachung (§ 281 Abs 1 Z 1, § 345 Abs 1 Z 1), die Verwahrung gegen die Verlesung des Schriftstückes (§ 281 Abs 1 Z 2, § 345 Abs 1 Z 3) bzw den Widerspruch des Beschwerdeführers (§ 281 Abs 1 Z 4, § 345 Abs 1 Z 5)²³⁷. Relative Nichtigkeitsgründe können gem § 281 Abs 3 bzw § 345 Abs 4 zum Nachteil des Angeklagten überdies nur dann erfolgreich geltend gemacht werden, wenn sich der Ankläger in der HV der Verletzung widersetzt, eine Entscheidung des Gerichts verlangt und sich sofort nach der abschlägigen Entscheidung oder der Weigerung des Gerichts, eine solche Entscheidung zu fällen, die Nichtigkeitsbeschwerde vorbehalten hat.

3. Formelle Nichtigkeitsgründe

a) § 281 Abs 1 Z 1 bzw § 345 Abs 1 Z 1 StPO

(1) Allgemeines

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 1 bzw § 345 Abs 1 Z 1 liegt vor, wenn der Gerichtshof **nicht gehörig besetzt** war, wenn nicht alle Richter der gesamten Verhandlung beiwohnten oder wenn sich ein **ausgeschlossener Richter bzw Schöffe** oder Geschworener²³⁸ an der Entscheidung beteiligte.

Mit der StPO-Reform 2008 wurden in die Regelungen über die Ausgeschlossenheit von Richtern (§ 43) sowie Schöffen und Geschworenen (§ 46) geändert. Das Gesetz unterscheidet in diesen Bestimmungen nun nicht mehr zwischen Ausgeschlossenheit und Befangenheit, sondern gebraucht für Richter (bzw Schöffen und Geschworene) ausschließlich den Begriff der Ausgeschlossenheit, unter die auch bisherige Befangenheitsgründe fallen. Der Begriff der Befangenheit wird hingegen nur für Staatsanwälte und Kriminalpolizei verwendet. Mit BGBl I 2007/93 wurde § 281 Abs 1 Z 1 an diese Neuregelung angepasst. Die nachfolgende Darstellung bezieht sich jedoch auf das Jahr 2004 und damit auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der StPO-Reform.

²³⁷ Steininger, Nichtigkeitsgründe⁴, Erster Teil Rz 69.

²³⁸ F/F, § 281 Rz 30; JBl 1985,563; 13 Os 170/84.

Nach neuer Rsp des OGH²³⁹ sind – entgegen der älteren Judikatur – auch **Verstöße gegen die Geschäftsverteilung** unter dem genannten Nichtigkeitsgrund relevant. Hingegen stellte – anders als die Ausgeschlossenheit – die Befangenheit eines Richters den Nichtigkeitsgrund nicht her und könnte – Antragstellung in der Hauptverhandlung vorausgesetzt – allenfalls Gegenstand einer Verfahrensrüge nach § 281 Abs 1 Z 4 sein²⁴⁰. Der Nichtigkeitsgrund ist weiters verwirklicht, wenn die Richter bzw Schöffen oder Geschworenen nicht der gesamten Hauptverhandlung beigewohnt haben.

Von entscheidender Bedeutung ist, dass der die Nichtigkeit begründende Tatumstand in der HV bei erster Gelegenheit gerügt werden muss.

(2) Statistik

Besetzungsrügen sind in der Praxis **sehr selten**. Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 1 wurde insgesamt **in 9 Fällen** und somit von bloß 1,88% aller Nichtigkeitsbeschwerden im Schöffengerichtverfahren **geltend gemacht**. Verwirklicht war der Nichtigkeitsgrund im Schöffengerichtverfahren in keinem einzigen Fall.

In einem Fall ging der OGH auf die behauptete Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1 nicht ein, weil er der Beschwerde bereits aus Z 5 leg cit Folge gab und das Urteil zur Gänze aufhob²⁴¹.

Ebenfalls selten, aber verhältnismäßig immerhin öfter als im Schöffengerichtverfahren wurden Besetzungsrügen im Geschworenengerichtverfahren (§ 345 Abs 1 Z 1) erhoben, und zwar in 5 Fällen, also von knapp über 7% aller diesbezüglichen Nichtigkeitsbeschwerden. **Verwirklicht** war dieser Nichtigkeitsgrund **in einem Fall**, wobei sich die Nichtigkeit aus einer **Verletzung der Besetzungsvorschrift des § 28 JGG** ergab²⁴².

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 1	481	9	1,9%	0	0
§ 345 Abs 1 Z 1	70	5	7,1%	1	20%

(3) Analyse

Die geringe praktische Bedeutung folgt va aus der in § 281 Abs 1 Z 1 normierten **Rügepflicht**, also daraus, dass der die Nichtigkeit begründende Tatumstand bei erster Gelegenheit gerügt werden muss²⁴³.

²³⁹ 14 Os 72/02; Ratz in ÖJZ 2006/21.

²⁴⁰ 12 Os 95/02; 13 Os 156/03; 15 Os 151/03; F/F, § 281 Rz 30; zur Rechtsänderung durch die StPO-Reform siehe oben.

²⁴¹ 12 Os 14/04.

²⁴² 14 Os 72/04; siehe dazu sogleich unten.

²⁴³ Vgl jedoch RS0125534; 13 Os 115/09z; 13 Os 125/09w; 13 Os 139/09d, wonach nach Änderung der Besetzungsvorschrift des § 32 Abs 1 mit BGBl I 2009/52 dahingehend, dass das Schöffengericht nur noch aus einem Berufsrichter und zwei Schöffen zu bestehen hat, bei nicht der geänderten Senatszusammensetzung

Wurde der Tatumstand dem Beschwerdeführer vor Beginn der HV bekannt, muss sofort zu Beginn der Verhandlung gerügt werden, wurde er erst während der Verhandlung bekannt, so ist er sofort nach Bekanntwerden zu rügen, widrigenfalls der Nichtigkeitsgrund nicht mehr geltend gemacht werden kann. Nimmt daher etwa ein Richter, der den Angeklagten im Vorverfahren vernommen hat, an der Verhandlung teil, so wurde der Ausschließungsgrund dem Angeklagten jedenfalls mit Beginn der Hauptverhandlung bekannt, sodass er idR sofort zu Beginn der Hauptverhandlung zu rügen ist²⁴⁴.

Somit vermag die geringe Erfolgsquote von Besetzungsrügen nicht zu überraschen. Wird ein allenfalls vorhandener Besetzungsmangel rechtzeitig und berechtigter Weise gerügt, wird wohl kaum ein Richter auf einer Teilnahme an der Verhandlung trotz Ausgeschlossenheit oder Unzuständigkeit bestehen. Wird der Mangel aber nicht gerügt, so ist er geheilt und kann in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden.

(a)Erfolgreiche Beschwerde

Die einzige erfolgreiche Besetzungsrüge machte eine Verletzung der Bestimmung des § 28 JGG geltend, wonach in Jugendstrafsachen und in Strafsachen gegen junge Erwachsene (§§ 28 iVm 46a Abs 2 JGG) jedem Geschworenengericht mindestens zwei Geschworene des Geschlechts des Angeklagten sowie vier im Lehrberuf, in der öffentlichen oder privaten Jugendwohlfahrt oder Jugendbetreuung tätige oder tätig gewesene Geschworene angehören müssen. Maßgeblich für die Anwendbarkeit dieser Besetzungsvorschrift ist allein der Zeitpunkt der Tatbegehung. Wurden daher einzelne angeklagte Delikte vor, andere hingegen nach Vollendung des 21. Lebensjahres begangen, so werden vom Besetzungsmangel (nur, aber immerhin) jene Taten erfasst, die vor diesem Zeitpunkt begangen wurden.

Im konkreten Fall²⁴⁵ hatte der Angeklagte einige der ihm zur Last gelegten Delikte vor Vollendung des 21. Lebensjahres, andere danach begangen. Die Geschworenen wurden jedoch nicht der Liste der Geschworenen für Jugendstrafsachen, sondern der allgemeinen Dienstliste für Geschworene entnommen. Der OGH ging deshalb – ohne eine Aufklärung nach § 285f einzuholen – davon aus, dass der Besetzungsvorschrift des § 28 JGG jedenfalls nicht entsprochen wurde. Weil der Beschwerdeführer die nicht gehörige Besetzung rechtzeitig, nämlich gleich zu Beginn der Hauptverhandlung, gerügt hatte, war das Urteil hinsichtlich der vor Vollendung des 21. Lebensjahres begangenen Taten nichtig nach § 345 Abs 1 Z 1.

Bemerkenswerter Weise hielt der OGH in der Entscheidung auch fest, dass – entgegen der älteren Rsp – Verstöße gegen die Geschäftsverteilung grundsätzlich als Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1 relevant sein

entsprechender Besetzung des Schöffensenats mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen auch bei unterlassener Rüge Urteilsnichtigkeit vorliegt: Selbst bei rechtskundigen Verteidigern könne in diesem Fall nämlich nicht von der erforderlichen Kenntnis der wahren prozessualen Rechtslage ausgegangen werden, weil die Besetzungsänderung von einem Einführungserlass des BMJ begleitet worden sei, in dem – unter Vermengung von Gerichtszuständigkeit und Gerichtsbesetzung – die (unrichtige) Rechtsansicht geäußert wurde, das Strafverfahren sei in jener Besetzung weiterzuführen, die im Zeitpunkt der Rechtskraft der Anklage gesetzlich vorgesehen gewesen sei.

²⁴⁴ 12 Os 19/04.

²⁴⁵ 14 Os 72/04.

können²⁴⁶. Weil das Urteil ohnedies bereits aus oben genannten Gründen zu beheben war, musste der OGH allerdings nicht weiter darauf eingehen, ob im konkreten Fall tatsächlich eine Verletzung der Geschäftsverteilung vorlag.

(b)Erfolgreiche Beschwerden

Die Statistik zeigt, dass ein großer Teil aller Besetzungsrügen erfolglos blieb. Bei näherer Betrachtung erweist sich, dass die geringe Erfolgsquote der auf diesen Nichtigkeitsgrund gestützten Beschwerden nicht auf eine besonders restriktive oder formalistische Judikatur des OGH zurückzuführen ist, sondern vielmehr darauf, dass die meisten Beschwerden Sachverhalte als Nichtigkeitsgrund geltend machen wollten, die den genannten Nichtigkeitsgrund von vornherein nicht herstellen können – allen voran die behauptete Befangenheit eines Richters – oder aber darauf, dass die Rügepflicht nach § 281 Abs 1 Z 1 2. Satz verletzt wurde.

Schon infolge **Verletzung der Rügepflicht** mussten insgesamt drei Beschwerden erfolglos bleiben²⁴⁷:

Zu 12 Os 19/04 behauptete der Beschwerdeführer Nichtigkeit aufgrund der Teilnahme eines ausgeschlossenen Richters, weil ein Richter, der den Angeklagten im Vorverfahren (funktional als Untersuchungsrichter) vernommen hatte, als Beisitzer in der HV fungiert habe. Damit musste der Ausschließungsgrund jedoch dem Angeklagten spätestens zu Beginn der HV bekannt gewesen sein, sodass der erstmals in der Nichtigkeitsbeschwerde erhobene Einwand verspätet war.

Zu 12 Os 95/02 machte eine Nichtigkeitsbeschwerde die Ausgeschlossenheit eines Mitglieds des Schöffensenates geltend, obwohl dem Nichtigkeitswerber die behaupteten Ausschließungsgründe bereits vor der HV bekannt sein mussten und er sie im Hauptverfahren nicht gerügt hatte.

Zu 14 Os 87/04 behauptete der Beschwerdeführer Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1, weil ein nach Vertagung der HV als Hauptschöffe eintretender Ersatzschöffe nicht an den bisherigen Beratungen und Abstimmungen teilgenommen habe. Auch dieser Einwand war verspätet, weil er nicht sofort nach Bekanntgabe der geänderten Senatsbesetzung gerügt worden war. Überdies sieht der OGH die mangelnde Teilnahme eines eintretenden Hauptschöffen ohnehin nicht als Nichtigkeitsgrund an, weil Beratung und Abstimmung nicht zur Hauptverhandlung zählen²⁴⁸.

Mehrere Beschwerden mussten scheitern, weil sie unter dem genannten Nichtigkeitsgrund lediglich Umstände geltend machten, welche höchstens einen **Befangenheitsgrund** herstellen können²⁴⁹.

Im Einzelnen war das der Fall:

- durch die Behauptung, der Vorsitzende habe in einem anderen gegen den Beschuldigten geführten Verfahren an einer „Besprechung“ teilgenommen, zumal damit – weil eine Tätigkeit

²⁴⁶ Dazu *Ratz* in ÖJZ 2006/21; anders noch F/F, § 281 Rz 28mwN.

²⁴⁷ 12 Os 19/04; 12 Os 95/02; 14 Os 87/04.

²⁴⁸ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 122.

²⁴⁹ Seit der StPO Reform unterscheidet die StPO nicht mehr zwischen Ausgeschlossenheit und Befangenheit, sodass auch bisherige Befangenheitsgründe Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1 begründen können; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 132; siehe dazu oben S 61.

als Untersuchungsrichter im gegenständlichen Verfahren nicht einmal behauptet wird – höchstens ein Befangenheitsgrund vorliegen könnte²⁵⁰.

- Ebenfalls kein Ausschließungs-, sondern höchstens ein Befangenheitsgrund wurde von der zu 13 Os 58/04 erhobenen Beschwerde behauptet.

Zu 13 Os 156/03 wollte der Beschwerdeführer Nichtigkeit nach Z 1 gar deshalb verwirklicht sehen, weil der Senat, nachdem vom Angeklagten nach Beginn der Verhandlung Strafanzeigen gegen sämtliche Mitglieder des Schöffensenates erstattet wurden, „offensichtlich selbst über die gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Vorwürfe entschieden“ habe, indem er die Ablehnungsanträge abgewiesen und das Verfahren abgeführt habe. Abgesehen davon, dass die damit allenfalls behauptete Befangenheit des Schöffensenates wie erwähnt ohnehin keine Nichtigkeit begründen könnte, entspricht die Vorgehensweise des Erstgerichts dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut des § 74a aF²⁵¹.

Eine weitere Beschwerde musste scheitern, weil sie eine Verletzung der Besetzungsvorschrift des § 28 JGG geltend machte, dabei aber die **Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts übergang**²⁵².

Die Beschwerde behauptete, das Gericht sei nicht entsprechend § 28 JGG besetzt gewesen. Das Erstgericht war allerdings im Urteil – entgegen der Behauptung des Angeklagten – beweiswürdigend von einem Alter des Angeklagten über 21 Jahren ausgegangen. Mit der bloßen Wiederholung der bereits in erster Instanz vorgebrachten Behauptung, der Angeklagte sei noch nicht 21 Jahre alt, konnte die Nichtigkeitsbeschwerde keinen Erfolg haben, weil es nach den ausschlaggebenden Urteilsfeststellungen an der Sachverhaltsgrundlage für eine Anknüpfung an die Besetzungsvorschrift des § 28 JGG mangelte. Die Sachverhaltsgrundlage für die Anwendung der §§ 36 StGB; 28 JGG wäre richtigerweise mit Nichtigkeit nach Z 11 iVm Z 1-5a zu bekämpfen²⁵³.

Nicht hergestellt wird der Nichtigkeitsgrund nach der Rsp des OGH, wenn die Urteilsausfertigung von einem Richter verfasst wird, der an der Verhandlung gar nicht teilgenommen hat²⁵⁴ oder das Urteil durch einen nach der Urteilsverkündung dauerhaft in den Ruhestand versetzten Richter ausgefertigt wurde²⁵⁵. Daher scheiterte die zu 15 Os 20/04 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, die geltend machte, die schriftliche Ausfertigung eines mündlich verkündeten Urteils sei von einem Richter verfasst worden, der an der HV nicht teilgenommen habe. Die Beschwerde führte jedoch keine Umstände an, aus denen sich dies nachvollziehbar ergeben hätte, sodass sie mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes erfolglos bleiben musste. Der OGH wies jedoch auch darauf hin, dass mit dem Einwand, ein Richter, der nicht an der Hauptverhandlung (und Urteilsfällung) teilgenommen habe, habe die Urteilsausfertigung verfasst, überhaupt kein Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werde.

Letzteres erscheint bedenklich, hat doch ein Richter, der an der Verhandlung nicht teilgenommen hat, keinen Eindruck von den darin unmittelbar vorgekommenen Beweisen, sodass er insbesondere die vom

²⁵⁰ 15 Os 151/03.

²⁵¹ Seit dem Strafprozessreformgesetz 2008: § 45 Abs 1.

²⁵² 11 Os 15/04.

²⁵³ Siehe dazu unten S 160.

²⁵⁴ 15 Os 20/04.

²⁵⁵ F/F, § 281 Rz 28.

Schöffensenat auch aufgrund des persönlichen Eindrucks vorzunehmende und im Rechtsmittelverfahren schwer zu bekämpfende Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen und der Verantwortung der Angeklagten kaum durchführen kann. Der insofern diskussionswürdigen Rsp des OGH scheint die Rechtsansicht zugrunde zu liegen, dass sich die Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1 zweiter Fall („wenn nicht alle Richter der ganzen Verhandlung beiwohnten“) nur auf jene Richter bezieht, die an der Fällung des mündlichen Urteils mitwirken, nicht jedoch auf den Verfasser der Urteilsausfertigung, und dass eine analoge Erweiterung der Nichtigkeitsgründe unzulässig ist²⁵⁶.

Wenig überraschend ist die Erfolglosigkeit einer Beschwerde, die bloß unsubstantiiert die unrichtige Besetzung der Geschworenenbank geltend machte, einen konkreten Besetzungsmangel aber nicht einmal behauptete.

Als von vornherein offensichtlich aussichtslos ist schließlich eine Nichtigkeitsbeschwerde einzuordnen, die eine Nichtigkeit iSd § 345 Abs 1 Z 1 daraus ableiten wollte, dass auf der schriftlichen Urteilsausfertigung der Vorname eines Geschworenen falsch geschrieben worden sei. Dies stellt selbstverständlich lediglich einen jederzeit berichtigungsfähigen Fehler und keinen Nichtigkeitsgrund dar²⁵⁷.

b)§ 281 Abs 1 Z 1a bzw § 345 Abs 1 Z 2 StPO

(1)Allgemeines

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1a bzw § 345 Abs 1 Z 2 liegt vor, wenn der Angeklagte **in Fällen der notwendigen Verteidigung nicht während der gesamten Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten** war. Im Verfahren vor dem Schöffen- oder Geschworenengericht besteht gem § 61 Abs 1 Z 4²⁵⁸ stets Verteidigerzwang. Der Nichtigkeitsgrund kann zum Nachteil des Angeklagten nicht geltend gemacht werden (§ 281 Abs 2).

(2)Statistik

Dieser Nichtigkeitsgrund ist in der Praxis von **sehr geringer Bedeutung** und war im untersuchten Zeitraum **in keinem Fall verwirklicht**. Im schöffengerichtlichen Verfahren (§ 281 Abs 1 Z 1a) wurde er lediglich **in drei Fällen** (und damit von nur 0,63% aller Nichtigkeitsbeschwerden) **geltend gemacht**. Eine Verletzung des entsprechenden Nichtigkeitsgrundes im schurgerichtlichen Verfahren (§ 345 Abs 1 Z 2) wurde von keiner einzigen Beschwerde behauptet.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 1a	481	3	0,6%	0	0
§ 345 Abs 1 Z 2	70	0	0,0%	0	0

²⁵⁶ Siehe dazu bereits oben S 60.

²⁵⁷ 12 Os 55/04.

²⁵⁸ Bis zum Strafprozessreformgesetz 2008: § 41 Abs 1 Z 1.

(3)Analyse

Von den drei im Jahr 2004 auf § 281 Abs 1 Z 1a gestützten Nichtigkeitsbeschwerden mussten zwei schon deshalb scheitern, weil sie nicht einmal behaupteten, der Angeklagte sei in der Hauptverhandlung nicht durch einen Verteidiger vertreten gewesen.

Eine davon behauptete Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1a, weil der Angeklagte bei der gem. § 162a durchgeführten kontradiktorischen Zeugenvernehmung, welche in der HV vorgeführt wurde, nicht durch einen Verteidiger vertreten gewesen sei. Nach der Rsp stellt jedoch dieser Nichtigkeitsgrund ausschließlich auf die Anwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung ab, sodass er durch dessen Abwesenheit bei einer kontradiktorischen Zeugenvernehmung im Vorverfahren nicht hergestellt wird²⁵⁹.

Eine weitere Nichtigkeitsbeschwerde stützte sich im Ergebnis bloß auf die (behauptete) mangelnde Qualität der Verteidigung. Mit Nichtigkeit bedroht ist jedoch nach dem klaren Gesetzeswortlaut lediglich die Abwesenheit des Verteidigers, nicht hingegen die mangelnde Qualität der Verteidigung²⁶⁰, ebenso wenig eine Interessenkollision des Verteidigers²⁶¹. Liegt jedoch ein offenkundiges Versagen des Verfahrenshelfers vor, so hat nach der Rsp des EGMR²⁶² das Gericht einzuschreiten, also etwa den Angeklagten zu einer sachgerechten Antragstellung anzuleiten oder allenfalls die Verhandlung zu vertagen²⁶³. Schreitet das Gericht in derartigen Fällen nicht ein, kann das zwar keine Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1a begründen, jedoch nach § 281 Abs 1 Z 4 relevant sein oder Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes oder außerordentlichen Wiederaufnahme (§ 362) sein²⁶⁴.

Im dritten Fall ging der OGH in seiner Entscheidung auf den genannten Nichtigkeitsgrund nicht ein, weil er der Beschwerde bereits aus Z 5 leg cit zur Gänze Folge gab.

Die einzig in rechtlicher Hinsicht erwähnenswerte Entscheidung des Jahres 2004 zum Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1a erging aufgrund einer NBzWdG²⁶⁵.

Dabei schloss sich der OGH – was nur sehr selten vorkommt – der Meinung der Generalprokuratur nicht an und führte aus, dass dann, wenn eine Hauptverhandlung in Abwesenheit des Verteidigers durchgeführt wird, der Mangel saniert ist, wenn das in seiner Abwesenheit durchgeführte Verfahren in seiner Anwesenheit zur Gänze wiederholt wird. Dazu ist demnach keine formelle Neudurchführung (und damit kein Beschluss auf Neudurchführung des Verfahrens) nötig, sondern es genügt, wenn der in Abwesenheit des Verteidigers durchgeführte Verfahrensabschnitt inhaltlich wiederholt wird. Dies ist nach Ansicht des OGH schon dann der Fall, wenn in der in Abwesenheit des Verteidigers durchgeführten (ersten) Hauptverhandlung lediglich der Erst- und Zweitangeklagte vernommen wurden und diese in der fortgesetzten Hauptverhandlung – in Anwesenheit des Verteidigers – auf ihre bisherigen Verantwortungen verweisen, weil dadurch deren Einlassungen Gegenstand der nunmehrigen Verhandlung werden, und zwar selbst dann, wenn der neuerliche Vortrag der Anklage unterbleibt, zumal es dem Verteidiger jederzeit offen steht, zu der ihm schriftlich zugestellten und bereits in der ersten Verhandlung vorgetragenen Anklage Stellung zu nehmen.

²⁵⁹ 13 Os 113/04; F/F, § 162a Rz 1.

²⁶⁰ 14 Os 92/03; F/F, § 281 Rz 31a; JUS 6/3202.

²⁶¹ 14 Os 92/03.

²⁶² EGMR 27.4.2006, *Sannino* gg Italien, Nr 30961/03; *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 6 EMRK Rz 209.

²⁶³ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 163, 315; 13 Os 109/07i; RS 0096346.

²⁶⁴ *Ratz* in WK-StPO; § 281 Rz 163.

²⁶⁵ 13 Os 55/04; siehe dazu ausführlicher unten S 245f.

c)§ 281 Abs 1 Z 2 bzw § 345 Abs 1 Z 3 StPO

(1)Allgemeines

Nichtig gem § 281 Abs 1 Z 2 bzw § 345 Abs 1 Z 3 ist ein Urteil dann, wenn in der Hauptverhandlung gegen den Widerspruch des Beschwerdeführers ein Protokoll oder ein anderes amtliches Schriftstück über eine nichtige Erkundigung oder Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren verlesen wird. Bis zum Inkrafttreten der Strafprozessreform 2008 stellte das Gesetz auf die Verlesung eines Schriftstücks über einen **nichtigen Voruntersuchungs- oder Vorerhebungsakt** ab.

Es handelt sich um einen relativen Nichtigkeitsgrund, der nur geltend gemacht werden kann, wenn erkennbar ist, dass die Verlesung Einfluss auf das Urteil haben konnte (§ 281 Abs 3). Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 2 kommt nur in Betracht, wenn das Gesetz einen bestimmten Vorgang **ausdrücklich für nichtig erklärt**²⁶⁶.

Ausschlaggebend für die äußerst **geringe praktische Relevanz** dieses Nichtigkeitsgrundes vor Inkrafttreten der Strafprozessreform 2008 war, dass nach stRsp nur gerichtliche Akte, **nicht aber die eigenständige Ermittlungstätigkeit der Sicherheitsbehörden iSd § 24 aF erfasst** waren²⁶⁷. Dies entsprach zwar dem Wortlaut des Gesetzes, führte jedoch im Ergebnis zu einer Rechtsschutzlücke, zumal in der Praxis selbständige polizeiliche Vorerhebungsakte die Regel darstellten. In diesem Bereich bestand insofern eine beträchtliche Rechtsschutzlücke, die durch die Strafprozessreform geschlossen wurde²⁶⁸.

Der Nichtigkeitsgrund ist **rügepflichtig**, kann also nur releviert werden, wenn der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung der Verlesung des nichtigen Vorerhebungs- oder Voruntersuchungsaktes widersprochen hat. Die Verwahrung muss **ausdrücklich und unmissverständlich** sowie idR vor Verlesung des Protokolls erfolgen²⁶⁹.

(2)Statistik

Der dargestellte Nichtigkeitsgrund hatte im untersuchten Zeitraum nur äußerst geringe Bedeutung. Er wurde in Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile der Schöffengerichte (§ 281 Abs 1 Z 2) lediglich **in fünf Fällen (1,04%) geltend gemacht**, war jedoch **in keinem**

²⁶⁶ Das waren vor Inkrafttreten der StPO-Reform 2008: §§ 71 Abs 1; 97 Abs 2; 120; 151; 152; 170; seit 1.1.2008: §§ 44 Abs 1; 45 Abs 2; 126 Abs 4; 144 Abs 1; 152 Abs 1; 155 Abs 1; 157 Abs 2; 159 Abs 3; 166 Abs 2.

²⁶⁷ 15 Os 14/04; RZ 1976/118; F/F, § 281 Rz 32; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 183; krit Seiler, Rz 905.

²⁶⁸ Bereits nach der Rechtslage vor der StPO-Reform für die Anwendung des Nichtigkeitsgrundes nach §281 Abs 1 Z 2 selbständiger polizeilicher Vorerhebungsakte, weil Formvorschriften für den Untersuchungsrichter umso mehr auch für die Polizei gelten müssten, Venier, AnwBl 2000, 330f; Bertel/Venier, Rz 889; dagegen Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 185ff, demzufolge der von Venier vorgenommene Größenschluss unzulässig sei, weil eine planwidrige Lücke auszuschließen sei.

²⁶⁹ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 191; Seiler, Rz 903; vgl etwa 11 Os 101/04.

Fall tatsächlich **verwirklicht**. Das Vorliegen des entsprechenden Nichtigkeitsgrundes im schwurgerichtlichen Verfahren wurde nicht einmal in einer einzigen Beschwerde behauptet.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 2	481	5	1,0%	0	0
§ 345 Abs 1 Z 3	70	0	0,0%	0	0

(3)Analyse

Eine der nur fünf auf § 281 Abs 1 Z 2 gestützten Nichtigkeitsbeschwerden scheiterte schon aufgrund der **Verletzung der Rügepflicht**, zumal sich der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung nicht gegen die Verlesung des angeblich nichtigen Vorerhebungs- oder Voruntersuchungsaktes verwehrt hatte²⁷⁰.

Eine weitere Nichtigkeitsbeschwerde stützte sich darauf, dass Protokolle angeblich nichtiger sicherheitsbehördlicher Erhebungsakte verlesen wurden. Angesichts der – wenn auch diskussionswürdigen – Rsp, wonach eigenständige polizeiliche Ermittlungstätigkeit den genannten Nichtigkeitsgrund nicht herstellen konnte, musste diese Beschwerde erfolglos bleiben.

Ob der verlesene polizeiliche Erhebungsakt überhaupt gegen mit Nichtigkeit bedrohte Bestimmungen der StPO verstieß, lässt sich dem OGH-Erkenntnis nicht entnehmen, weil dieser sich mit einem Hinweis auf die dargestellte Rsp begnügte, ohne auf den verlesenen Erhebungsakt einzugehen²⁷¹.

In zwei Fällen²⁷² behauptete der Beschwerdeführer Nichtigkeit aus Z 2, weil bei in der – in der Hauptverhandlung verlesenen – kontradiktorischen Zeugenvernehmung nicht durch einen Verteidiger vertreten gewesen sei, was keine Nichtigkeit des Vorerhebungsaktes bewirken konnte, zumal bei einer kontradiktorischen Zeugenvernehmung kein Verteidigerzwang besteht²⁷³.

Zu 11 Os 34/04 wurde schließlich Nichtigkeit einer im Vorverfahren durchgeführten Zeugenvernehmung geltend gemacht, weil die Zeugin im Vorverfahren nicht ausreichend über das ihr nach § 152 Abs 1 Z 2 aF zukommende Entschlagungsrecht belehrt worden sei. Allerdings hatte das Erstgericht mit in der Hauptverhandlung – mit formell mängelfreier Begründung – verkündetem Beschluss beweismäßig festgestellt, dass eine hinreichende Belehrung im Vorverfahren erfolgt sei. Der OGH wies die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass die Sachverhaltsgrundlage für die Anwendung einer prozessualen

²⁷⁰ 11 Os 101/04.

²⁷¹ 15 Os 14/04.

²⁷² 11 Os 159/03; 13 Os 113/04.

²⁷³ *Kirchbacher* in WK-StPO, § 165 Rz 13.

Vorschrift vom Erstgericht in freier Beweiswürdigung festgestellt werde und im Rechtsmittelverfahren nur nach den Kriterien des § 281 Abs 1 Z 5 bekämpft werden könne.

d)§ 281 Abs 1 Z 3 bzw § 345 Abs 1 Z 4 StPO

(1)Allgemeines

Wesentlich **größere praktische Bedeutung** als den bisher dargestellten Nichtigkeitsgründen kommt jenem nach § 281 Abs 1 Z 3 bzw § 345 Abs 1 Z 4 StPO zu. Er liegt dann vor, wenn **in der Hauptverhandlung eine Vorschrift verletzt oder vernachlässigt** wurde, deren Beobachtung **im Gesetz ausdrücklich bei sonstiger Nichtigkeit vorgeschrieben** ist. Die in Betracht kommenden Nichtigkeitsdrohungen der StPO sind in beiden Bestimmungen erschöpfend aufgezählt²⁷⁴, darüber hinaus ist aber auch die Verletzung von in Nebengesetzen enthaltenen, bei sonstiger Nichtigkeit zu beobachtenden Vorschriften relevant²⁷⁵ (zB §§ 39 Abs 3, 41 Abs 2 JGG, § 41 Abs 6 BWG). **Nicht** unter die von § 281 Abs 1 Z 3 angeführten Bestimmungen fallen **Verletzungen des Art 6 MRK**. Diese können vielmehr – bei Erfüllung der dort aufgestellten Voraussetzungen – Gegenstand einer Rüge nach § 281 Abs 1 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 sein.

Zum Vorteil des Angeklagten kann der Nichtigkeitsgrund **auch ohne Rüge** in der Hauptverhandlung geltend gemacht werden, die Geltendmachung zu dessen Nachteil setzt hingegen eine vorherige Rüge des Staatsanwalts voraus (§ 281 Abs 3). Der Nichtigkeitsgrund wirkt aber stets bloß relativ (§§ 281 Abs 3; 345 Abs 3 und 4).

(2)Statistik

Wie die Statistik zeigt, handelt es sich um einen **praktisch** durchaus **bedeutsamen** Nichtigkeitsgrund. Er wurde in Nichtigkeitsbeschwerden gegen schöffengerichtliche Urteile **71-mal**, somit in 14,8% aller Fälle, **geltend gemacht**. In **fünf** Fällen (7,0%) wurde den Beschwerden diesbezüglich **Folge gegeben**. Somit war unter den prozessualen Nichtigkeitsgründen lediglich jener nach § 281 Abs 1 Z 5 häufiger verwirklicht.

Der entsprechende Nichtigkeitsgrund (§ 345 Abs 1 Z 4) im schwurgerichtlichen Verfahren wurde von **11 Beschwerden geltend** gemacht, wobei immerhin einer diesbezüglich Erfolg beschieden war.

²⁷⁴ Die Aufzählung der nichtigkeitsbegründenden Bestimmung in § 281 Abs 1 Z 3 bzw § 345 Abs 1 Z 4 wurde mit BGBl I 2007/93 an die im Zuge der StPO-Reform geänderten Vorverfahrensbestimmungen angepasst. Die nachfolgende Darstellung bezieht sich auf die Rechtslage vor der StPO Reform.

²⁷⁵ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 193; § 281 Rz 33; Seiler, Rz 916.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 3	481	71	14,8%	5	7,0%
§ 345 Abs 1 Z 4	70	11	15,7%	1	9,1%

(3)Analyse

(a)Erfolgreiche Beschwerden

Alle 6 Nichtigkeitsbeschwerden, denen aus § 281 Abs 1 Z 3 bzw § 345 Abs 1 Z 4 stattgegeben wurde, wurden jeweils vom Angeklagten erhoben.

Zur **Stattgebung** wegen Nichtigkeit aus dem dargestellten Nichtigkeitsgrund führten in drei Fällen **unterlassene²⁷⁶ bzw verfehlte²⁷⁷ Belehrungen** über ein einem Zeugen zukommendes Entschlagungsrecht **nach § 152 Abs 1 Z 1 aF²⁷⁸**:

- Zu 12 Os 116/04 wurde ein Zeuge noch vor seiner Einvernahme in der Hauptverhandlung sowohl vom Angeklagten als auch von einer anderen Zeugin dahingehend belastet, dass er dem Angeklagten Suchtgift verkauft habe. Weil das Gericht in der Folge den Zeugen nicht über das ihm nach § 152 Abs 1 Z 1 aF zukommende Entschlagungsrecht belehrte, hob der OGH das Urteil wegen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 auf.
- Zu 14 Os 1/04 hatte der Erstrichter zwar den als Zeugen vernommenen Suchtgiftkonsumenten ihr Entschlagungsrecht nach § 152 Abs 1 Z 1 aF vorgehalten, jedoch (verfehelter Weise) hinzugefügt, dass diese bei wahrheitsgemäßer Beantwortung keine Befürchtung haben müssten, irgendwelche Probleme zu bekommen, da sie nur Abnehmer seien. Aufgrund dieses verfehlten Vorhalts hob der OGH das angefochtene Urteil auf.
- Zu 12 Os 24/04 hatte der des versuchten Raubes beschuldigte Angeklagte sich dahingehend verantwortet, dass er selbst zuvor vom Opfer durch den Diebstahl zweier Playstation-Konsolen in Höhe des geforderten Betrages geschädigt worden sei. Weil er das Tatopfer somit einer strafbaren Handlung beschuldigte, das Gericht bei dessen Zeugenvernehmung jedoch ein Belehrung nach § 152 Abs 1 Z 1aF unterließ, lag Nichtigkeit iSd § 281 Abs 1 Z 3 vor.

In zwei Fällen bewirkten **Verstöße gegen das Verlesungsverbot nach § 252²⁷⁹** Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3. In beiden Fällen ging es um die unzulässige Umgehung des Verlesungsverbot durch die in der Hauptverhandlung erfolgte Vernehmung eines Polizeibeamten als sog Verhörsperson über die Angaben, die ein namentlich nicht bekannt gegebener verdeckter Ermittler ihm gegenüber getätigt hatte. Diesbezüglich sprach der OGH

²⁷⁶ 12 Os 24/04; 12 Os 116/04.

²⁷⁷ 14 Os 1/04.

²⁷⁸ Vgl seit 1.1.2008 §§ 156; 157.

²⁷⁹ 13 Os 153/03; 14 Os 63/04.

aus, dass die durch die innerstaatliche Amtsverschwiegenheit bewirkte Unmöglichkeit, das Erscheinen eines Zeugen zu bewerkstelligen, grundsätzlich nicht als Verlesungsermächtigung nach § 252 Abs 1 Z 1 verstanden werden kann²⁸⁰.

In einem Fall lag aufgrund der **unzulässigen Verlesung eines Sachverständigengutachtens** über die Voraussetzungen der Unterbringung in einer Anstalt nach § 21 Abs 2 StGB Nichtigkeit nach **§ 281 Abs 1 Z 11 iVm Z 3** vor²⁸¹.

Das Erstgericht hatte das im Akt erliegende Sachverständigengutachten der im Hauptverfahren nicht anwesenden Sachverständigen verlesen, obwohl die Voraussetzungen des § 252 Abs 1 Z 1 ebenso wenig vorlagen wie ein Einverständnis der Parteien.

Bei einem weiteren Erkenntnis wäre zwar Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 infolge Fehlens einer dem Gebot des § 260 Abs 1 Z 1 entsprechenden Individualisierung der Tat vorgelegen, wurde allerdings nicht schlagend, weil das Urteil ohnehin wegen Nichtigkeit nach Z 5 zu kassieren war²⁸².

(b)Erfolgreiche Beschwerden

Auch wenn der OGH auf den in Rede stehenden Nichtigkeitsgrund gestützten Beschwerden in immerhin sechs Fällen Folge gegeben hat, erscheint die Erfolgsquote der entsprechenden Beschwerden mit 7 % (im Schöffengerichtverfahren) und 9,1 % (im Geschworenengerichtverfahren) auf den ersten Blick sehr niedrig.

Bei näherer Betrachtung relativiert sich dies jedoch insofern, als von zahlreichen Beschwerdeführern der Nichtigkeitsgrund bzw die jeweilige mit Nichtigkeit bedrohte Bestimmung der StPO missverstanden wurde und daher **oftmals nichtigkeitsbegründende Umstände nicht einmal behauptet** wurden.

So hielt ein Beschwerdeführer – in völliger Verkennung des Wesens des § 152 aF, der nur Zeugen, nicht aber Angeklagte betrifft, welche ohnehin nicht zu einer Aussage gezwungen werden können – ein Verfahren gegen zwei gemeinsam angeklagte Brüder für nichtig, weil diese im Rahmen ihrer Beschuldigtenvernehmung nicht über ihr Entschlagungsrecht nach § 152 Abs 1 Z 2 aF belehrt worden seien²⁸³. Ebenso wenig konnte eine Beschwerde erfolgreich sein, die Nichtigkeit nur darin erkennen wollte, dass im Hauptverhandlungsprotokoll bei einer tatsächlich erfolgten Belehrung über ein dem Zeugen zukommendes Entschlagungsrecht aufgrund eines Schreibfehlers § 252 statt § 152 protokolliert worden war²⁸⁴. Eine weitere Beschwerde stützte sich darauf, dass ein allgemein gerichtlich beeideter Sachverständiger in der HV nicht neuerlich beeideter worden sei.

Keine Nichtigkeit nach Z 3, sondern allenfalls nach § 281 Abs 1 Z 5 kann ferner ein Widerspruch zwischen Erkenntnis und Entscheidungsgründen darstellen²⁸⁵. Ebenfalls kein Nichtigkeitsgrund nach Z 3 wurde – mangels ausdrücklicher Nichtigkeitsdrohung – mit dem Vorbringen behauptet, Unterlagen der Finanzbehörden

²⁸⁰ 13 Os 153/03; 14 Os 63/04; vgl dazu auch 14 Os 107/04.

²⁸¹ 11 Os 31/04.

²⁸² 14 Os 85/04.

²⁸³ 12 Os 120/03.

²⁸⁴ 13 Os 10/04.

²⁸⁵ 13 Os 143/04.

seien dem Gericht nicht vorgelegt worden²⁸⁶. Ebenso begründet die Einvernahme eines Tatopfers in Abwesenheit des Angeklagten nicht nur keine Nichtigkeit, sondern ist vielmehr in § 250 Abs 1 ausdrücklich vorgesehen²⁸⁷.

In all diesen Fällen liegt es auf der Hand, dass die Beschwerden erfolglos bleiben mussten.

In einigen Fällen zeigte sich ferner die **Relativität** des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 3:

Dies war zB bei einer Beschwerde der Fall, mit der der Angeklagte das Fehlen einer Belehrung nach § 152 Abs 1 Z 1 aF behauptete, dabei aber übersah, dass zu dem Anklagevorwurf, zu dem die betroffene Zeugin ausschließlich vernommen worden war, gar kein Schuldspruch erfolgte, sodass er durch eine allenfalls unterlassene Belehrung gar nicht beschwert sein konnte²⁸⁸.

Ebenso konnte durch das Unterlassen der nach § 250 Abs 1 gebotenen Belehrung des Angeklagten über den Inhalt der in seiner Abwesenheit erfolgten Aussage der Mitangeklagten die Entscheidung nicht nachteilig beeinflusst werden, weil der Verteidiger des Angeklagten während der gesamten abgesonderten Vernehmung anwesend war und die Mitangeklagten den aus dem Saal entfernten Beschwerdeführer in seiner Abwesenheit nicht belasteten²⁸⁹.

Zentrale Bestimmungen, deren Verletzung von auf § 281 Abs 1 Z 3 bzw 345 Abs 1 Z 4 gestützten Nichtigkeitsbeschwerden besonders häufig behauptet wird, sind die Entschlagungsrechte nach § 152 aF²⁹⁰ sowie die Verlesungsverbote des § 252 Abs 1.

Mehrere Nichtigkeitsbeschwerden, die eine unzulässige **Verlesung gerichtlicher und sicherheitsbehördlicher Vernehmungsprotokolle** behaupteten, übergingen, dass im konkreten Fall die Verlesung einverständlich erfolgte und daher zulässig war. (§ 252 Abs 1 Z 4)²⁹¹.

Die Zustimmung zur Verlesung kann auch konkludent erteilt werden, wobei für die Annahme konkludenter Zustimmung über das bloße Stillschweigen hinaus weitere Anhaltspunkte vorliegen müssen, die unzweideutig auf ein Verlesungseinverständnis schließen lassen²⁹².

Bei der Formulierung einer beschränkten Zustimmungserklärung zur Verlesung ist Vorsicht geboten: So hat zu 14 Os 107/04 der Angeklagte dem Vorkommen des Berichts eines verdeckten Ermittlers, über den ein anderer Polizeibeamter vernommen werden sollte, grundsätzlich zugestimmt und nur insoweit eine Ausnahme gemacht, als „die darin hervorgekommenen Ermittlungsergebnisse nicht durch unmittelbare in der Hauptverhandlung aufgenommene Beweise ihre Deckung finden“. Diese Erklärung konnte nach Auffassung des OGH vom Vorsitzenden nur dahingehend verstanden werden, dass der Bericht, soweit der vernommene Polizeibeamte darüber zu berichten wusste, verlesen werden durfte. Damit habe auch eine sonst unzulässige Zeugenaussage über den Inhalt des Schriftstückes verwertet werden dürfen, weil sie unmittelbar in der HV als Beweis vorgekommen sei. Auch könne von einem Erklärenden verlangt werden, dass er, wenn für ihn erkennbar

²⁸⁶ 13 Os 58/04.

²⁸⁷ 12 Os 121/03.

²⁸⁸ 13 Os 11/04.

²⁸⁹ 14 Os 92/03; 13 Os 87/04.

²⁹⁰ Seit dem Strafprozessreformgesetz 2008: §§ 156 und 157.

²⁹¹ ZB 11 Os 77/04; 15 Os 13/04.

²⁹² 15 Os 63/04; F/F, § 252 Rz 12; *Mayerhofer/Hollaender*, StPO, § 252 E 51a.

ist, dass das Gericht seiner Erklärung einen bestimmten Sinn beimisst, sogleich einen von diesem Verständnis abweichenden Sinn seiner Prozessklärung klarstellt und nicht erst im Rechtsmittel eine angebliche Divergenz zu behauptet.

Mehrere Beschwerden, die eine Verletzung der Verlesungsverbote nach § 252 behaupteten, verwarf der OGH deshalb, weil die Voraussetzungen für eine Verlesung nach § 252 Abs 1 Z 1 vorlagen.

In mehreren Fällen waren Zeugen im Hauptverfahren – obwohl das Erstgericht jeweils ausreichende Nachforschungen, unter anderem durch Ausforschungsersuchen an die Polizei und durch Ausschreibung des Zeugen zur Aufenthaltsermittlung im EKIS, angestellt hatte – für eine Vernehmung im Hauptverfahren nicht mehr auffindbar, sodass das Erstgericht jeweils die im Vorverfahren aufgenommenen Protokolle verlas²⁹³, in einem weiteren Fall wurde verlesen, weil der Zeuge aufgrund seines Gesundheitszustandes zu einer Aussage im Hauptverfahren nicht in der Lage war²⁹⁴.

Verletzungen des Verlesungsverbotes nach § 252 Abs 1 wurden – und zwar durchwegs erfolglos – ferner häufig im Zusammenhang mit der **Verlesung** von Protokollen im Vorverfahren gem § 162a durchgeführter **kontradiktorischer Zeugenvernehmungen** behauptet²⁹⁵.

Gem § 252 Abs 1 Z 2a dürfen amtliche Protokolle über die Vernehmung entschlagungsberechtigter Zeugen auch dann verlesen werden, wenn diese von ihrem Entschlagungsrecht Gebrauch machen, die Parteien jedoch die Möglichkeit hatten, sich an einer vorangehenden gerichtlichen Vernehmung der Zeugen zu beteiligen. Die Aussageverweigerung eines nach § 152 Abs 1 Z 2a bzw 3 aF hierzu berechtigten Zeugen ist an keine bestimmte Form gebunden und kann auch außerhalb der Hauptverhandlung abgegeben werden. Eine Entschlagungserklärung kann nach entsprechender Belehrung (die nicht zwingend durch den Richter erfolgen muss²⁹⁶) daher insbesondere bereits bei der Vernehmung nach § 162a aF abgegeben werden. Eine Wiederholung der Abklärung der Formalfrage nach dem Verzicht auf das Entschlagungsrecht in der Hauptverhandlung ist nach der Rsp generell nicht geboten²⁹⁷, was durchaus zu begrüßen ist, weil andernfalls der Zweck des § 162a aF, dem Opfer ein Erscheinen bei der Hauptverhandlung und eine psychisch belastende Konfrontation mit dem Täter zu ersparen, konterkariert würde. Der Angeklagte hat daher idR keinen Anspruch auf Ladung des bereits im Vorfeld nach § 162a aF vernommenen Opfers zur Hauptverhandlung, wenn dieses bereits bekanntgab, sich in der Hauptverhandlung der Aussage entschlagen zu wollen. Ein Antrag auf Ladung eines solchen Zeugen könnte uU unter dem Aspekt des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 4 relevant sein, allerdings nur dann, wenn der Antragsteller dartut, dass der Zeuge trotz seiner Entschlagungserklärung nunmehr doch zur Aussage bereit sein werde. Dies wird jedoch in der Praxis nicht möglich sein, weil der Verteidiger (oder gar der Angeklagte selbst) dazu unzulässiger Weise Kontakt mit dem Opfer aufnehmen müsste.

Ist eine Verlesung der in einer kontradiktorischen Vernehmung zustande gekommenen Aussage gem §252 Abs 1 Z 2a zulässig, so sieht der OGH auch die Verlesung sämtlicher amtlicher Schriftstücke über davor abgelegte Aussagen des Zeugen als zulässig an, sofern deren Inhalt den Parteien bekannt war oder sie

²⁹³ 14 Os 163/03; 14 Os 87/04.

²⁹⁴ 11 Os 85/04.

²⁹⁵ Vgl etwa 11 Os 39/04; 11 Os 34/04; 15 Os 58/04.

²⁹⁶ 11 Os 34/04.

²⁹⁷ 11 Os 34/04; 15 Os 58/04; 12 Os 5/03; dazu krit. *Schwaighofer*. ÖJZ 2006/17, demzufolge § 152 aF (nunmehr § 156 Abs 1 Z 2) auch so ausgelegt werden könne, dass das Entschlagungsrecht hinsichtlich neuer, später hinzugekommener Umstände nicht zustehe und kontradiktorisch vernommene Zeugen insoweit zur neuerlichen Aussage verpflichtet wären.

zumindest davon Kenntnis haben konnten²⁹⁸, zumal in diesem Fall die Parteien in der kontradiktorischen Vernehmung die Gelegenheit hatten, dem Zeugen Vorhalte zu machen und allfällige Widersprüche aufzudecken. Dies ist freilich dann bedenklich, wenn der Angeklagte in der kontradiktorischen Vernehmung – für die grundsätzlich keine Anwaltpflicht besteht, nicht anwaltlich vertreten war.

Entgegen dieser Judikatur wurden ua in folgenden Fällen nichtigkeitsbegründende Verletzungen des Verlesungsverbot nach § 252 erfolglos behauptet:

- Zu 11 Os 39/04 erblickte der Nichtigkeitswerber einen nichtigkeitsbegründenden Verstoß gegen § 252 Abs 1 in der Verlesung der Protokolle über die kontradiktorische Vernehmung des Opfers eines Sexualdelikts sowie über dessen vorangegangene Vernehmung vor der Polizei. Im Rahmen der kontradiktorischen Vernehmung hatte die Zeugin jedoch bereits unmissverständlich erklärt, in der Hauptverhandlung nicht mehr aussagen zu wollen. Somit erfolgte die Verlesung der Aussage des Opfers sowohl in der kontradiktorischen Vernehmung als auch vor der Polizei gesetzeskonform.
- Zu 11 Os 34/04 hatte das Tatopfer in einem Verfahren wegen des Verbrechens nach § 206 StGB ebenfalls im Rahmen seiner kontradiktorischen Vernehmung im Vorverfahren erklärt, in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 152 Abs 1 Z 2a aF Gebrauch machen zu wollen und war im Rahmen der zunächst durchgeführten Hauptverhandlung auch nicht als Zeugin vernommen worden. Nach (aus anderen Gründen erfolgter) Aufhebung des darauf basierenden Urteils beantragte der Angeklagte im zweiten Rechtsgang die Vernehmung der Zeugin in der neuen Hauptverhandlung zur Frage, „ob diese von ihrem Entschlagungsrecht Gebrauch machen wolle bzw ob sie das überhaupt verstanden habe“. Diesen Antrag wies der Schöffensenat mit der (mängelfreien) Begründung ab, die Zeugin habe von ihrem Recht nach § 152 Abs 1 Z 2a aF nicht nur hinsichtlich der Hauptverhandlung im ersten Rechtsgang, sondern generell Gebrauch machen wollen und begnügte sich dementsprechend mit der Verlesung der Protokolle des Vorverfahrens. Auch in diesem Fall erfolgte die Verlesung rechtmäßig, weil eine mehrmalige Abklärung der Formfrage, ob ein Zeuge von seinem Entschlagungsrecht Gebrauch machen will, nicht geboten ist.
- Zu 15 Os 58/04 wollte der Nichtigkeitswerber einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 252 Abs 1 Z 2a darin erblicken, dass das Protokoll über die kontradiktorische Vernehmung des Tatopfers in der Hauptverhandlung verlesen wurde, obwohl dieses die Entschlagungserklärung bereits am Ende der kontradiktorischen Vernehmung im Vorverfahren abgegeben hätte und die Hauptverhandlung erst 6 Monate später stattgefunden habe.
- In einem Verfahren wegen des Verbrechens des grenzüberschreitenden Prostitutionshandels nach § 217 Abs 1 StGB machte die Nichtigkeitsbeschwerde geltend, die Verlesung von Protokollen kontradiktorischer Zeugenvernehmungen im Vorverfahren sei infolge fehlender Entschlagungsberechtigung unrechtmäßig erfolgt. Nach der Rsp²⁹⁹ ist jedoch auch ein Zuwiderhandeln gegen § 217 StGB geeignet, die Geschlechtssphäre zu verletzen, sodass die Verlesung gesetzeskonform erfolgte. Im Übrigen erfolgte die Verlesung nach dem HV-Protokoll im konkreten Fall einverständlich.

²⁹⁸

11 Os 39/04; 13 Os 121/02; vgl dazu *Schwaighofer*, ÖJZ 2006/17.

²⁹⁹

Philipp in WK-StGB², § 217 Rz 4 und 11; 13 Os 39/02.

- Eine weitere Beschwerde³⁰⁰ sah Nichtigkeit nach Z 3 darin gelegen, dass in der Hauptverhandlung das Protokoll über eine kontradiktorische Zeugenvernehmung verlesen wurde, ohne dass die Ton- und Bildaufnahme dieser Vernehmung vorgeführt wurde. Dies kann jedoch nach der Rsp keine Nichtigkeit begründen, weil die Zulässigkeit der Verlesung nicht davon abhängt, ob auch die technische Aufnahme vorgeführt werden kann³⁰¹. Im Hinblick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit erscheint diese Rsp jedoch mE nicht unproblematisch, zumal sich die Tatrichter aufgrund der bloßen Verlesung einer im Vorverfahren abgelegten Zeugenaussage gerade keinen unmittelbaren Eindruck von der Glaubwürdigkeit des Zeugen verschaffen können.

Eine weitere Beschwerde behauptete Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3, weil eine Belehrung des nach § 152 aF unterblieben sei, obwohl sich der Zeuge durch seine Aussage der Gefahr disziplinarrechtlicher Verfolgung ausgesetzt habe. Mit diesem Vorbringen musste die Nichtigkeitsbeschwerde erfolglos bleiben, weil das Entschlagungsrecht nach § 152 Abs 1 Z 1 aF nach stRsp nur bei der Gefahr strafgerichtlicher, nicht aber bei Besorgnis disziplinarrechtlicher Verfolgung greift³⁰².

Zurecht unterblieb auch die Belehrung eines Suchtgiftabnehmers über ein ihm zukommendes Entschlagungsrecht nach § 152 aF, der bereits im Vorverfahren in seiner Vernehmung durch den Untersuchungsrichter angegeben hatte, vom Angeklagten Suchtgift gekauft zu haben, zumal dieses nach der Judikatur dann nicht zusteht, wenn der Zeuge sich im Rahmen der Vernehmung durch den Untersuchungsrichter als Angeklagter geständig verantwortet hat, weil insoweit keine Gefahr der Selbstbezeichnung mehr besteht³⁰³.

Dies war nach der bis zum Inkrafttreten der StPO-Reform geltenden Rechtslage zu recht strittig³⁰⁴: Nach dem Wortlaut des § 152 Abs 1 Z 1 stand das Entschlagungsrecht immer dann zu, wenn eine Person im Zusammenhang mit einem gegen sie geführten Strafverfahren Gefahr lief, sich selbst zu belasten. Selbst wenn eine Person sich in ihrer Beschuldigteneinvernahme geständig verantwortet hat, so wird, wenn sie zu einer Aussage als Zeuge gezwungen wird, dadurch ein zusätzliches belastendes Beweismittel geschaffen und das Recht dieser Person, ein einmal abgelegtes Geständnis zu widerrufen, eingeschränkt, sodass durchaus die Möglichkeit besteht, dass eine Person nicht trotz geständiger Verantwortung als Beschuldigter durch eine wahrheitsgemäße Zeugenaussage zusätzlich belastet.

Seit der StPO-Reform 2008 steht ein Aussageverweigerungsrecht wegen Gefahr der Selbstbelastung nur noch zu, wenn sich die Person der Gefahr aussetzen würde, sich über ihre bisherige Aussage hinaus selbst zu belasten (§ 157 Abs 1 Z 1), also jedenfalls nicht mehr soweit, als sich der Zeuge in einem gegen ihn gesondert geführten Strafverfahren geständig verantwortet hat³⁰⁵.

³⁰⁰ 11 Os 76/04.

³⁰¹ F/F, § 252 Rz 10; LSK 2003/69 = JUS 6/3340; 11 Os 76/04.

³⁰² 11 Os 84/04.

³⁰³ 14 Os 172/03; 14 Os 82/94; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 226; *Lendl*, RZ 1998, 246; vgl dazu nunmehr die ausdrückliche Regelung des § 157 Abs 1 Z 1.

³⁰⁴ Vgl *Schwaighofer*, ÖJZ 1996, 124; *Bertel*, JB1 1995, 237.

³⁰⁵ AM *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht², Rz 246, wonach dem Zeugen, der sich zuvor als Beschuldigter geständig verantwortet hat, ein Entschlagungsrecht zukomme, wenn er sein Geständnis widerrufe. Dies wiederum sei nicht Teil der Zeugen Aussage und könne daher keine Strafbarkeit nach §§ 288, 299 StGB begründen; *Schwaighofer*, RZ 2012, 54ff.

Ebensowenig zum Erfolg führen konnte eine Nichtigkeitsbeschwerde, die eine Verletzung des § 152 aF darin erkennen wollte, dass ein Zeuge nicht über ein Entschlagungsrecht nach dieser Bestimmung belehrt worden sei, obwohl er „im Begriff gewesen“ sei, „durch die gegenständliche (falsche) Aussage ein Strafdelikt zu begehen“. Das Entschlagungsrecht aufgrund der Gefahr der Selbstbezeichnung kann nämlich nach der Rsp des OGH nicht erst aufgrund einer im gleichen Verfahren abgelegten falschen Aussage entstehen³⁰⁶.

In zwei Fällen behaupteten Nichtigkeitsbeschwerden Verletzungen des Vernehmungsverbot nach § 151 Abs 1 Z 3 aF, weil Staatsbeamte als Zeugen vernommen worden seien, ohne dass sie durch ihre Vorgesetzten von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden worden wären³⁰⁷. In beiden Fällen waren die Beamten jedoch nur über Wahrnehmungen bei jenen dienstlichen Amtshandlungen vernommen worden, die ohnehin bereits Gegenstand der Anzeigeerstattung waren, weshalb eine Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit nicht bestand.

Verletzungen der mit Nichtigkeit bedrohten Vorschrift des § 152 aF wurden ferner ua in folgenden Fällen erfolglos geltend gemacht:

- mit der Behauptung, ein unmündiges Sexualopfer sei vor Durchführung der kontradiktorischen Zeugenvernehmung im Vorverfahren, deren Protokoll in der Folge in der Hauptverhandlung verlesen wurde, nicht über das ihm zukommende Entschlagungsrecht nach § 152 Abs 1 Z 2a und 3 aF belehrt worden³⁰⁸. Diese Entschlagungsrechte gelten nämlich selbstverständlich nicht für die kontradiktorische Zeugenvernehmung selbst, sondern setzen vielmehr eine solche voraus.
- mit der Behauptung, mehrere Zeugen seien nicht über ein ihnen nach § 152 Abs 1 Z 1 aF zukommendes Entschlagungsrecht belehrt worden, zumal nach Ansicht des OGH eine Gefahr der Selbstbelastung nicht indiziert war³⁰⁹.
- mit der Behauptung, eine Zeugin sei nicht über ein ihr nach § 152 Abs 1 Z 2 aF zukommendes Entschlagungsrecht belehrt worden. Selbst nach den Ausführungen des Verteidigers handelte es sich bei der Zeugin nämlich lediglich um die Freundin, nicht aber um die Lebensgefährtin des Angeklagten, sodass ihr ein Entschlagungsrecht nicht zukam³¹⁰.
- zwei Nichtigkeitsbeschwerden³¹¹, die sich darauf stützten, dass eine Belehrung eines entschlagungsberechtigten Zeugen nach dem Hauptverhandlungsprotokoll unterblieben sei, wurde die Grundlage dadurch entzogen, dass dieses jeweils vom Erstgericht mit Beschluss

³⁰⁶ 15 Os 45/04; *Höpfel* in *Platzgummer-FS*, S 259; aA *Schwaighofer*, ÖJZ 1996, 124; *Brandstetter* in *Platzgummer-FS* S 322f.

³⁰⁷ 15 Os 14/04; 14 Os 93/04.

³⁰⁸ 11 Os 127/03.

³⁰⁹ 14 Os 14/04.

³¹⁰ 12 Os 121/04.

³¹¹ 15 Os 95/04; 11 Os 59/04.

berichtigt wurde, was nach der OGH bis zur Entscheidung des Rechtsmittelgerichts als zulässig ansieht³¹².

In einem Fall wäre Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 tatsächlich vorgelegen, weil eine Zeugin anlässlich ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht ausdrücklich auf das ihr als Schwester der geschiedenen Ehegattin des Angeklagten zukommende Entschlagungsrecht nach § 152 Abs 1 Z 2 verzichtet hatte. Die (auch) darauf gestützte Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom OGH dennoch zurückgewiesen, weil die Hauptverhandlung nach der Vernehmung der Zeugin gemäß § 276a wegen Zeitablaufs neu durchgeführt und dabei die Aussage der Zeugin gemeinsam mit den bisherigen Verfahrensergebnissen einverständlich verlesen worden war, wodurch „der vorangegangene Verfahrensmangel obsolet wurde“³¹³.

Diese formalistische Auslegung des OGH erscheint im Ergebnis bedenklich: Gerade bei einer Neudurchführung wegen Zeitablaufs wird die Zustimmung zur Verlesung der bisherigen Verfahrensergebnisse von den Parteien in der Praxis i.a.R. erteilt, um eine unnötige Wiederholung sämtlicher Angeklagten- und Zeugenvernehmungen und damit verbundene Verfahrensverzögerungen zu vermeiden. Dass dadurch vorhandene Verfahrensmängel geheilt bzw. „obsolet“ werden, wird den Parteien selten bewusst oder gar von diesen gewollt sein. Somit werden die Rechtsschutzmöglichkeiten des Angeklagten beschnitten bzw. in unnötiger Weise von der Qualität bzw. der Aufmerksamkeit des Verteidigers abhängig gemacht, sodass die dargestellte Rechtsprechung des OGH problematisch erscheint. Ferner erscheint bedenklich, dass zwar einerseits durch die einverständliche Verlesung der bisherigen Hauptverhandlungsprotokolle in früheren Hauptverhandlungen aufgetretene Nichtigkeiten geheilt werden, andererseits aber in diesen gestellte Anträge nicht wirksam bleiben sollen, sondern neu gestellt werden müssen³¹⁴.

In einigen Fällen wurde ferner Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 mit der jeweils unzutreffenden Behauptung geltend gemacht, das Erkenntnis enthalte keine dem § 260 entsprechende Individualisierung der Tat³¹⁵.

Schließlich behaupteten mehrere Nichtigkeitsbeschwerden Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 aufgrund unrichtiger Protokollierung in der Hauptverhandlung³¹⁶. Da jedoch unter Nichtigkeitssanktion nur die Nichtaufnahme eines Protokolls (§ 271 Abs 1 erster Satz), nicht aber dessen Inhalt steht, mussten auch diese Beschwerden erfolglos bleiben.

Allerdings birgt eine unpräzise Protokollierung die Gefahr der Verletzung des Verlesungsverbot des § 252: So lässt etwa die Protokollierungsfloskel „verlesen wird der wesentliche Akteninhalt“ offen, was dem Verfasser als wesentlich erschienen ist³¹⁷. Die Protokollierung „Verlesung der Anzeige gem. § 252 Abs 2 StPO“ verletzt das Verlesungsverbot des § 252, wenn darin mit Zeugen aufgenommene Niederschriften enthalten sind und kein die Verlesung gestattender Ausnahmefall vorliegt³¹⁸.

³¹² 15 Os 59/04; F/F, § 271 Rz 8.

³¹³ 13 Os 82/04; vgl auch 15 Os 44/04.

³¹⁴ 12 Os 132/04; siehe dazu auch unten S 81.

³¹⁵ 11 Os 110/04; 11 Os 121/04; 12 Os 132/04; 13 Os 125/04; 14 Os 78/04.

³¹⁶ 15 Os 12/04; 13 Os 113/04; 15 Os 89/04.

³¹⁷ 15 Os 90/04; vgl dazu auch *Ratz*, RZ 2003,194.

³¹⁸ 11 Os 119/04 (Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes).

e)§ 281 Abs 1 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 StPO

(1)Allgemeines

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 liegt vor, wenn während der Hauptverhandlung über einen **Antrag des Beschwerdeführers nicht erkannt** worden ist oder wenn gegen den Antrag des Beschwerdeführers oder gegen seinen Widerspruch ein **Zwischenerkenntnis** gefällt wurde, **bei dem Gesetze oder Grundsätze des Verfahrens hintangesetzt oder unrichtig angewendet** wurden. Dabei verlangt das Gesetz eine gewisse Schwere des Verstoßes: Es müssen Vorschriften verletzt worden sein, deren Beobachtung durch ein Grundrecht, insbesondere Art 6 MRK, oder sonst durch das Wesen eines die Strafverfolgung oder die Verteidigung sichernden fairen Verfahrens geboten ist. Es handelt sich um einen **relativen Nichtigkeitsgrund** (§ 281 Abs 3).

Nach überwiegender Meinung³¹⁹ muss es sich um **Verfahrensfehler handeln, die nicht ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht sind**, da sonst ausschließlich der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 3 bzw § 345 Abs 1 Z 4 geltend gemacht werden kann.

Beispielsweise kann demnach die Missachtung der dem Angeklagten nach § 221 Abs 1 zustehenden Vorbereitungsfrist³²⁰ nur nach § 281 Abs 1 Z 3 gerügt werden, eine sonstige Behinderung des Angeklagten in seiner Vorbereitung (etwa durch eine späte Ladung bei besonders umfangreichen Verfahren) hingegen – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – ausschließlich nach Z 4 dieser Bestimmung³²¹.

Nach anderer Ansicht³²² sind nichtigkeitsbegründende Verstöße § 281 Abs 1 Z 2 und 3 doppelt relevant und können daher auch nach Z 4 gerügt wegen. Die Unterscheidung hat im Ergebnis aber wohl kaum praktische Bedeutung: Die Behauptung eines Nichtigkeitsgrundes ist nämlich nicht nach ihrer nominellen Ausrichtung, sondern nach ihrem wahren Inhalt zu verstehen. Wird daher die Verletzung einer ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohten Vorschrift behauptet, so wird dies ohnehin (zumindest auch) als Geltendmachung einer Nichtigkeit nach § 281 Z 3 zu verstehen sein, zumal die Nichtigkeit nach Z 4 für den Beschwerdeführer strengeren prozessualen Voraussetzungen – etwa einer Antragstellung in der HV – unterliegt. Anhand des obigen Beispiels bedeutet das, dass auch dann, wenn die Vorbereitungsfrist (§ 221 Abs 1) verletzt wurde, der Beschwerdeführer dies aber nicht gerügt und kein Zwischenerkenntnis begehrt hat, in der Folge jedoch dennoch Nichtigkeit nach Z 4 behauptet, dieses Vorbringen als Behauptung einer Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 3 zu deuten wäre.

Anträge im Sinne dieses Nichtigkeitsgrundes müssen mündlich in der Hauptverhandlung gestellt und dürfen vor Schluss der Verhandlung nicht zurückgezogen worden sein.

³¹⁹ F/F, § 281 Rz 35; Seiler, Rz 919; Mayerhofer/Hollaender, StPO, § 281 Z 4 E 14; Steininger, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 4 Rz 3.

³²⁰ Diese betrug bis zum Inkrafttreten der StPO-Reform 2008 im Schöffengerichtverfahren grundsätzlich drei Tage, seit 1.1.2008 beträgt die Vorbereitungsfrist acht Tage, bei bestimmten Großverfahren 14 Tage.

³²¹ Vgl etwa 13 Os 17/04.

³²² Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 302; Seiler, JBl 1974, 63, 131ff.

Ein im Vorfeld der Hauptverhandlung in Schriftsätzen oder der Anklageschrift gestellter Antrag reicht jedenfalls nicht aus, sondern muss **in der HV mündlich** wiederholt werden³²³. Auch wenn im Vorfeld der Verhandlung schriftlich gestellte Anträge jedenfalls nicht ausreichen, empfiehlt es sich – auch im Hinblick auf die hohen Anforderungen, die der OGH an die Formulierung von Beweisanträgen stellt – gerade in umfangreicheren Verfahren durchaus, Anträge durch Schriftsätze vorzubereiten. Dabei ist jedoch stets zu beachten, dass dies eine mündliche Wiederholung der Anträge in der HV keinesfalls ersetzen kann³²⁴.

Gem § 238 Abs 1 liegt die Zuständigkeit zur Fällung eines Zwischenerkenntnisses, sofern entgegengesetzte Anträge vorliegen oder der Vorsitzende einem Antrag nicht stattgeben will, beim Gerichtshof, andernfalls entscheidet der Vorsitzende mit prozessleitender Verfügung. Da eine prozessleitende Verfügung ist kein Zwischenerkenntnis ist, darf sich nach der Rsp des OGH der Beschwerdeführer, um zur Verfahrensrüge nach § 281 Abs 1 Z 4 bzw 345 Abs 1 Z 5 legitimiert zu sein, nicht mit der Abweisung seines Antrags durch den Vorsitzenden begnügen (selbst wenn dieser nach § 238 Abs 1 dazu gar nicht berechtigt war³²⁵), sondern muss ein **Zwischenerkenntnis des Senates** verlangen³²⁶.

Gem § 238 Abs 2 ist die Entscheidung über Anträge der Parteien mündlich zu begründen und im HV-Protokoll festzuhalten. Eine mündliche Begründung zu unterlassen und erst im Urteil nachzuholen, ist zwar gesetzwidrig, aber sanktionslos³²⁷. Dem Antragsteller bleibt in diesem Fall nur die Möglichkeit, mit einem darauf abzielenden Antrag auf die Einhaltung der Formerfordernisse des § 238 zu dringen³²⁸. Unterlässt er dies, kann er Nichtigkeit deshalb nicht geltend machen. Die faktische Nichtdurchführung einer beschlossenen Beweisaufnahme kommt nach der Judikatur iaR deren Ablehnung gleich³²⁹. Der Nichtigkeitsanktion nach § 281 Abs 1 Z 4 unterliegt im Übrigen nur eine in der Hauptverhandlung getroffene Verfügung, nicht aber deren Begründung, vielmehr reicht aus, wenn die Verfügung im Ergebnis zu Recht getroffen wurde³³⁰.

Im Lichte der hohen Anforderungen, die der OGH an die Formulierung und Begründung von Beweisanträgen stellt, ist die Unterlassung der mündlichen Begründung für die Abweisung von Beweisanträgen problematisch: Dem Antragsteller wird damit die Möglichkeit genommen, allfällige Abweisungsgründe zu widerlegen bzw den Beweisantrag den Anforderung der Judikatur entsprechend neu zu stellen. Damit besteht die Gefahr, dass auch im Ergebnis zweckmäßige, aber unzureichend begründete Beweisanträge sanktionslos abgewiesen werden, was in einem Verfahren, in dem der Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschung gilt, bedenklich erscheint.

³²³ 12 Os 88/04; 13 Os 110/04; RZ 2001/4; SSt 60/21; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 309; Seiler, Rz 920.

³²⁴ Vgl dazu nunmehr § 222 Abs 1 StPO idF des Strafprozessreformgesetzes 2008.

³²⁵ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 318

³²⁶ Steininger, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 4 Rz 11; Seiler, Rz 926; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 318; vgl 13 Os 178/03; aM Tipold, JSt 1/2010, S 23ff; Bertel/Venier, Rz 892.

³²⁷ 14 Os 170/03; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 316.

³²⁸ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 316.

³²⁹ SSt 30/90; Bertel/Venier, Rz 892; Steininger, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 4 Rz 11;

differenzierend Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 317.

³³⁰ 13 Os 118/04; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 318.

Um nichtigkeitsbegründend zu sein, verlangt der OGH, dass der gerügte Mangel just im bekämpften Zwischenerkenntnis liegen bzw gerade die beantragte Beweisaufnahme zu Unrecht unterblieben sein muss. Nicht im Zwischenerkenntnis liegt der Mangel, wenn die Umsetzung einer prozessleitenden Verfügung aufgrund der Änderung der Verhältnisse, etwa weil eine bereits beschlossene Zeugenladung auf faktische Schwierigkeiten stößt, unterbleibt³³¹.

Beantragt der Angeklagte daher etwa die Ladung und Einvernahme eines im Ausland aufhältigen Zeugen und lädt das Gericht diesen, so wurde *diesem* Antrag entsprochen. Daran ändert nichts, wenn sich die Beweisaufnahme als undurchführbar erweist, weil sich der Zeuge weigert, bei Gericht zu erscheinen, zumal Zwangsmaßnahmen gegen aus dem Ausland geladene Zeugen nicht verhängt werden dürfen. Stellt der Beschwerdeführer diesfalls keine weiteren Anträge, etwa auf Einvernahme des Zeugen im Rechtshilfeweg, so mangelt es laut OGH seiner Verfahrensrüge am Erfordernis einer entsprechenden Antragstellung³³².

Dies scheint jedoch sehr formalistisch: Entsprochen wurde ja nur dem Antrag auf Ladung des Zeugen, nicht jedoch jenem auf dessen Einvernahme. Gerade auf die tatsächliche Einvernahme des Zeugen kam es jedoch dem Antragsteller zweifellos an. Es ist nicht einzusehen, wieso der Antragsteller einen weiteren Antrag auf tatsächliche Durchführung der ohnehin bereits bewilligten Beweisaufnahme stellen und damit das Gericht zu einer tatsächlichen Durchführung der ohnehin bereits bewilligten Beweisaufnahme anleiten sollte³³³.

Bei Neudurchführung der Verhandlung gem § 276a muss auch ein bereits gestellter Beweisantrag in der HV wiederholt werden und es muss über solche Beweisanträge neuerlich entschieden werden³³⁴. Durch die Verlesung des Protokolls, das einen Beweisantrag enthält, gilt dieser noch nicht als wiederholt³³⁵.

Als nicht ausreichend erachtete der OGH in einer Strafsache, in der in der ersten HV vom Angeklagten zahlreiche Beweisanträge gestellt wurden, denen in der neu (§ 276a) durchgeführten Verhandlung großteils entsprochen wurde, die Erklärung des Verteidigers, er trage vor „wie bisher“³³⁶.

Diese Rsp des OGH erscheint formalistisch und zweifelhaft: Aufgrund der (einverständlichen) Verlesung des Protokolls der vorangegangenen, zu wiederholenden HV dürfen alle Beweismittel, die in darin vorgekommen sind, im Urteil verwertet werden (nichtigkeitsbegründende Fehler werden dabei sogar geheilt)³³⁷, Beweisanträge, die im verlesenen Protokoll enthalten sind, sollen hingegen wirkungslos sein.

Bei Anträgen iSd §§ 281 Abs 1 Z 4 bzw 345 Abs 1 Z 5 handelt es sich meist um **Beweisanträge** (siehe dazu sogleich). In Betracht kommen aber unter anderem auch Anträge auf Abweisung eines Beweisantrages sowie Anträge auf Ablehnung eines Richters (§ 45 Abs 1³³⁸) oder Sachverständigen³³⁹.

³³¹ 15 Os 42/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 317.

³³² 12 Os 64/04; 12 Os 103/04.

³³³ *Tipold*, JSt 1/2010, S 24ff.

³³⁴ F/F, § 238 Rz 4; vgl. auch 12 Os 120/04; 12 Os 132/04.

³³⁵ *Ratz*, RZ 2003, 194; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 313.

³³⁶ 12 Os 132/04.

³³⁷ Dazu oben S 78.

³³⁸ Bis 1.1.2008: § 73.

³³⁹ Vgl etwa 13 Os 135/03.

Angesichts der unabdingbaren Voraussetzung einer Antragstellung durch den Beschwerdeführer kann idR auch die Nichteinhaltung einer (unzulässigen) **Absprache** zwischen Richter bzw Staatsanwalt über die Höhe einer zu verhängenden Strafe bzw die Gewährung einer bedingten Strafnachsicht **im Nichtigkeitsverfahren nicht aufgegriffen** werden³⁴⁰: Eine dadurch allenfalls verwirklichte Verletzung des „fair trial“ iSd Art 6 MRK könnte nur nach entsprechender Antragstellung in der HV geltend gemacht werden, jedoch steht die Nichteinhaltung der Absprache zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest. Im Übrigen können aber ohnehin nur Anträge, die das Verfahren selbst betreffen, nicht aber solche, über die – wie hier – erst in der Endentscheidung entschieden werden kann, Gegenstand einer Verfahrensrüge sein³⁴¹. Wenn somit auch nicht nichtigkeitsbedroht, so setzt eine solche Absprache aber freilich die Beteiligten der Gefahr strafrechtlicher (§ 302 StGB) und disziplinarer (§ 57 RDG) Verantwortlichkeit aus³⁴².

(2)Beweisanträge

Von der Rsp wurden zur Prüfung von Beweisanträgen **vier formale Antragserfordernisse** entwickelt, an deren Erfüllung in der Praxis ein bedeutender Teil der auf § 281 Abs 1 Z 4 gestützten Nichtigkeitsbeschwerden scheitert. Diese von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für die Prüfung von Beweisanträgen wurden im Zuge der StPO-Reform in § 55 positiviert. Zwar bezieht sich die nachfolgende Darstellung auf die Rechtslage vor In-Kraft-Treten der StPO-Reform am 1.1.2008, jedoch hat sich durch letztere gegenüber der langjährigen Judikatur des OGH nichts geändert³⁴³.

Im Detail muss dem Beweisantrag stets zu entnehmen sein³⁴⁴:

- **Beweismittel**
- **Beweisthema**
- **warum die beantragte Beweisaufnahme das vom Antragsteller behauptete Ergebnis erwarten lasse und**
- **inwieweit dieses (sofern es nicht offensichtlich ist) für die Schuld- und Subsumtionsfrage von Bedeutung ist.**

Beweismittel und idR Beweisthema sind dabei ausdrücklich zu bezeichnen, die Anführung der übrigen Erfordernisse muss, wenn auch nicht unbedingt ausdrücklich, so doch jedenfalls unmissverständlich erfolgen. Die die Berechtigung eines Beweisantrages prüft der OGH stets für den Zeitpunkt der Antragstellung erster Instanz oder der Entscheidung darüber. Argumente, die erst im Rechtsmittel zusätzlich zu jenen der Beweisanträge

³⁴⁰ Vgl 11 Os 77/04; 14 Os 95/04.

³⁴¹ F/F, § 281 Rz 36.

³⁴² Danek in WK-StPO, §§ 228-279 Rz 17, § 220 Rz 9; 11 Os 77/04.

³⁴³ Ratz in WK-StPO, § 281 Abs 1 Z 4 Rz 300; *Hinterhofer*, ÖJZ 2007,887; aM *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht² Rz 125.

³⁴⁴ Siehe dazu *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 325ff; *Ratz*, RZ 2003,194; F/F, § 246 Rz 1; 15 Os 89/04; 14 Os 40/04; 15 Os 13/04; 15 Os 16/04; 11 Os 152/03.

vorgebracht werden, sind unbeachtlich und können bei der Prüfung der formalen Mängelfreiheit eines Beweisantrages nicht mehr herangezogen werden³⁴⁵.

Fehlt ein Hinweis, warum die beantragte Beweisaufnahme das behauptete Ergebnis erwarten lässt, spricht der OGH von einem sog (unzulässigen) „**Erkundungsbeweis**“. Das ist, maW, ein Beweis, der nur dazu dient abzuklären, ob von ihm eine weitere Aufklärung zu erwarten ist³⁴⁶. Eine solche Beweisführung ist im Vorverfahren statthaft, in der HV dagegen nicht mehr³⁴⁷. Eine Vielzahl auf § 281 Abs 1 Z 4 gestützter Nichtigkeitsbeschwerden scheiterte im untersuchten Zeitraum deshalb, weil es sich bei dem Beweisantrag, dessen Abweisung in der Beschwerde gerügt wurde, um einen Erkundungsbeweis handelte.

Die Möglichkeit einer Erkundungsbeweisführung zugunsten des Angeklagten allein auf das Vorverfahren zu beschränken war bis zum Inkrafttreten der StPO-Reform 2008 im Hinblick darauf bedenklich, dass das „Prozessrechtsverhältnis“ erst mit Einleitung einer VU hergestellt wurde. Erst ab diesem Zeitpunkt hatte der Angeklagte die Möglichkeit, Beweisanträge zu seiner Entlastung zu stellen³⁴⁸. Fand jedoch – was in der Praxis, sofern nicht Geschworenenzuständigkeit gegeben war oder sich ein Angeklagter in Untersuchungshaft befand, häufig der Fall war – keine VU statt, so hatte der Angeklagte gar nicht die Möglichkeit, im Vorverfahren einen Erkundungsbeweis zu seiner Entlastung zu führen. Seit In-Kraft-Treten des Strafprozessreformgesetzes 2008 hat der Angeklagte hingegen ab Beginn des Ermittlungsverfahrens die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen.

Auf eine unzulässige Erkundungsbeweisführung zielten laut OGH beispielsweise folgende Beweisanträge ab:

Der Antrag eines Angeklagten, der selbst angab, sich gut an seine Tat erinnern zu können, aber nicht mehr zu wissen, wie viel Alkohol und Tabletten er vor der Tat konsumiert habe, auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Abklärung einer allfälligen Zurechnungsunfähigkeit des Angeklagten, weil diesfalls nicht erkennbar ist, wieso die beantragte Beweisaufnahme das behauptete Ergebnis erwarten lassen sollte, wie also ein Sachverständiger unter diesen Prämissen die Frage der Zurechnungsfähigkeit des Täters beurteilen können sollte³⁴⁹.

Ebenso der Antrag eines Angeklagten in einem Verfahren wegen § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall aF SMG, im Hinblick auf seine Angaben, einmal pro Woche Cannabis konsumiert zu haben, ein Sachverständigengutachten „zu Klärung der Suchtmittelabhängigkeit des Angeklagten“ einzuholen³⁵⁰.

Der Antrag auf Wiedergabe der Tonbandprotokolle einer Telefonüberwachung zum Beweis dafür, dass die Tonbandprotokolle nicht authentisch und aus dem Zusammenhang gerissen, insbesondere zu Lasten des Angeklagten verkürzt und sinnentstellt seien. Auch ein solcher Antrag hat den dargestellten Erfordernissen zu genügen: Im Hinblick auf das Recht, außerhalb der Hauptverhandlung die gesamten Ergebnisse der Überwachung einer Telekommunikation einzusehen und anzuhören (§ 149c Abs 4), hätte der Beweisantrag eine nähere Bezeichnung der entscheidungsrelevanten Passagen der Aufnahmen und die gebotene Angabe von Gründen, aus denen das von ihm angestrebte (entlastende) Ergebnis zu erwarten war, enthalten müssen³⁵¹.

³⁴⁵ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 325, 327; vgl 14 Os 40/04; 14 Os 135/03; 15 Os 169/03; 15 Os 13/04.

³⁴⁶ 11 Os 152/03.

³⁴⁷ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 330.

³⁴⁸ Seiler, Rz 558.

³⁴⁹ 15 Os 169/03.

³⁵⁰ 14 Os 71/04.

³⁵¹ 15 Os 13/04.

Die Anforderungen, die der OGH damit an die Verteidigung stellt, scheinen in der Praxis insbesondere in umfangreichen Verfahren kaum zu erfüllen: Der Verteidiger müsste dazu sämtliche Gespräche der oft über Monate oder gar Jahre geführten Telefonüberwachung anhören und mit den übertragenen Protokollen vergleichen und bei der Antragstellung überdies auch vorhersehen, welche Passagen dem Gericht als entscheidungsrelevant erscheinen.

Der Antrag auf neuerliche Einvernahme eines Zeugen (auch wenn dessen Aussage bloß einvernehmlich verlesen wurde), wenn nicht dargetan wird, wieso dieser nun von seiner bisherigen Aussage abweichen sollte³⁵².

Dies ist jedoch nicht unproblematisch: Einerseits ist nicht einzusehen, wie der Angeklagte oder sein Vertreter in der Lage sein sollte, eine Basis für derartige Behauptungen zu liefern. Dazu müsste der Verteidiger (oder gar der Täter?) zunächst mit dem Opfer oder Zeugen in Kontakt treten und diesen selbst befragen, was zumindest standesrechtlich bedenklich ist und für das Opfer allenfalls psychisch belastend sein kann. Würde man derartige Beweisanträge andererseits zulassen, so wäre, insbesondere in umfangreichen Prozessen, Verzögerungstaktiken Tür und Tor geöffnet, weil bereits vernommene Zeugen über Antrag immer wieder neu geladen und einvernommen werden müssten.

Der Antrag auf Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis dafür, dass es entgegen der Anklage in diversen Etablissements des Angeklagten nicht zur Weitergabe von Suchtgiften gekommen sei, weil nicht ersichtlich war und im konkreten Fall auch nicht behauptet wurde, wieso die Zeugen ein solches Verhalten des Angeklagten generell ausschließen können sollten³⁵³.

Mangels Darlegung, inwieweit die beantragte Beweisaufnahme für die Schuld- und Subsumtionsfrage von Bedeutung sein soll, hat der OGH die Abweisung von Beweisanträgen beispielsweise in folgenden Fällen für zulässig erachtet:

Bei einem Antrag auf Beischaffung des Asyldoktes des Angeklagten, da nicht ersichtlich ist, wieso die Einbringung des Asylantrages erst nach Tatbegehung den vorherigen Aufenthalt des Angeklagten im Bundesgebiet ausschließen soll³⁵⁴.

Bei einem Antrag auf Einvernahme der Freundin des wegen Geldfälschung angeklagten Täters darüber, dass dieser ihr gegenüber nie eine Erwähnung über Falschgeld gemacht habe³⁵⁵.

Bei einem Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet der Psychiatrie „zum Beweis dafür, dass der Angeklagte an einer manisch-depressiven Erkrankung leidet, sodass seine Diskretionsfähigkeit weitgehend eingeschränkt war“. Hier lässt bereits die Formulierung des Beweisantrages erkennen, dass dieser nicht auf den Nachweis des Schuld- oder Subsumtionsgrundes nach § 11 StGB und damit nicht auf einen für die Schuld- oder Subsumtionsfrage entscheidenden Umstand, sondern auf das Vorliegen des Milderungsgrundes nach § 34 Abs 1 Z 1 StGB abzielt³⁵⁶.

Zu Recht abgewiesen werden kann ein Beweisantrag auch, wenn das beantragte Beweismittel nicht erreichbar ist. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Durchführbarkeit, so muss im Antrag dargelegt werden, wieso das Beweismittel durchführbar sein sollte.

³⁵² Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 331; vgl 15 Os 13/04; 13 Os 73/04

³⁵³ 15 Os 13/04.

³⁵⁴ 12 Os 88/04.

³⁵⁵ 14 Os 62/04.

³⁵⁶ 14 Os 170/03.

Deshalb sah der OGH die Abweisung eines Antrags auf Einvernahme eines verdeckten Ermittlers, dessen Namhaftmachung das Bundeskriminalamt in seinem Bericht bereits abgelehnt hatte, als gerechtfertigt an, weil im Beweisantrag nicht dargelegt wurde, wieso der Beweis nun doch durchführbar sein sollte³⁵⁷. Ebenfalls wegen Undurchführbarkeit der beantragten Beweisaufnahme gerechtfertigt war die Ablehnung eines weiteren Zuwartens auf die Erledigung eines Rechtshilfeersuchens, welches von der zuständigen ausländischen Behörde trotz mehrmaliger Urgenz über neun Monate nicht erledigt worden war³⁵⁸.

Erfolglos blieb auch eine Nichtigkeitsbeschwerde, die die Abweisung eines Beweisantrages, der dem Nachweis dienen sollte, dass dem Angeklagten statt Bestimmungs- nur Beitragstäterschaft zur Last zu legen ist, rügte. Dieser Beweisantrag spricht im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Täterschaftsformen nach der Rsp keine entscheidende Tatsache an³⁵⁹. Die Subsumtion unter eine Täterschaftsform kann daher grundsätzlich im Nichtigkeitsverfahren nicht aufgegriffen werden.

Im Geschworenengerichtungsverfahren ist allerdings nach § 314 eine Eventualfrage nach der Täterschaftsform zu stellen, sodass eine unrichtige Fragestellung, auch wenn sie bloß die Täterschaftsform betrifft, mit Fragenrügen nach § 345 Abs 1 Z 6 releviert werden kann.

Häufig behaupteten Beweiserügen – iaR zu Unrecht – das Vorliegen des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 4 bzw 345 Abs 1 Z 5 aufgrund der Ablehnung eines Antrags auf psychiatrische Untersuchung eines Zeugen. Dieses missachteten fast durchwegs, dass die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage grundsätzlich allein dem erkennenden Gericht zusteht.

Die (ausnahmsweise) psychiatrische Untersuchung eines Zeugen setzt zunächst voraus, dass objektive Momente seine geistige Gesundheit und damit seine Fähigkeit, Wahrnehmungen zu machen und diese gedächtnisgetreu wiederzugeben, in Frage stellen. Solche Zweifel müssen ganz erheblich sein und nach Bedeutung und Gewicht dem Grad der im § 11 StGB erfassten Geistesstörungen nahe kommen³⁶⁰. Bloße Charakteranomalien sind hingegen noch kein stichhaltiger Anlass für die Psychiatrierung eines Zeugen. Darüber hinaus ist für die psychiatrische Untersuchung eines Zeugen dessen Zustimmung bzw allenfalls jene seines gesetzlichen Vertreters zwingend erforderlich. Ein auf eine psychiatrische Untersuchung von Zeugen abzielender Beweisantrag hat daher einerseits darzutun, dass objektive Momente für die Annahme vorliegen, der Zeuge leide unter Wahrnehmungsschwächen, Gedächtnisschwächen oder Wiedergabeschwächen, die nach Bedeutung und Gewicht dem Grad der in § 11 StGB erfassten Geistesstörungen nahe kommen und andererseits Angaben zur Durchführbarkeit machen, namentlich Angaben enthalten, die die Zustimmung des Zeugen oder seines gesetzlichen Vertreters zur Untersuchung nahe legen³⁶¹.

³⁵⁷ 15 Os 66/04;

³⁵⁸ 15 Os 79/04.

³⁵⁹ 14 Os 118/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 320 iVm 398, 646 aM *Seiler*, Rz 936; *Kienapfel/Höpfel*, AT I¹³ E 2 Rz 46.

³⁶⁰ Solche werden etwa durch den allgemeinen Hinweis auf Alkohol- und Drogenprobleme des Tatopfers nicht dargetan, 13 Os 82/04.

³⁶¹ 14 Os 40/04; 15 Os 172/03; 13 Os 82/04; 12 Os 52/03; 11 Os 84/02; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 350.

Auch die Zeugnisfähigkeit im Zeitpunkt der Hauptverhandlung ist nach dem OGH grundsätzlich „vom erkennenden Gericht selbst auf Basis seiner forensischen Erfahrung und des persönlichen Eindrucks von dem zu Vernehmenden zu beurteilen“. Ein Sachverständiger ist nur in Ausnahmefällen beizuziehen³⁶².

Missachtet wurde von zahlreichen Nichtigkeitsbeschwerden auch, dass ein durch den dargestellten Nichtigkeitsgrund abgesichertes Recht auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens nur besteht, wenn der Beschwerdeführer einen der in §§ 125, 126 aF³⁶³ angeführten Mängel von Befund und Gutachten aufzuzeigen vermag, nicht aber etwa dann, wenn der Antragsteller sich bloß auf besondere Schwierigkeiten des Falles beruft oder ohne Begründung die Überforderung des beigezogenen Sachverständigen behauptet. In diesem Fall steht die Bestellung eines weiteren Gutachters im Ermessen der Tatrichter und kann im Nichtigkeitsverfahren nur bei willkürlicher Ausübung aufgegriffen werden³⁶⁴.

Davon zu unterscheiden ist die Befangenheit eines Sachverständigen: Ein Sachverständiger ist dann befangen, wenn er nicht mit der vollen Unparteilichkeit an die Sache herantritt und deshalb eine Beeinträchtigung der unparteilichen Beurteilung durch sachfremde psychologische Motive zu befürchten ist. Ausreichend ist der äußere Anschein einer Befangenheit, wenn dieser objektiv geeignet ist, die volle Unbefangenheit des Sachverständigen in Zweifel zu ziehen. Ob sich der Sachverständige bereits vor der Hauptverhandlung eine Meinung über den Fall gebildet hat, ist dabei nach der Rsp irrelevant, weil die Meinungsbildung ohnehin spätestens mit Abgabe des Gutachtens abgeschlossen sein muss. Lediglich dann, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Sachverständige trotz geänderter Verhältnisse nicht von seiner Meinung abzuweichen gewillt ist, liegt Befangenheit vor³⁶⁵.

Daher bewirkt die Betrauung eines bereits im Vorverfahren tätig gewordenen Sachverständigen mit der Erstattung auch des Gutachtens in der Hauptverhandlung keine Befangenheit³⁶⁶.

Nicht für die Subsumtion entscheidend und daher nicht mit Nichtigkeit bedroht ist auch die Ablehnung eines Beweisantrages, der bloß die Strafbemessung innerhalb eines Strafrahmens betrifft, also etwa ein solcher, der bloß auf den Nachweis eines Milderungsgrundes abzielt³⁶⁷. Die Ablehnung eines derartigen Beweisantrages kann nur mit Berufung bekämpft werden. Hingegen ist die Abweisung von Beweisanträgen, die die Grenzen der Sanktionsbefugnis betreffen, analog zu § 281 Abs 1 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 anfechtbar. Es liegt gegebenenfalls Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 iVm Z 11 bzw § 345 Abs 1 Z 5 iVm 13 vor.

Dies ist etwa hinsichtlich der strafbestimmenden Wertbeträge nach dem FinStrG, insbesondere aber bei der Verhängung von freiheitsentziehenden Maßnahmen bedeutsam³⁶⁸. Nach ständiger Rechtsprechung sind nur die Aussprüche über die Grundvoraussetzungen des § 21 Abs 1 StGB – unter anderem einweisungsrelevante Anlasstat, Zurechnungsunfähigkeit, geistige oder seelische Abartigkeit höheren Grades – sowie lediglich jenes

³⁶² 11 Os 26/04.

³⁶³ Seit 1.1.2008: § 127.

³⁶⁴ 11 Os 106/04; 14 Os 116/04; 13 Os 72/04; 13 Os 92/04; 13 Os 167/03; *Ratz*, RZ 2003/194; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 351.

³⁶⁵ 13 Os 135/03; 13 Os 79/00; EvBl 1997/82; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 371; *Ratz*, RZ 2003, 194.

³⁶⁶ 13 Os 153/03; nunmehr ausdrücklich § 126 Abs 4 letzter Satz.

³⁶⁷ F/F, § 281 Rz 39; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 322; vgl etwa 14 Os 170/03; 15 Os 15/04.

³⁶⁸ Siehe dazu auch noch unten S 155ff.

Element der Gefährlichkeitsprognose, das die Rechtsfrage der Qualifikation der zu befürchtenden strafbedrohten Handlung mit schweren Folgen betrifft (aus dem Grund des § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall) mit Nichtigkeitsbeschwerde bekämpfbar. Hinsichtlich aller weiteren Elemente der Gefährlichkeitsprognose können dagegen formelle Mängel nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden, sondern – als gegen eine Ermessensentscheidung gerichtet – allein mit Berufung³⁶⁹. Somit ist auch die Abweisung von Beweisanträgen, die die zuletzt genannten Elemente der Gefährlichkeitsprognose betreffen, nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde bekämpfbar.

(3)Erfolgreiche Beschwerden

Insgesamt vier Beschwerden machten den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 4 erfolgreich geltend, wobei diese durchwegs die Abweisung eines Beweisantrages bekämpften.

Aufgehoben wurde ein Schuldspruch wegen des (vom Angeklagten geleugneten) Besitzes und des Weiterverkaufs einer Maschinenpistole (§ 50 WaffG), weil das Erstgericht den Antrag auf Vernehmung des angeblichen Käufers der Waffe abgewiesen hatte, obwohl es sich (hier offensichtlich) um einen erheblichen Umstand des Beweisverfahrens handelte³⁷⁰. Ein Beweisantrag, der den oben genannten Formerfordernissen genügt, darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Sachverhalt für das Gericht durch die bisher aufgenommenen Beweise hinreichend geklärt erscheint, weil dies eine **Vorwegnahme der Beweiswürdigung** wäre³⁷¹ (anders aber freilich, wenn das Gericht das im Beweisantrag angeführte Beweisthema ohnehin als erwiesen annimmt, da diesfalls das Beweisthema unerheblich ist und eine Beweisaufnahme das Verfahren nur verzögern würde³⁷²).

Dies gilt selbstverständlich auch für einen Beweisantrag, der darauf abzielt, Zweifel am Vorliegen der subjektiven Tatseite zu wecken.

Aufgehoben wurde deshalb der Schuldspruch zu 13 Os 42/04: Der Nichtigkeitswerber war vom Erstgericht der Finanzvergehen der versuchten Abgabenhinterziehung nach §§ 13, 33 Abs 1 FinStrG, der Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 2 lit a FinStrG sowie der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 FinStrG, begangen jeweils als Geschäftsführer einer GmbH, schuldig erkannt worden. Sein Antrag auf Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis dafür, dass er „ausdrücklich nicht für die Buchhaltung und finanzielle Belange sowie die steuerliche Gebarung der Firma zuständig sein sollte, sondern ihm, insbesondere von einem der beantragten Zeugen, zugesichert wurde, dass die gesamte diesbezügliche Verwaltung und Gebarung von einer Partnerfirma durchgeführt wird und er nach Feststellung, dass dies tatsächlich nicht veranlasst wurde, den Betrieb der GmbH sofort stillgelegt hat und keinerlei Geschäfte mehr getätigt hat“, war vom Erstgericht abgewiesen worden. Der Antrag zielte darauf ab, Zweifel am Vorliegen der subjektiven Tatseite zu wecken und konnte daher „nicht ohne Verletzung von Verteidigungsrechten in vorgreifender Beweiswürdigung“ abgewiesen werden, sodass der angefochtene Schuldspruch aufgehoben wurde³⁷³.

³⁶⁹ 15 Os 20/04.

³⁷⁰ 14 Os 40/04.

³⁷¹ F/F, § 246 Rz 4; *Seiler*, Rz 923; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 341.

³⁷² *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 342; *Eder-Rieder*, AnwBl 1984, 183.

³⁷³ 13 Os 42/04.

In den übrigen beiden Fällen führte die Abweisung eines Beweisantrages, der auf die Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit des einzigen Tatzeugen gerichtet war, zur Aufhebung der Urteile wegen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4: **Die Beweiskraft des einzigen Tatzeugen** ist eine Tatsache von schulderheblicher Bedeutung, sodass ein Antrag, der auf die Beeinträchtigung dessen Beweiskraft abzielt, nicht ohne Beeinträchtigung von Verteidigungsrechten abgewiesen werden darf³⁷⁴. Das Recht der freien richterlichen Beweiswürdigung bedeutet nämlich nicht, Beweise, die für die Beurteilung eines erheblichen Umstandes bedeutsam sein können, wie insbesondere die Glaubwürdigkeit des einzigen Tatzeugen, nach Belieben vom Verfahren ausschließen zu können. In solchen Fällen sind auch indirekte, die Glaubwürdigkeit des Zeugen betreffende Beweise aufzunehmen.

Zu 14 Os 44/04 hob der OGH einen auf der Aussage des Missbrauchsofners basierenden Schuldspruch wegen § 207 Abs 1 StGB auf. Das Erstgericht hatte die Frage des Verteidigers an die kinderpsychologische Sachverständige, ob es einem gewöhnlichen Verlauf der Therapie entspreche, dass bereits fünf Tage nach der ersten Therapiesitzung die Ursache der psychischen Probleme dargelegt wird, nicht zugelassen. In der Folge hatte die Sachverständige die Art der Therapie als „nicht unwesentlich“ bezeichnet, das Erstgericht jedoch Beweisanträge des Verteidigers, insbesondere jenen auf Beischaffung der Krankengeschichte des Opfers bzw der medizinischen Unterlagen über seine psychotherapeutische Behandlung im Kinderschutzzentrum zum Beweis dafür, dass seitens der Eltern und des sonstigen Umfeldes massive Einflussnahme auf das Kind erfolgt wäre, abgewiesen. Im Hinblick auf die im konkreten Fall von der Mutter des Missbrauchsofners behauptete eigene psychische Beeinträchtigung wegen einer Vergewaltigung durch den Angeklagten in ihrer Kindheit war im konkreten Fall laut OGH eine Einflussnahme auf das Kind durch die Mutter nicht von vornherein auszuschließen, sodass es gerade in diesem Fall einer sorgfältigen Ausschöpfung aller eine erhebliche Tatsache – hier die Glaubwürdigkeit des Kindes – betreffenden Beweismittel bedurft hätte.

Zu 11 Os 117/04 hob der OGH einen Schuldspruch wegen § 207 Abs 1 StGB auf, weil das Erstgericht zu Unrecht Beweisanträge auf Beischaffung einer Reihe von Akten des Gerichtes, der Polizei, der Staatsanwaltschaft sowie des Magistrates über im Vorbringen näher bezeichnete Vorfälle, aus denen die dissoziale Persönlichkeitsstruktur sowie die Lügenhaftigkeit des Opfers (und einzigen Tatzeugen), das laut Vorbringen bereits seine eigene Mutter zu Unrecht des Mordversuchs bezichtigt haben soll, hervorgehen sollte, mit der Begründung abgewiesen hatte, die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des einzigen Tatzeugen sei Sache des erkennenden Gerichts.

³⁷⁴

14 Os 44/04; 11 Os 117/04; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 340, 350.

(4) Statistik

Laut *Ratz*³⁷⁵ handelt es sich bei § 281 Abs 1 Z 4 um „den wohl wichtigsten Nichtigkeitsgrund“. Betrachtet man rein statistisch die Anzahl der Fälle, in denen er geltend gemacht wurde und jene, in denen er tatsächlich verwirklicht war, stellt er sich zwar als sehr bedeutsamer, nicht aber als der wichtigste Nichtigkeitsgrund dar.

Er wurde im Schöffengericht (§ 281 Abs 1 Z 4) in 143, im Schwurgerichtsverfahren (§ 345 Abs 1 Z 5) in 24 Nichtigkeitsbeschwerden geltend gemacht. Somit wurde das Vorliegen von immerhin 3 anderen Nichtigkeitsgründen häufiger behauptet, nämlich jener nach § 281 Abs 1 Z 5, 5a und 9a.

Vergleichsweise geringer ist die Bedeutung des dargestellten Nichtigkeitsgrundes, wenn man bloß die erfolgreichen Beschwerden in den Blick nimmt: Auf § 281 Abs 1 Z 4 gestützten Beschwerden wurde nur in vier Fällen Folge gegeben, wobei es sich dabei ausschließlich um Rechtsmittel von Angeklagten handelte. Im Schwurgerichtsverfahren war keine auf § 345 Abs 1 Z 5 gestützte Nichtigkeitsbeschwerde erfolgreich.

Die „Erfolgsquote“ von auf den dargestellten Nichtigkeitsgrund gestützten Beschwerden ist somit äußerst gering.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 4	481	145	30,1%	4	2,8 %
§ 345 Abs 1 Z 5	70	24	34,3%	0	0%

Der Grund für die geringe Erfolgchance des dargestellten Nichtigkeitsgrundes ist nicht zuletzt in den strengen Anforderungen zu sehen, die der OGH an die Formulierung und Begründung von Beweisanträgen stellt, und die nunmehr in § 55 positiviert wurden. Diesen Anforderungen werden in der Hauptverhandlung gestellte Beweisanträge vielfach nicht gerecht, sodass deren Abweisung rügende Nichtigkeitsbeschwerden erfolglos bleiben müssen. Dazu kommen, wie bereits erörtert, die formalistischen Anforderungen, die der OGH im Bereich des § 238 an den Verteidiger stellt, und die mitunter Nichtigkeitsbeschwerden etwa deshalb scheitern lassen, weil sich der Verteidiger mit der prozessordnungswidrigen Abweisung eines Antrages durch den Vorsitzenden begnügte, anstatt ein Zwischenerkenntnis des Senats zu verlangen.

³⁷⁵

Ratz, RZ 2003, 194.

(5) *Stellungnahme*

Die Judikatur des OGH zum Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 ist im Lichte des Spannungsverhältnisses zwischen Prozessökonomie und der Sicherung eines zügigen Verfahrens einerseits sowie der materiellen Wahrheitsfindung andererseits zu betrachten. Die hohen Anforderungen, die der OGH – wie dargestellt – an die Formulierung von Beweisanträgen stellt, sollen in erster Linie dazu dienen, Anträge, die bloß zur Verfahrensverzögerung gestellt werden, erkennen und abweisen zu können und damit ein zügiges Verfahren sicherzustellen³⁷⁶.

Wenn auch Beweisanträge, die diesen Anforderungen nicht entsprechen, meist tatsächlich zur Wahrheitsfindung nichts beitragen könnten, so besteht aber natürlich andererseits dennoch die Gefahr, dass mitunter auch Beweisanträge mangels Erfüllung der vom OGH aufgestellten Begründungserfordernisse abgewiesen werden, die – auch wenn dies bei der Antragstellung nicht offensichtlich ist – tatsächlich zu einer weiteren Aufklärung der Sache hätten beitragen können. Stellt etwa der Verteidiger einen Beweis Antrag, bei dem nicht offensichtlich ist, wieso die Beweisaufnahme das behauptete Ergebnis erwarten lassen sollte und unterlässt er es im Beweis Antrag fehlerhaft, dies darzulegen, so kann der Antrag berechtigt abgewiesen werden, selbst wenn er tatsächlich eine Entlastung des Angeklagten hätte bewirken können. Die Judikatur des OGH ist deshalb in der Literatur auf Kritik gestoßen, zumal es in einem Verfahren, in dem der Grundsatz der materiellen Wahrheitserforschung gilt, nicht auf die juristischen Fähigkeiten des Antragstellers ankommen dürfe³⁷⁷.

ME erweist sich die höchstgerichtliche Judikatur zum dargestellten Nichtigkeitsgrund dann als unproblematisch, wenn das Erstgericht der Bestimmung des § 238 Abs 2 nachkommt und die Abweisung eines Beweis Antrags sofort (und zutreffend) begründet. Weist dieses nämlich den Beweis Antrag mit der richtigen Begründung ab, so hat der Antragsteller, sollte sein Antrag tatsächlich zweckmäßig sein, die Möglichkeit, diesen neu zu stellen und mit einem neu formulierten Antrag den Begründungserfordernissen zu entsprechen. Begründet also das Erstgericht die Antragsabweisung richtig, etwa mit der fehlenden Darlegung, wieso der Beweis Antrag das behauptete Ergebnis erwarten lassen sollte, so wird es, sollte der Antrag dazu tatsächlich geeignet sein, auch einem prozessrechtlich wenig erfahrenen Antragsteller gelingen, eine entsprechende Begründung nachzuliefern, sofern eine solche tatsächlich vorhanden ist. In diesem Fall wird daher das Ziel der dargestellten Judikatur, Anträge, die der Sachaufklärung tatsächlich dienlich sind von

³⁷⁶ Vgl *Ratz*, RZ 2003, 194.

³⁷⁷ Vgl etwa *Bertel/Venier*, Rz 894.

solchen zu unterscheiden, die bloß eine Verzögerung des Verfahrens bewirken, erreicht, ohne die Verteidigungsrechte unbillig zu schmälern.

Anders verhält es sich jedoch mE, wenn das Erstgericht die Abweisung des Beweisantrages – entgegen § 238 Abs 3, aber nach der Rsp sanktionslos – erst im Urteil begründet. In diesem Fall wird der Antragsteller, wenn er keine ausreichenden Kenntnisse über die vom OGH für Beweisanträge aufgestellten Begründungserfordernisse hat und sein Antrag deshalb diesen Anforderungen nicht genügt, nicht in der Lage sein, Abweisungsgründe zu widerlegen bzw den Antrag (zureichend begründet) neu zu stellen, weil ihm ja in der HV noch nicht klar ist, wieso sein Antrag abgewiesen wurde, erst in der Rechtsmittelschrift nachgeholte Argumente aber nach der Rsp unbeachtlich sind. Dabei handelt es sich zwar einerseits um einen Fehler des Antragstellers, andererseits jedoch auch um einen solchen des Gerichts, welches gemäß § 238 Abs 3 die Abweisung sofort zu begründen hätte. Dass solcherart die Erfolgchancen des Rechtsmittels des Angeklagten durch einen Fehler des Gerichts geschmälert werden, erscheint bedenklich. Ähnliches gilt, wenn das Erstgericht die – im Ergebnis mangels Erfüllung der Antragserfordernisse berechnigte – Abweisung des Beweisantrages zwar mündlich in der HV, jedoch falsch begründet. Auch in diesem Falle wird der Antragsteller die Abweisungsgründe kaum widerlegen und den Antrag den Begründungserfordernissen entsprechend neu stellen können.

Unter Berücksichtigung der Judikatur des OGH ist somit, um die Erfolgchancen des Angeklagten nicht unvertretbar von den Fähigkeiten seines Verteidigers abhängig zu machen, mE das Erstgericht gefordert, die Abweisung eines Beweisantrages bereits in der HV zutreffend zu begründen. Hat das Erstgericht dies aber unterlassen und die Begründung für die Abweisung des Beweisantrages erst im Urteil nachgeholt oder aber die Abweisung des Beweisantrages völlig falsch begründet, so sollte mE der OGH streng prüfen, ob nach der Aktenlage, nach den Ergebnissen der HV und bei richtiger rechtlicher Beurteilung der Antrag potentiell geeignet sein konnte, etwas zur Lösung der Schuldfrage beizutragen. Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 sollte diesfalls nur dann nicht vorliegen, wenn unzweifelhaft erkennbar ist, dass die Abweisung des Beweisantrages keinesfalls nachteiligen Einfluss für den Beschwerdeführer haben konnte (§§ 281 Abs 3; 345 Abs 3).

Bedenklich formalistisch erscheint die Rsp des OGH im Bereich des § 238: Demnach liegt jedenfalls keine Nichtigkeit vor, wenn der Vorsitzende entgegen der Vorschrift des § 238 einen Antrag selbst – also ohne Beschlussfassung durch den Schöffensenat – abgewiesen und der Beschwerdeführer sodann nicht ausdrücklich ein Senatserkenntnis verlangt hat³⁷⁸

³⁷⁸

13 O 178/03 ua.

oder wenn eine beantragte Beweisaufnahme zwar bewilligt, in der Folge aber nicht durchgeführt wird, und der Antragsteller keinen neuen Antrag auf tatsächliche Durchführung stellt³⁷⁹ (es sei denn, das Verhalten des Schöffengerichts würde auf eine Täuschung hinauslaufen³⁸⁰). Letztlich wird durch diese Rsp der Angeklagte von der Aufmerksamkeit seines Verteidigers abhängig gemacht und ihm im Ergebnis Fehler des Gerichts zugerechnet, wenn er dieses nicht zu prozessordnungskonformer Vorgehensweise „anleitet“. Zwingend scheint diese Auslegung des OGH jedenfalls nicht. Vielmehr könnte man § 281 Abs 1 Z 4 StPO auch dahingehend verstehen, dass, wenn die (§ 238 entsprechende, aber inhaltlich zu Unrecht erfolgte) Abweisung eines Antrages durch das Schöffengericht Nichtigkeit begründet, dies erst recht der Fall ist, wenn entgegen § 238 der Vorsitzende diesen Antrag alleine abweist und es insofern keiner weiteren Antragstellung des Beschwerdeführers bedarf. Ferner liegt auf der Hand, dass es dem Antragsteller auf die tatsächliche Durchführung seines Beweisantrages ankommt und nicht bloß auf dessen Bewilligung, sodass kein Grund dafür besteht, vom Nichtigkeitswerber einen weiteren Antrag auf tatsächliche Durchführung des Beweisantrages zu verlangen³⁸¹.

f) § 281 Abs 1 Z 5 StPO

(1) Allgemeines

Bei § 281 Abs 1 Z 5 handelt es sich um den mit Abstand **am häufigsten geltend gemachten Nichtigkeitsgrund**. Sein Vorliegen wurde von fast drei Viertel aller Nichtigkeitsbeschwerden behauptet.

Nach § 281 Abs 1 Z 5 können bestimmte **formelle Begründungsmängel** des Ausspruches über **entscheidende Tatsachen** geltend gemacht werden („Mängelrüge“). Entscheidend ist eine Tatsache dann, wenn die Feststellung ihres Vorliegens oder Nichtvorliegens die rechtliche Entscheidung über Schuld- oder Freispruch bzw darüber beeinflusst, welche strafbare Handlung begründet wurde. Feststellungen, die bloß für die Strafzumessung Bedeutung haben, sind nicht für die Subsumtion entscheidend und können daher nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft werden.

Von den entscheidenden unterscheidet der OGH die bloß **erheblichen Tatsachen**³⁸², das sind solche, die für die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer entscheidenden Tatsache von Bedeutung sein können und solcherart **erörterungsbedürftig** sind. Mit erheblichen Tatumständen muss sich die Beweiswürdigung bei sonstiger Unvollständigkeit auseinandersetzen. Die Bejahung oder Verneinung erheblicher Umstände kann nicht aus Z 5 angefochten werden, wenn es sich bloß um einzelne von mehreren erheblichen Umständen handelt, außer die Tatrichter hätten darin erkennbar eine notwendige Bedingung für die Feststellung

³⁷⁹ 15 Os 42/04; 12 Os 64/04; 12 Os 103/04.

³⁸⁰ 13 Os 15/03 = SSt 2003/114; 15 Os 42/04; 14 Os 69/07i.

³⁸¹ Siehe dazu eingehend *Tipold*, JSt 2010, 19

³⁸² *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 409.

einer entscheidenden Tatsache erblickt. Eine erhebliche Tatsache stellt demnach beispielsweise die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit eines Zeugen dar³⁸³.

Der Nichtigkeitsgrund liegt vor, wenn der Ausspruch über entscheidende Tatsachen

- undeutlich (erster Fall),
- unvollständig (zweiter Fall) oder
- mit sich selbst im Widerspruch ist (dritter Fall) oder
- wenn für diesen Ausspruch keine oder offenbar unzureichende Gründe angegeben wurden (vierter Fall) oder
- die Feststellung über entscheidende Tatsachen aktenwidrig begründet wurde (fünfter Fall).

Undeutlichkeit liegt vor, wenn – aus objektiver Sicht – nicht zweifelsfrei erkennbar ist, welche entscheidenden Tatsachen – sowohl auf der objektiven als auch auf der subjektiven Tatseite – in den Entscheidungsgründen festgestellt wurden oder aus welchen Gründen die Feststellung entscheidender Tatsachen erfolgt ist³⁸⁴. Die Undeutlichkeit kann also sowohl die **Feststellungs- als auch die Begründungsebene** betreffen³⁸⁵. Der Nichtigkeitsgrund liegt dann vor, wenn eine solcherart undeutliche Feststellung immerhin den Willen zur Feststellung entscheidender Tatsachen erkennen lässt. Ist der Wille zur Feststellung entscheidender Tatsachen nicht erkennbar, liegt ein materieller Nichtigkeitsgrund vor³⁸⁶.

Die **Unvollständigkeit** (§ 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall) betrifft nach stRsp nicht die Feststellungen, sondern nur deren **Begründung**³⁸⁷. Feststellungsmängel – also die unvollständige Feststellung subsumtionsrelevanter Tatsachen – sind hingegen ausschließlich Gegenstand von Rechts- und Subsumtionsrüge.

Nach aA³⁸⁸ liegt Unvollständigkeit auch dann vor, wenn im Urteil Umstände nicht festgestellt wurden, auf die es bei richtiger rechtlicher Beurteilung ankommt. Derartige Feststellungsmängel sind nach dieser Ansicht doppelt – nämlich sowohl nach § 281 Abs 1 Z 5 als auch nach Z 9 bzw 10 – relevant.

Unvollständigkeit iSd § 281 Abs 1 Z 5 liegt dann vor, wenn das Gericht bei der für die Feststellung entscheidender Tatsachen angestellten Beweiswürdigung erhebliche, in der Hauptverhandlung vorgekommene Verfahrensergebnisse unberücksichtigt lässt³⁸⁹. Der Nichtigkeitsgrund kann sich – anders als jener nach § 281 Abs 1 Z 5a, der auf den gesamten

³⁸³ 15 Os 174/03.

³⁸⁴ 14 Os 151/03; F/F, § 281 Rz 42; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 418f; *Seiler*, Rz 937.

³⁸⁵ 11 Os 102/04

³⁸⁶ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 418.

³⁸⁷ 12 Os 104/03; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 42; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 5 Rz 42.

³⁸⁸ *Bertel/Venier*, Rz 901; *Seiler*, Rz 938.

³⁸⁹ 11 Os 116/04; 12 Os 120/04; 12 Os 104/03 uva; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 421; F/F, § 281 Rz 43;; *Bertel/Venier*, Rz 906, sehen darin eine offenbar unzureichende Begründung; so wohl auch *Seiler*, Rz 946.

Akteninhalt abstellt – nur auf Umstände beziehen, die in der HV vorgekommen sind und beschränkt sich auf die unvollständige Würdigung der erhobenen Beweise, erfasst aber nicht die unvollständige Ausschöpfung von Beweisquellen. Eine solche Mangelhaftigkeit des Verfahrens könnte – die entsprechende Antragstellung in der HV vorausgesetzt – lediglich nach § 281 Abs 1 Z 4 gerügt werden³⁹⁰.

Widersprüchlichkeit iSd § 281 Abs 1 Z 5 dritter Fall liegt vor, wenn die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen einander gegenseitig ausschließen oder wenn aus dem Beweisverfahren Schlussfolgerungen tatsächlicher Art gezogen wurden, die nach den Denkgesetzen nebeneinander gar nicht bestehen können³⁹¹. Der innere Widerspruch kann dabei sowohl die **Feststellungs-** als auch die **Begründungsebene** betreffen³⁹² und kann nicht nur innerhalb der Urteilsgründe liegen, sondern uU auch zwischen Urteilsatz und Begründung bestehen³⁹³. Relevant sind dabei nur Widersprüche hinsichtlich entscheidender Tatsachen³⁹⁴.

Ein Widerspruch zwischen Urteilstenor und Entscheidungsgründen kann nur dann einen formellen Nichtigkeitsgrund – und zwar § 281 Abs 1 Z 3 oder Z 5 – darstellen, wenn er auf der Sachverhaltsebene liegt, maW Tatsachen betrifft³⁹⁵. Ein Widerspruch zwischen Tenor und den in den Urteilsgründen festgestellten entscheidenden Tatsachen begründet Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 dritter Fall, ein solcher Gegensatz hinsichtlich sonstiger Individualisierungsmerkmale hingegen Nichtigkeit nach Z 3 leg cit³⁹⁶. Ein Widerspruch zwischen der laut Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 2) einerseits und rechtlicher Beurteilung in den Entscheidungsgründen andererseits verwirklichten strafbaren Handlung kann dagegen nicht Gegenstand einer Rüge nach Z 5 sein, vielmehr kommt allenfalls der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 in Betracht. Dieser stellt auf einen Vergleich zwischen Erkenntnis (§ 260 Abs 1 Z 2) und den Feststellungen der Entscheidungsgründe ab³⁹⁷.

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall liegt vor, wenn für den Ausspruch des Gerichts über entscheidende Tatsachen **keine oder offenbar unzureichende Gründe** angegeben wurden³⁹⁸. Offenbar unzureichend ist eine Begründung, die den Gesetzen der Folgerichtigkeit oder den grundlegenden empirischen Erfahrungssätzen über Kausalitätszusammenhänge widerspricht³⁹⁹.

³⁹⁰ 14 Os 133/04; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 5 Rz 41; F/F, § 281 Rz 43; *Seiler*, Rz 946.

³⁹¹ F/F, § 281 Rz 45; *Seiler*, Rz 939.

³⁹² 11 Os 102/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 393.

³⁹³ F/F, § 281 Rz 45; differenzierend 15 Os 51/04 und *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 276.

³⁹⁴ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 443.

³⁹⁵ Vgl 14 Os 56/04.

³⁹⁶ 13 Os 14/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 276f, 438f.

³⁹⁷ 13 Os 14/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 269.

³⁹⁸ F/F, § 281 Rz 46.

³⁹⁹ 12 Os 120/04; 11 Os 116/04; 12 Os 104/03; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 444; F/F, § 281 Rz 46.

Aktenwidrigkeit (§ 281 Abs 1 Z 5 fünfter Fall) liegt dann vor, wenn das Urteil einen entscheidende Tatsache betreffenden wesentlichen Teil einer **Aussage oder Urkunde** in seinen **wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig** wiedergibt, nicht jedoch, wenn nur die daraus gezogenen Schlussfolgerungen in Frage gestellt werden⁴⁰⁰. Erfasst wird nur die **Begründungsebene**⁴⁰¹, sodass mit dem Vorwurf eines Widerspruchs zwischen den getroffenen Feststellungen und den diesen zugrunde gelegten Aussagen oder Urkunden gar keine Aktenwidrigkeit behauptet wird⁴⁰².

Verstöße gegen Z 5 können, wie bei allen formellen Nichtigkeitsgründen, grundsätzlich **nicht von Amts wegen** wahrgenommen werden, außer ein von einem Angeklagten erfolgreich geltend gemachter Mangel kommt auch einem anderen zustatten (§ 290 Abs 1).

Allerdings prüft der OGH, wenn entscheidende Tatsachen mangels Beschwer nicht angefochten werden können, diese amtswegig auf Begründungsmängel, bevor er sie in Stattgebung einer Rechts- oder Subsumtionsrüge seiner Entscheidung zugrundelegt⁴⁰³. Spricht daher etwa das Erstgericht – aufgrund der getroffenen Feststellungen rechtsirrig – den Angeklagten frei, trifft dabei jedoch alle für einen Schuldspruch bei richtiger Rechtsansicht erforderlichen Feststellungen und bekämpft die Staatsanwaltschaft diesen Freispruch mit einer Rechtsrüge, so prüft der OGH, bevor er aufgrund der erstgerichtlichen Feststellungen rechtsrichtig reformatorisch ein schuldsprechendes Erkenntnis fällt, diese dem Schuldspruch zugrundelegenden Feststellungen auf Mängel iSd Z 5. Dies ist im Interesse eines fairen Verfahrens auch zwingend erforderlich, zumal andernfalls die rechtsrichtig zu einem Schuldspruch führenden und damit in Wahrheit für den – angesichts des Freispruchs zunächst nicht beschwerten – Angeklagten nachteiligen Feststellungen nicht anfechtbar bzw überprüfbar wären.

Im schwurgerichtlichen Verfahren gibt es einen dem § 281 Abs 1 Z 5 entsprechenden Nichtigkeitsgrund nicht, zumal der Wahrspruch der Geschworenen nicht zu begründen ist und somit auch keine Begründungsmängel vorliegen können. Einen unzureichenden Ersatz bietet die Fragenrüge nach § 345 Abs 1 Z 6⁴⁰⁴.

Durch den Umstand, dass Geschworenenurteile nicht begründet werden (was von Geschworenen auch gar nicht verlangt werden könnte), ergibt sich eine massive Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten, welche sich auch in der vorliegenden Statistik deutlich niederschlägt. Eine derartige Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten gerade im Bereich der schwersten Kriminalität erscheint rechtsstaatlich bedenklich⁴⁰⁵.

(2) Statistik

Wie bereits eingangs erwähnt handelt es sich bei § 281 Abs 1 Z 5 um einen äußerst bedeutsamen Nichtigkeitsgrund. Sein Vorliegen wurde von Nichtigkeitsbeschwerden gegen

⁴⁰⁰ 11 Os 116/04; 15 Os 22/04; 14 Os 92/03; SSSt 6/58, 7/39; F/F, § 281 Rz 47; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 467.

⁴⁰¹ 11 Os 102/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 393.

⁴⁰² *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 468; 15 Os 174/03.

⁴⁰³ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 415.

⁴⁰⁴ Siehe dazu unten S 163.

⁴⁰⁵ Vgl dazu ua. *Reindl-Krauskopf*, AnwBl 2010,224; *Burgstaller*, JBl 2006,69,

351 Urteile behauptet – das sind knapp drei Viertel aller Nichtigkeitsbeschwerden im schöffengerichtlichen Verfahren. Es handelt sich somit um den mit Abstand **am häufigsten geltend gemachten Nichtigkeitsgrund**.

Nichtigkeitsbeschwerden gestützt auf Z 5 war auch tatsächlich (zumindest in absoluten Zahlen) häufiger Erfolg beschieden als dies bei allen anderen Nichtigkeitsgründen der Fall war⁴⁰⁶. In insgesamt **33 Fällen** wurde auf Z 5 gestützten Nichtigkeitsbeschwerden (zumindest teilweise) **Folge gegeben** – der Nichtigkeitsgrund war somit mehr als drei Mal häufiger verwirklicht als alle anderen formellen Nichtigkeitsgründe zusammen. Dabei handelte es sich in allen 33 Fällen um Nichtigkeitsbeschwerden des Angeklagten, die Staatsanwaltschaft war hingegen mit keiner einzigen Mängelrüge erfolgreich.

Mit 9,46% ist die „Erfolgsquote“ auf § 281 Abs 1 Z 5 gestützter Nichtigkeitsbeschwerden vergleichsweise hoch. Lediglich den materiellen Nichtigkeitsgründen kommen – statistisch betrachtet – (geringfügig) höhere Erfolgchancen zu.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 5	481	351	73,0%	33	9,4 %

(3)Erfolglose Beschwerden

Auch wenn Nichtigkeitsbeschwerden nach § 281 Abs 1 Z 5 in immerhin 33 Fällen Folge gegeben wurde, blieben über **90%** der Mängelrügen **erfolglos**.

Dies erklärt sich vorwiegend daraus, dass die meisten der zahlreichen auf § 281 Abs 1 Z 5 gestützten Nichtigkeitsbeschwerden sich darauf beschränkten, die Beweiswürdigung zu bekämpfen, indem sie darzulegen versuchten, dass aus den Beweisergebnissen auch für den Angeklagten günstigere Schlüsse hätten gezogen werden können, ohne dabei jedoch Begründungsmängel iSd genannten Nichtigkeitsgrundes aufzuzeigen. Ein überwiegender Teil der auf § 281 Abs 1 Z 5 gestützten Beschwerden versucht solcherart, die Beweiswürdigung des Schöffengerichts in einer Weise zu bekämpfen, wie sie das Gesetz für die Schuldberufung im Einzelrichterverfahren vorsieht. Häufig scheint Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 von jenen Nichtigkeitswerbern geltend gemacht worden zu sein, die einen gegen sie ergangenen Schuldspruch bekämpfen wollten, jedoch keine Nichtigkeit des Verfahrens bzw Urteils ausmachen konnten.

⁴⁰⁶ Gemeint sind nur Nichtigkeitsbeschwerden denen „Folge gegeben“ wurde, bei denen also die Nichtigkeit auch tatsächlich geltend gemacht wurde. Bezieht man auch jene Fälle mit ein, bei denen amtswegig – aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde –materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden, so war Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 häufiger gegeben (diese wurde in 16 Fällen erfolgreich geltend gemacht und in weiteren 27 amtswegig wahrgenommen).

Deshalb verwundert es nicht, dass ein großer Teil der Mängelrügen erfolglos blieb: Die **Bekämpfung** der ausschließlich dem Erstgericht zukommenden **freien Beweiswürdigung** über deren Denkrichtigkeit hinaus ist nämlich im kollegialgerichtlichen Verfahren **unzulässig**. Der OGH sieht sich im Rahmen des § 281 Abs 1 Z 5 nur berechtigt zu prüfen, ob die von den Tatrichtern gewählte Begründung unvertretbar ist, ihm steht also nur die Festlegung der Grenzen des Vertretbaren zu. MaW ist eine Prüfung der vom Erstgericht berücksichtigten Verfahrensergebnisse über deren Denkrichtigkeit hinaus nicht zulässig, vielmehr hat sich der OGH auf die kritische Auseinandersetzung mit der Auswahl der für diese Bewertung herangezogenen Beweismittel zu beschränken⁴⁰⁷.

Überdies betont der OGH in seinen Erkenntnissen immer wieder das Gebot der gedrängten Darstellung der Entscheidungsgründe (§ 270 Abs 2 Z 5). Das Urteil hat daher nicht auf jedes Detail einzugehen, sondern „in einer Gesamtschau aller Beweisergebnisse die entscheidungswesentlichen Tatsachen zu bezeichnen und diese schlüssig sowie zureichend zu begründen, ohne dagegen sprechende wesentliche Umstände mit Stillschweigen zu übergehen. Dabei ist das Gericht berechtigt (§ 258 Abs 2), nicht nur "zwingende" Schlüsse, sondern auch Wahrscheinlichkeitsschlüsse zu Tatsachenfeststellungen zu ziehen, welche, wenn sie logisch vertretbar sind, als Ergebnis freier richterlicher Beweiswürdigung mit Nichtigkeitsbeschwerde unanfechtbar sind.“⁴⁰⁸ Dies gilt insbesondere auch für die subjektive Tatseite, die durchaus bereits aus dem objektiven Geschehen abgeleitet werden, sofern dies im Einklang mit den Denkgesetzen und ohne Verstoß gegen die Lebenserfahrung geschieht (bei einem leugnenden Angeklagten ist ein solcher Schluss idR auch gar nicht zu ersetzen)⁴⁰⁹. Auch die Verletzung des Grundsatzes in dubio pro reo kann – anders als bei der Schuldberufung – im Nichtigkeitsverfahren nicht geltend gemacht werden. Der Nichtigkeitsgrund liegt ferner dann nicht vor, wenn die vom Erstgericht angeführten Gründe bloß nicht überzeugend erscheinen⁴¹⁰.

Die zahlreichen auf § 281 Abs 1 Z 5 gestützten Beschwerden, die entgegen dieser Grundsätze die Beweiswürdigung bekämpften, wies der OGH regelmäßig mit der Begründung ab bzw zurück, der Beschwerdeführer bekämpfe bloß unzulässig „die Beweiswürdigung des Schöffensenats nach Art einer **im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Schuldberufung**“⁴¹¹.

Erfolglos waren im dargestellten Sinne beispielsweise folgende Nichtigkeitsbeschwerden nach § 281 Abs 1 Z 5:

⁴⁰⁷ 11 Os 116/04; 12 Os 120/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 445, 450.

⁴⁰⁸ 15 Os 52/04.

⁴⁰⁹ 11 Os 48/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 452.

⁴¹⁰ F/F, § 281 Rz 46; SSt 6/61, 11/3; aM *Bertel/Venier*, Rz 908.

⁴¹¹ 12 Os 9/04; 12 Os 81/04; 13 Os 168/03; 15 Os 52/04; 13 Os 172/03; 11 Os 116/04 uva; krit. *Bertel/Venier*, Rz 908.

- Beschwerden, die behaupteten, aus den – vom Erstgericht mängelfrei gewürdigten – Beweisen hätten auch für den Angeklagten günstigere Schlüsse gezogen werden können, als es das Erstgericht getan hat, und die vom Schöffensenat als glaubwürdig erachteten Zeugen seien bedenklich und unglaubwürdig gewesen⁴¹²
- Beschwerden, die schlicht versuchten, die vom Schöffensenat mängelfrei als unglaubwürdig beurteilte Verantwortung des Angeklagten in den Vordergrund zu rücken⁴¹³
- Beschwerden, die versuchten, die tatrichterliche Beweiswürdigung unter Berufung auf einzelne, **isoliert hervorgehobene Verfahrensergebnisse** anzugreifen und auf spekulativer Basis für den Prozessstandpunkt des Beschwerdeführers günstigere Schlüsse abzuleiten⁴¹⁴.

Der Umstand, dass eine Nichtigkeitsbeschwerde bloß (unzulässig) die tatrichterliche Beweiswürdigung des Erstgerichts bekämpft, zeigt sich dabei häufig bereits an der Verwendung von Formulierungen wie „... es wäre zumindest im Zweifelsfalle davon auszugehen gewesen...“⁴¹⁵, der pauschalen Behauptung von „Beweiswürdigungsfehlern“⁴¹⁶, oder der Behauptung, der Grundsatz „in dubio pro reo“ sei von den Tatrichtern verletzt⁴¹⁷ worden, ohne dabei tatsächlich Mängel iSd § 281 Abs 1 Z 5 zu aufzuzeigen.

Die Darstellung konkreter Beispiele hierfür gestaltet sich insofern schwierig, als in den OGH Erkenntnissen weder im Detail die Beweiswürdigung des Schöffengerichts noch die genaue Argumentation der Nichtigkeitsbeschwerde wiedergegeben wird. Vielmehr weist der OGH idR in seinen Erkenntnissen darauf hin, dass das Erstgericht sich mit den Ergebnissen des Beweisverfahrens bzw den Aussagen der Zeugen und Angeklagten auseinandergesetzt habe, dargestellt habe, wieso es den den Schuldspruch zugrundeliegenden Aussagen glaubte und anderen nicht bzw dass die Begründung des Erstgerichts den Denkgesetzen und den grundlegenden Erfahrungswerten entspreche.

Ferner bekämpften zahlreiche Nichtigkeitsbeschwerden nach § 281 Abs 1 Z 5 lediglich Feststellungen, bei denen es sich gar **nicht** um „**entscheidende**“, also für die Subsumtion bedeutsame, **Tatsachen** handelte. Da schon dem Wortlaut des § 281 Abs 1 Z 5 nach nur entscheidende Feststellungen nach dieser Bestimmung bekämpft werden können, mussten auch diese Nichtigkeitsbeschwerden erfolglos bleiben.

Nicht für die Subsumtion entscheidend und damit unanfechtbar waren beispielsweise folgende in Nichtigkeitsbeschwerden nach § 281 Abs 1 Z 5 gerügte Feststellungen:

- Ganz allgemein sogenannte „überschießende“ Feststellungen, das sind solche, die in Überschreitung des Prozessgegenstandes getroffen wurden und die Schuldfrage nicht berühren⁴¹⁸.
- Bei einem Schuldspruch wegen gefährlicher Drohung Feststellungen darüber, ob das Opfer tatsächlich in Furcht und Unruhe versetzt wurde, weil zur Verwirklichung des Tatbestandes nach § 107 Abs 1 StGB ausreicht, dass sich der Vorsatz des Täters darauf erstreckt. Somit war im bekämpften Urteil eine Auseinandersetzung mit den Aussagen des

⁴¹² 15 Os 27/04 uva.

⁴¹³ 14 Os 165/03 uva..

⁴¹⁴ Vgl 13 Os 172/03; 15 Os 27/04; 15 Os 52/04 uva.

⁴¹⁵ 13 Os 168/03.

⁴¹⁶ 13 Os 17/04.

⁴¹⁷ 15 Os 163/03.

⁴¹⁸ 14 Os 100/03 uva.

Tatopfers, inwieweit dieses sich durch die inkriminierten Äußerungen in Furcht und Unruhe versetzt wurde, zu Recht unterblieben⁴¹⁹.

- Feststellungen über Tatzeit und –ort, sofern sich ergibt, dass Anklage und Urteil dasselbe Tun erfassen⁴²⁰.
- Feststellungen zur Beteiligungsform des Täters⁴²¹, weil diese nach stRsp im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Täterschaftsformen des § 12 StGB keine entscheidende Tatsache betreffen⁴²².
- Bei einem Schuldspruch wegen § 146, 147 Abs 1 Z 1 und Abs 3, 148 zweiter Fall StGB durch Täuschung über das Gewicht des von den Angeklagten abgeholt Aluminiumschrotts in zahlreichen Angriffen, wodurch die Geschädigten zur Geltendmachung eines geringeren Rechnungsbetrages verleitet wurden, unter anderem Feststellungen zum Zeitpunkt des Vorliegens und des Umfangs der Gewerbeberechtigung⁴²³

Ferner verlangt der OGH, bei der Ausführung einer Mängelrüge stets die Gesamtheit der Entscheidungsgründe zu beachten, es dürfen keine Urteilsannahmen übergangen werden, zumal, wie es der OGH ausdrückt, „es nicht Aufgabe des Obersten Gerichtshofes ist, einem Rechtsmittelwerber jene Erwägungen des Erstgerichtes, die zur Kenntnis zu nehmen er ersichtlich nicht gewillt ist, durch Reproduktion näher zu bringen“⁴²⁴. Eine Nichtigkeitsbeschwerde, die eine festgestellte entscheidende Tatsache als offenbar unbegründet rügen will, darf sich daher nicht auf einzelne beweiswürdige Erwägungen beschränken, sondern muss alle einbeziehen.

Erfolglos musste daher beispielsweise eine Rüge bleiben, die übergang, dass die konstatierte Gewerbsmäßigkeitabsicht nicht nur aus dem erhöhten Geldbedarf des Angeklagten infolge seiner Suchtgiftabhängigkeit, sondern auch aus der Vielzahl der gleichartigen Angriffe abgeleitet wurde⁴²⁵.

Von den einzelnen Fällen des § 281 Abs 1 Z 5 kommt eindeutig der **Unvollständigkeit** (§ 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall) sowie der **fehlenden oder offenbar unzureichenden Begründung** (§ 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall) die **größte Bedeutung** zu – und zwar sowohl hinsichtlich der Zahl der Nichtigkeitsbeschwerden, die sich auf eine Nichtigkeit nach diesen beiden Varianten stützten, als auch bei der Zahl der erfolgreichen Beschwerden. Die Nichtigkeit infolge **Undeutlichkeit** nach § 281 Abs 1 Z 5 erster Fall hat demgegenüber in der Praxis **wenig Bedeutung**.

Bei einer behaupteten Nichtigkeit wegen **Unvollständigkeit** (§ 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall) prüft der OGH nicht die Bewertung der vom Erstgericht berücksichtigten Beweisergebnisse (über deren Denkrichtigkeit hinaus), sondern beschränkt sich auf die

⁴¹⁹ 15 Os 130/04.

⁴²⁰ 15 Os 101/04.

⁴²¹ 13 Os 135/03.

⁴²² EvBl 2001/75; F/F, § 281 Rz 41a; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 398; *Bertel/Venier*, Rz 898; aM *Seiler*, Rz 936; *Kienapfel/Höpfel*, AT I¹³ E 2 Rz 46.

⁴²³ 15 Os 16/04.

⁴²⁴ 12 Os 95/02.

⁴²⁵ 13 Os 71/04; ähnlich 13 Os 20/04.

kritische Auseinandersetzung mit der Auswahl der vom Erstgericht herangezogenen Beweisergebnisse⁴²⁶. MaW kontrolliert der OGH, ob alles aus seiner Sicht Erwägenswerte (beweiswürdigend) erwogen wurde, nicht aber des Inhalts dieser Erwägungen⁴²⁷.

Daher mussten beispielsweise erfolglos bleiben:

- eine Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, die dem Erstgericht sogar selbst die vollständige Ausschöpfung des in der HV vorgeführten Beweismaterials konzidierte, aber dessen Würdigung rügte⁴²⁸;
- eine Mängelrüge, die **Unvollständigkeit** infolge mangelnder Auseinandersetzung mit den gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen sprechenden Beweisergebnissen behauptete, jedoch keine konkreten, die Aufrichtigkeit des Zeugen in Frage stellenden, trotzdem aber unerörtert gebliebenen Tatumstände deutlich und bestimmt bezeichnete⁴²⁹.
- eine Nichtigkeitsbeschwerde, die das Fehlen einer Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Schlussvortrages des Verteidigers bemängelte. Dieser ist weder Teil der Vernehmung des Angeklagten noch kommt ihm sonst Beweismittelcharakter zu, er kann daher nicht Gegenstand einer Rüge aus Z 5 sein⁴³⁰.

Sehr häufig versuchen Nichtigkeitswerber eine angebliche Nichtigkeit wegen **fehlender oder offenbar unzureichender Begründung oder Unvollständigkeit** aufzuzeigen. Diesbezüglich verweist der OGH in zurück- oder abweisenden Erkenntnissen regelmäßig auf das **Gebot der gedrängten Darstellung der Entscheidungsgründe** (§ 271 Abs 2 Z 5)⁴³¹.

Unter Hinweis auf das Gebot der gedrängten Darstellung der Entscheidungsgründe wurden beispielsweise folgende Nichtigkeitsbeschwerden zurückgewiesen:

- eine Beschwerde, in der die Beschwerdeführer bemängelten, dass „eine Vielzahl ihnen günstig erscheinender Fragmente aus den Aussagen der Angeklagten und anderer Beweispersonen“ nicht „festgestellt“ worden seien, zumal angesichts des Gebots der gedrängten Darstellung der Entscheidungsgründe nicht jedes Aussagedetail, das zugunsten des Angeklagten ins Treffen geführt werden könnte, einzeln zu referieren ist⁴³²
- eine Beschwerde, die die Auseinandersetzung mit unerheblichen Nebenumständen „um ein abgerundetes Bild der Sachlage zu vermitteln“ vermisste⁴³³

Angesichts des Gebots der gedrängten Darstellung der Urteilsgründe erachtete es der OGH auch als ausreichend, wenn sich der erkennende Senat im zweiten Rechtsgang der Meinung der erkennenden Richter im ersten Rechtsgang anschließt und auf deren Beweiswürdigung verweist (die Mängelfreiheit dieser freilich

⁴²⁶ 12 Os 120/04.

⁴²⁷ 13 Os 138/03; 15 Os 71/04; 11 Os 34/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 421; F/F, § 281 Rz 43.

⁴²⁸ 13 Os 138/03.

⁴²⁹ 15 Os 116/04.

⁴³⁰ 11 Os 47/04.

⁴³¹ F/F, § 281 Rz 43; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 428; vgl 13 Os 58/04; 14 Os 163/03; 15 Os 52/04; 15 Os 27/04.

⁴³² 13 Os 58/04.

⁴³³ 14 Os 163/03.

vorausgesetzt)⁴³⁴. Überhaupt kann die Beweiswürdigung nach der Rsp grundsätzlich durch Verweis auf Aktenbestandteile, also etwa ein Urteil aus dem ersten Rechtsgang oder ein Sachverständigengutachten, vorgenommen werden⁴³⁵. Allerdings muss dabei jenem Aktenbestandteil, auf den verwiesen wird, eine zureichende Begründung für die entsprechende Feststellung zu entnehmen sein.

Keine Unvollständigkeit kann auch die mangelnde Erörterung jener Umstände begründen, die nicht „erheblich“ sind, die also für die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer entscheidenden Tatsache nicht von Bedeutung sein können.

Daher musste eine Beschwerde eines Verurteilten, die die fehlende Auseinandersetzung mit der Aussage eines Zeugen zu einem Faktum, hinsichtlich dessen gar kein Schuldspruch erfolgte, bemängelte, erfolglos bleiben⁴³⁶.

Aktenwidrigkeit liegt vor, wenn das Urteil einen eine entscheidende Tatsache betreffenden wesentlichen Teil einer Aussage oder Urkunde in seinen wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig wiedergibt. Von vornherein nicht in Betracht kommt eine Aktenwidrigkeit, wenn das Urteil keine Angaben über die Aussage oder Urkunde enthält. Tatsächlich begnügte sich ein ganz überwiegender Teil der eine Aktenwidrigkeit behauptenden Nichtigkeitsbeschwerden mit dem Vorwurf, dass aus einer Urkunde oder Aussage statt der (tatsächlich vertretbarer Weise) gezogenen Schlüsse nicht andere gezogen wurden. Da damit kein Begründungsmangel aufgezeigt, sondern neuerlich bloß unzulässig die Beweiswürdigung nach Art einer Schuldberufung bekämpft wird, mussten auch diese Nichtigkeitsbeschwerden erfolglos bleiben⁴³⁷.

(4)Erfolgreiche Beschwerden

Trotz der dargestellten, relativ engen Grenzen der Anfechtungsbefugnis wurde auf **§ 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall** gestützten Beschwerden in immerhin 33 Fällen, und somit häufiger als bei allen anderen Nichtigkeitsgründen, Folge gegeben. Nichtigkeitsbegründend war dabei **meist** die **fehlende oder offenbar unzureichende Begründung** von Feststellungen, **oft** auch die **Unvollständigkeit** der Urteilsbegründung.

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall (**Unvollständigkeit**) war in mehreren Fällen deshalb verwirklicht, weil sich das Erstgericht **mit widersprüchlichen Beweisergebnissen** hinsichtlich entscheidender Tatsachen **nicht auseinandergesetzt** hatte⁴³⁸. Zwar hat sich, wie bereits erwähnt, das Urteil nicht mit jedem Aussagedetail und isoliertem Beweisergebnis auseinanderzusetzen, Stimmen jedoch – wie es der OGH ausdrückt – „mit Bezug auf eine entscheidende Tatsache Beweisergebnisse nicht überein, so ist bei Unvollständigkeit der Grund anzugeben, warum die der getroffenen Feststellung

⁴³⁴ 15 Os 27/04.

⁴³⁵ RS 0119301; 13 Os 78/04.

⁴³⁶ 14 Os 163/03.

⁴³⁷ 15 Os 14/04; 15 Os 174/03; 15 OS 22/04.

⁴³⁸ Vgl 13 Os 60/04; 11 Os 145/03; 15 Os 135/04.

widerstreitenden Beweisergebnisse das Gericht nicht überzeugen konnten⁴³⁹. Einen häufigen Fall der Unvollständigkeit stellen nicht gewürdigte **Widersprüche zwischen Aussagen mehrerer Personen⁴⁴⁰ oder innerhalb der Aussagen einer einzigen Person** dar.

Unvollständig waren daher etwa die Urteilsgründe zu einem Schuldspruch wegen vollendeten In-Verkehr-Setzens von Suchtgift, weil sich das Gericht mit den Angaben des vermeintlichen Abnehmers, wonach dieser zwar vom Angeklagten Suchtgift habe kaufen wollen, es infolge dessen Verhaftung aber nicht mehr dazu gekommen sei, nicht auseinandergesetzt hatte⁴⁴¹. Seit einer Entscheidung des verstärkten Senats im Jahr 2007⁴⁴² sieht der OGH bei fehlerhafter Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung nicht mehr Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 verwirklicht, sondern kann dadurch lediglich der Nichtigkeitsgrund nach Z 11 zweiter Fall hergestellt werden. Dementsprechend läge im angeführten Beispiel, sofern zumindest das Versuchsstadium erreicht ist, Nichtigkeit aufgrund von Begründungsmängeln zur Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung nach neuer Rsp nicht mehr vor.

Nichtig infolge Unvollständigkeit der Urteilsgründe waren auch Schuldsprüche, bei denen das Gericht einer den Angeklagten entlastenden Zeugenaussage nicht folgte, ohne sich mit diesen Angaben auseinandersetzen und die Gründe, aus denen es der Zeugenaussage nicht folgte, anzugeben⁴⁴³.

Einer eingehenden Begründung bedarf es – bei sonstiger Unvollständigkeit – auch, wenn das Gericht einem Sachverständigengutachten nicht folgen möchte.

Nichtig war daher ein Urteil, in dem Feststellungen getroffen wurden, die mit dem Gutachten nicht in Einklang standen, und das sich nicht mit den gegenteiligen Ausführungen des Sachverständigen auseinandersetzte⁴⁴⁴.

Ein zentraler Bestandteil fast jeder Beweiswürdigung ist die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen oder Mitangeklagten. Der OGH betont diesbezüglich, dass „der zur Überzeugung der Tatrichter von der **Glaubwürdigkeit von Zeugen** auf Grund des in der HV gewonnenen persönlichen Eindrucks führende kritisch-psychologische Vorgang als solcher grundsätzlich **einer Anfechtung mit Nichtigkeitsbeschwerde entzogen** ist“⁴⁴⁵. Gleiches gilt bei der Beurteilung der Frage, welcher von mehreren wechselnden Verantwortungen des Angeklagten Glaubwürdigkeit zukommt⁴⁴⁶. Allerdings hat sich das Gericht, wenn es eine Zeugenaussage bzw eine Verantwortung des Angeklagten als glaubwürdig beurteilt, **mit allfälligen gegen die Glaubwürdigkeit sprechenden Beweisergebnissen auseinanderzusetzen**.

Nichtig war deshalb ein Schuldspruch wegen § 201 Abs 1 StGB: Die Geschädigte hatte angegeben, vom Angeklagten im Juli 2002 vergewaltigt worden zu sein. Der Angeklagte verantwortete sich leugnend und gab an,

⁴³⁹ 15 Os 90/04; vgl 15 Os 42/04; 13 Os 123/04.

⁴⁴⁰ Vgl 14 Os 62/04; 15 Os 135/04.

⁴⁴¹ 13 Os 60/04.

⁴⁴² 12 Os 119/06a.

⁴⁴³ 11 Os 145/03; 12 Os 119/04.

⁴⁴⁴ 11 Os 38/04.

⁴⁴⁵ 14 Os 65/04; 15 Os 116/04; 13 Os 12/97; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 431.

⁴⁴⁶ 15 Os 163/03.

lediglich im April 2002 einmal mit dem angeblichen Tatopfer zusammengetroffen zu sein. Die Angaben des Tatopfers beurteilte das Erstgericht unter anderem deshalb als glaubwürdig, weil eine Zeugin angab, die Geschädigte habe sich ihr am Tag nach der Tat anvertraut. Die Angaben dieser Zeugin beurteilte das Gericht als uneingeschränkt verlässlich, weil „derartige genaue Erinnerungen hinsichtlich der zeitlichen Einordnung eindeutig für die Richtigkeit dieser Aussage sprachen“. Dabei setzte sich das Gericht jedoch nicht mit der Deposition der Zeugin auseinander, wonach sie zur Tatzeit im Juli Ferien hatte und im daran anschließenden August des Jahres 2001 ihre Lehre begann. Der Schuldspruch war deshalb nichtig wegen Unvollständigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall⁴⁴⁷.

Nicht oder offenbar unzureichend begründet waren in wenigen Fällen schon die festgestellten objektiven Tatbestandsmerkmale.

Nichtig war etwa ein Schuldspruch nach § 212 Abs 1 StGB, bei dem die Feststellung eines durch Ausübung von Aufsichts- und Erziehungsrechten des Angeklagten gegenüber dem Opfer vermittelten Autoritätsverhältnisses unbegründet geblieben war. Aus dem Bestehen eines Autoritätsverhältnisses kann nämlich noch nicht auf dessen Missbrauch geschlossen werden⁴⁴⁸.

Offenbar unzureichend begründet war auch ein Schuldspruch wegen § 27 Abs 1 und 2 Z 1 SMG: Das Gericht stellte dazu fest, der Angeklagte habe dem (minderjährigen) Zweitangeklagten Suchtgift, nämlich Cannabis, kostenlos zur Verfügung gestellt. Diese Feststellung begründete das Erstgericht ausschließlich damit, dass die Angeklagten selbst angegeben hätten, gemeinsam Suchtgift konsumiert zu haben. Aus der angeblich „gerichtsnotorischen Erfahrung“, dass Joints beim gemeinsamen Konsum herumgereicht würden, schloss das Erstgericht auf ein „Ermöglichen“ des Gebrauchs im Sinne des § 27 Abs 2 Z 1 SMG. Diese Begründung ist natürlich keineswegs tragfähig: Einem Mitrauchenden wird der Gebrauch eines Suchtgifts nicht erst durch Konsum ermöglicht, wenn er von vornherein (durch bloßes Herumreichen nicht aufgegebenen) Mitgewahrnam hatte. Ebenso kommt ein dem Tatbestandsmerkmal „Ermöglichen“ entsprechendes „Überlassen“ oder „Verschaffen“⁴⁴⁹ iSd § 27 Abs 1 SMG⁴⁵⁰ nicht in Frage. Die vom Erstgericht getroffene Feststellung lässt sich somit aus dem zur Begründung herangezogenen Tatsachensubstrat im Einklang mit den Denkgesetzen nicht ableiten. Das Urteil war nichtig infolge offenbar unzureichender Begründung. Weil eine Erneuerung des Beweisverfahrens keine Erweiterung der Beurteilungsgrundlagen erwarten lässt, erkannte der OGH in der Sache selbst und sprach den Angeklagten diesbezüglich frei⁴⁵¹.

In den meisten Fällen der Nichtigkeit wegen **fehlender bzw offenbar unzureichender Begründung** lagen die nichtigkeitsbegründenden Mängel des Ersturteils jedoch in der Begründung der Feststellungen **zur subjektiven Tatseite**⁴⁵².

Dabei wurde zum Teil bereits der deliktsspezifische Vorsatz nicht bzw offenbar unzureichend begründet⁴⁵³, häufig auch die zur Verwirklichung einer Deliktsqualifikation erforderliche Wissens- und Willenskomponente⁴⁵⁴. Ebenso einer Begründung bedarf selbstverständlich die Nichtannahme einer

⁴⁴⁷ 12 Os 121/03.

⁴⁴⁸ 14 Os 116/04.

⁴⁴⁹ SSt 50/43; 12 Os 53/01.

⁴⁵⁰ IdF BGBI 112/1997.

⁴⁵¹ Vgl 12 Os 48/04; ob ein Freispruch durch den OGH – also eine Entscheidung in der Sache selbst - bei Vorliegen bloß eines formellen Nichtigkeitsgrundes zulässig ist, ist allerdings höchst umstritten; vgl dazu bereits oben S 49.

⁴⁵² Vgl 11 Os 92/04; 13 Os 163/03; 14 Os 79/04; 14 Os 86/04; 14 Os 91/04; 11 Os 92/04.

⁴⁵³ Vgl 13 Os 163/03; 14 Os 79/04.

⁴⁵⁴ Vgl 14 Os 86/04; 14 Os 91/04.

Privilegierung, etwa jener nach § 28 Abs 3 zweiter Satz SMG⁴⁵⁵, deren unvollständige⁴⁵⁶ bzw fehlende⁴⁵⁷ Begründung in zwei Fällen zur Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 führte.

Mehrfach wurde auch die festgestellte **gewerbsmäßige Zielsetzung** des Täters **nicht bzw offenbar unzureichend begründet**⁴⁵⁸.

Diesbezüglich reichten Konstatierungen zur tristen Vermögenslage des Täters sowie zu dessen Beschäftigungslosigkeit zur Begründung einer Gewerbsmäßigeitsabsicht für sich genommen noch nicht aus⁴⁵⁹. Ebenso gestattete ein Hinweis auf den erwarteten Gewinn und das arbeitsteilige Zusammenwirken der Täter allein noch keinen vertretbaren Schluss auf eine gewerbsmäßige Tatbegehung⁴⁶⁰, sodass beide Urteil nichtig nach § 281 Abs 1 Z 5 waren.

Offenbar unzureichend begründet war auch die festgestellte gewerbsmäßige Begehungsweise zu 11 Os 130/04: Im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit einer Mitangeklagten lockte der – zur Gänze leugnende – Nichtigkeitswerber einem kroatischen Staatsangehörigen unter der Vorspiegelung, für diesen eine Aufenthaltsbewilligung erwirken zu können, in mehreren Angriffen Bargeldbeträge von insgesamt € 1.200,-- heraus, wobei der Beschwerdeführer – anders als die Mitangeklagte – nur am Betrug dieses einen Opfers mitwirkte. Das Erstgericht nahm gewerbsmäßige Begehungsweise an und begründete dies bloß mit der Einkommens- und Vermögenslosigkeit des Angeklagten sowie mit dem – bloß vermuteten – Ziel der Finanzierung des Drogenkonsums der Mitangeklagten. Abgesehen davon, dass die Finanzierung der allfälligen Drogensucht bloß der Mitangeklagten von vornherein keinesfalls zur Begründung eines Gewerbsmäßigeitsvorsatzes des Beschwerdeführers herangezogen werden kann (weil bei der Gewerbsmäßigkeit der Täter sich selbst und nicht bloß einem Dritten eine fortlaufende Einnahmequelle verschaffen wollen muss), mag der Hinweis auf die Einkommens- und Vermögenslosigkeit des Angeklagten zwar richtigerweise allenfalls bei Vorliegen einer Vielzahl gleichartiger deliktischer Angriffe ausreichend sein, keineswegs aber im dargestellten Fall. Der OGH hob daher das bekämpfte Urteil im Qualifikationsausspruch der gewerbsmäßigen Begehungsweise auf.

Feststellungen können – wie auch ihre Begründung – grundsätzlich auch **durch Verweis** auf Aktenbestandteile vorgenommen werden⁴⁶¹, jedoch muss in diesem Fall der angeführten Stelle im Akt die erforderliche Begründung zu entnehmen sein.

Nichtig war daher ein Schuldspruch der mit einer Verurteilung wegen § 144 StGB ergangene Ausspruch auf Unterbringung in einer Anstalt nach § 21 Abs 2 StGB, bei dem das Erstgericht die Feststellung, wonach der die Tat unter dem Einfluss seiner geistigen und seelischen Abartigkeit höheren Grades begangen habe, mit dem Verweis auf ein als schlüssig erachtetes Gutachten begründet hatte. Der Sachverständige hatte in seinem Gutachten den Einfluss der Abartigkeit des Angeklagten auf die Anlasstaten jedoch in keinem Fall eindeutig bejaht, sodass dem Gutachten keine hinreichende Begründung für die getroffene Feststellung zu entnehmen war⁴⁶².

⁴⁵⁵ IdF BGBl 112/1997.

⁴⁵⁶ 13 Os 123/04.

⁴⁵⁷ 13 Os 100/04; vgl zu dieser Entscheidung bereits oben S 10.

⁴⁵⁸ Vgl 14 Os 70/04; 13 Os 14/04; 13 Os 153/03; 14 Os 124/04; 14 Os 85/04.

⁴⁵⁹ 13 Os 14/04.

⁴⁶⁰ 13 Os 153/03.

⁴⁶¹ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 396; 13 Os 78/04.

⁴⁶² 13 Os 78/04.

Ferner kann Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall auch durch die **Missachtung von Beweisverboten** begründet werden⁴⁶³, sofern sich das Urteil in maßgeblichem Ausmaß auf ein solches verbotenes Beweismittel stützt. Dies konnte etwa bei Verstößen gegen die Beweisverbote der §§ 151 aF und 152 aF der Fall sein.

Nichtig war deshalb ein Urteil, bei dem das Erstgericht aus der berechtigten Entschlagungserklärung einer Zeugin beweiswürdigend Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten zog⁴⁶⁴.

Ein Umstand, der als **notorisch** oder zumindest **gerichtskundig** gilt, muss zwar festgestellt werden, bedarf aber **keiner Begründung**. Notorisch ist eine Tatsache, wenn „deren Kenntnis von jedermann mit durchschnittlichem Wissensschatz vorausgesetzt werden kann“, gerichtsnotorisch dagegen eine solche, deren Kenntnis nur bei – jedenfalls sämtlichen erkennenden – Richtern vorliegt, wobei das Wissen aus amtlicher Tätigkeit stammen muss. Ein Angeklagter hat aber ein Recht darauf, nicht von einer ihm uU nicht bekannten Gerichtsnotorietät im Tatsachenbereich überrascht zu werden. Diese Gefahr besteht bei einer allgemein notorischen Tatsache nicht, da sie für die Parteien wie für das Gericht gleichermaßen auf der Hand liegt, während eine Tatsache, die nicht allgemein, sondern bloß gerichtsnotorisch ist, in der Hauptverhandlung vorkommen muss, um im Urteil verwertet werden zu dürfen⁴⁶⁵.

Nichtig nach § 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall war daher die Feststellung, 480 Stück verkaufte Ecstasy-Tabletten a 0,25 Gramm hätten einen Reinheitsgehalt von 30% gehabt, was auf als gerichtsnotorisch bezeichnete Erkenntnisse „aus einer Vielzahl von Suchtgiftprozessen des Landesgerichts Salzburg“ gestützt wurde, ohne dass diese Umstände in der HV bekannt gegeben worden wären⁴⁶⁶.

Nichtig war schließlich ein Schuldspruch wegen §§ 28 Abs 2, 3 SMG⁴⁶⁷, bei dem das Gericht festgestellt hatte, dass der Angeklagte zum Tatzeitpunkt jedenfalls zumindest 21 Jahre alt gewesen sei, diese Feststellung jedoch offenbar unzureichend (Z 5 vierter Fall) bloß mit dem persönlichen Eindruck in der (lediglich 20 Minuten dauernden) Hauptverhandlung im Zusammenhang mit der Tatsache, dass der Angeklagte in der Vergangenheit zwei verschiedene Geburtsdaten genannt hatte, begründet, ohne nachvollziehbar darzulegen, welche tatsächlichen, in der Person des Angeklagten liegende Merkmale hierfür ausschlaggebend waren. Da es sich hierbei nicht um für die Schuld- und Subsumtionsfrage, sondern bloß für die Strafbefugnis, nämlich die Anwendbarkeit der §§ 36 StGB bzw 5 JGG, entscheidende Feststellungen handelte, war dieses Urteil nichtig nach § 281 Abs 1 Z 11 iVm Z 5.

⁴⁶³ Siehe dazu *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 5 Rz 33ff; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 458ff.

⁴⁶⁴ 15 Os 8/04.

⁴⁶⁵ 11 Os 55/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 463.

⁴⁶⁶ 11 Os 55/04.

⁴⁶⁷ IdF BGBl 112/1997.

(5)Stellungnahme

Die Judikatur des OGH zum dargestellten Nichtigkeitsgrund stößt in der Literatur mitunter auf Kritik. Nach *Bertell/Venier*⁴⁶⁸ sei es unrichtig, Nichtigkeitsbeschwerden nach Z 5 – wie es in der Praxis sehr häufig der Fall ist – mit der Begründung zu verwerfen, der Beschwerdeführer bekämpfe nur die Beweiswürdigung „nach Art einer Schuldberufung“. Vielmehr müsse der OGH prüfen, ob die Urteilsgründe die bezeichneten Feststellungen „sehr wahrscheinlich“ machen, zumal sich die Aufgabe des OGH nicht darauf beschränke, die juristischen Fähigkeiten des Verteidigers zu beurteilen.

Im Lichte des Systems der Schöffengerichtsbarkeit und des Unterschieds zwischen der Nichtigkeitsbeschwerde und der – im Schöffverfahren unzulässigen – Schuldberufung geht diese Auffassung jedoch zu weit: Die Schöffengerichtsbarkeit basiert gerade darauf, dass den drei⁴⁶⁹ Tatrüchern, die unter dem Eindruck der unmittelbaren, mündlichen Beweisaufnahme stehen, alleine die Lösung der Tatfrage und damit die Beweiswürdigung zukommen soll – es ist eben nur eine Tatsacheninstanz vorgesehen. Der OGH hingegen hat – abgesehen vom wenig bedeutsamen Fall des § 285f – gar keine Möglichkeit, selbst Beweisaufnahmen durchzuführen. In einer Verfahrensordnung, die von den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit getragen wird, wäre es aber unvertretbar, wenn der OGH bloß aufgrund der Aktenlage regelmäßig – und nicht bloß in Ausnahmefällen, nämlich wenn die Tatrücher die Grenzen der grundsätzlich alleine ihnen zukommenden Beweiswürdigung überschreiten – in die Beweiswürdigung der Tatrücher eingriffe. Er kann vielmehr unter den gegebenen Voraussetzungen nur die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens und des Urteils überprüfen, sollte aber in die – allein den Tatrüchern zukommende – Beweiswürdigung nur eingreifen, wenn dem Erstgericht darin derart schwerwiegende Fehler unterlaufen sind, dass sie diese unvertretbar machen, maW die Beweiswürdigung logisch fehlerhaft ist⁴⁷⁰. Dem OGH kann in diesem Rahmen nicht die Überprüfung der Beweiswürdigung, sondern nur die Festlegung der Grenzen der freien Beweiswürdigung zustehen.

Sind dem Erstgericht in seiner Beweiswürdigung aber keine derart schweren Fehler unterlaufen, so kann es einer auf § 281 Abs 1 Z 5 gestützten Rüge auch gar nicht gelingen, solche Mängel aufzuzeigen. Eine – etwa über Andringen des Mandanten – dennoch eingebrachte Rüge wird daher – sofern sie nicht überhaupt aktenwidrig ist – stets bloß unzulässig die Beweiswürdigung bekämpfen. Wenn der OGH folglich eine solche Rüge mit der Begründung zurückweist, sie bekämpfe unzulässig die Beweiswürdigung nach Art einer Schuldberufung, so lässt dies keineswegs einen Schluss auf die juristischen Fähigkeiten des

⁴⁶⁸ AaO, Rz 908.

⁴⁶⁹ Bis zur Änderung durch das Budgetbegleitgesetz (BGBl I 2009/52): vier.

⁴⁷⁰ *Tschuchlik*, RZ 1988,98.

Rechtsmittelverfassers zu, sondern bedeutet meist bloß, dass dem Ersturteil kein in § 281 Abs 1 Z 5 angeführter Begründungsmangel anhaftet.

Die zitierte Gegenmeinung⁴⁷¹, der OGH solle prüfen, ob die Urteilsgründe die bekämpfte Feststellung sehr wahrscheinlich machen, läuft hingegen auf eine Überprüfung der Beweiswürdigung hinaus. Da diese nach dieser Ansicht nur aufgrund der Urteilsgründe, nicht aber nach der Aktenlage überprüft werden soll (diesfalls läge auch Nichtigkeit nach Z 5a vor), ist ihr entgegenzuhalten, dass die Entscheidung über die Nichtigkeit einer Beweiswürdigung, die nach dem Gesetz (allein) den Tatrichtern zukommen soll, wohl auch kaum einzig von den argumentativen Fähigkeiten des Urteilsverfassers abhängen kann. Im Übrigen stellt sich – abgesehen davon, dass ein solcher Umfang der Überprüfung der Beweiswürdigung dem Gesetz nicht zu entnehmen ist – etwa die Frage, wie der OGH beispielsweise in einem Verfahren, in dem die Entscheidung primär von der Glaubwürdigkeit von Zeugen abhängt, beurteilen will, ob die Urteilsgründe eine Feststellung „sehr wahrscheinlich“ machen.

Denkbar wäre eine eingehendere Überprüfung der Beweiswürdigung durch den OGH nur, wenn dieser auch selbst Beweiswiederholungen durchführen könnte. Angesichts des Umfangs vieler Verfahren würde dies aber eine grundlegende Verfahrensreform und eine massive Vergrößerung des OGH erfordern, was andererseits uU die Einheitlichkeit der Rsp gefährden könnte.

Insgesamt erweist sich daher die Kritik an der oberstgerichtlichen Rechtsprechung zu § 281 Abs 1 Z 5 gemessen an der derzeitigen Rechtslage mE nicht als begründet.

Freilich lässt sich allein den Erkenntnissen des OGH nicht immer überprüfen, ob vom Rechtsmittelverfasser tatsächlich nur die Beweiswürdigung des Schöffengerichts bekämpft wurde, zumal die Entscheidungsgründe des Ersturteils vom OGH in seinen Entscheidungen kaum und das Vorbringen der Nichtigkeitswerber nur teilweise referiert werden.

Da Nichtigkeit aus Z 5 nicht von Amts wegen wahrgenommen werden kann, ist dem Verfasser einer Nichtigkeitsbeschwerde anzuraten, die Begründung zu einer allenfalls angenommenen gewerbsmäßigen Absicht sowie – als wohl häufigsten Begründungsmangel – allgemein zur subjektiven Tatseite besonders in den Blick zu nehmen, sorgfältig auf allfällige Mängel iSd § 281 Abs 1 Z 5 zu prüfen und solche gegebenenfalls deutlich und bestimmt anzuführen, besteht doch in diesem Bereich – statistisch betrachtet – wohl die größte Möglichkeit, ein Urteil wegen Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 5 erfolgreich zu bekämpfen.

⁴⁷¹ Bertel/Venier, Rz 908.

g)§ 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a

(1)Allgemeines

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a – die sog Tatsachenrüge – wurde erst mit dem StRÄG 1987⁴⁷² geschaffen. Er liegt vor, wenn sich **aus den Akten erhebliche Bedenken** gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen bzw – im Geschworenenverfahren – gegen die im Wahrspruch festgestellten entscheidenden Tatsachen ergeben. Der Nichtigkeitsgrund kann **nur zum Vorteil des Angeklagten** geltend gemacht werden (§§ 281 Abs 2, 345 Abs 4).

Dass sich die erheblichen Bedenken aus den Akten ergeben müssen, bedeutet, dass die in Frage kommenden Beweisergebnisse – anders als bei Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 – nicht in der HV vorgekommen sein müssen, jedoch müssen sie bis zum Schluss der Verhandlung zu den Akten genommen worden sein⁴⁷³.

(2)Statistik

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5a wird in der Praxis **sehr häufig behauptet**. Im Jahr 2004 wurde der Nichtigkeitsgrund in **218** Fällen – und somit beinahe von jeder zweiten Nichtigkeitsbeschwerde – geltend gemacht. Ein ähnliches Bild zeigt die Statistik hinsichtlich des vergleichbaren Nichtigkeitsgrundes im Geschworenenverfahren (§ 345 Abs 1 Z 10a): Auch dieser Nichtigkeitsgrund wurde von beinahe jeder zweiten Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht, nämlich in 32 von 70 Fällen.

Erfolg war jedoch nur je einer Tatsachenrüge gegen schöffnen- und schwurgerichtliche Urteile beschieden. Eine „Erfolgsquote“ von 0,46 % im Schöffnenverfahren bzw von 3,13 % im Geschworenenverfahren macht die Tatsachenrüge – abgesehen von jenen Nichtigkeitsgründen, die nur äußerst selten (in weniger als 10 Fällen) geltend gemacht wurden – zum **Nichtigkeitsgrund mit der bei weitem geringsten Erfolgswahrscheinlichkeit**.

⁴⁷² BGBl. Nr. 605/1987.

⁴⁷³ F/F, § 281 Rz 49; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 481.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 5a	481	218	45,3 %	1	0,4 %
§ 345 Abs 1 Z 10a	70	32	45,7 %	1	3,1 %

(3)Analyse

Eine Erklärung für die äußerst geringe Erfolgsquote der zahlreichen auf §§ 281 Abs 1 5a bzw 345 Abs 1 Z 10a gestützten Nichtigkeitsbeschwerden liegt zunächst in der **restriktiven Auslegung** dieser Bestimmungen durch den OGH.

Dass der Nichtigkeitsgrund „erhebliche Bedenken“ gegen die entscheidenden Tatsachenfeststellungen verlangt, wird vom OGH nämlich dahin verstanden, dass Nichtigkeit iSd Z 5a erst dann greift, wenn die **Ermessensgrenze** der grundsätzlich den Tatrichtern zukommenden freien Beweiswürdigung **überschritten** wird, dh dann, wenn aktenkundige Beweisergebnisse vorliegen, die nach allgemein menschlicher Erfahrung gravierende Bedenken an der Richtigkeit der bekämpften (entscheidenden) Tatsachenfeststellungen wecken⁴⁷⁴. Nichtigkeit liegt erst dann vor, wenn ein objektiver Beobachter aufgrund der Aktenlage die Lösung der Schuldfrage nicht zu teilen imstande wäre.

Demnach soll die Tatsachenrüge nur unerträgliche Feststellungen zu entscheidenden Tatsachen und völlig lebensfremde Ergebnisse der Beweiswürdigung durch konkreten Verweis auf aktenkundige Beweismittel (bei gleichzeitiger Bedachtnahme auf die Gesamtheit der tatrichterlichen Beweiswerterwägungen) verhindern und dadurch sich aufdrängende Justizirrtümer vermeiden⁴⁷⁵. Hingegen wird durch sie **keine vollständige Auseinandersetzung mit** der Überzeugungskraft der **Beweiswürdigung** eröffnet⁴⁷⁶ **und ermöglicht sie keine Bekämpfung der Beweiswürdigung, wie sie im Rahmen der Schuldberufung** vorgesehen ist⁴⁷⁷.

Dass mit der Tatsachenrüge keine Anfechtung der Beweiswürdigung ermöglicht werden sollte, wie sie im Rahmen der Schuldberufung vorgesehen ist, folgt unter anderem aus der Verwendung des Wortes „erheblich“. Würde der Begriff der erheblichen Bedenken iSd §§ 281 Abs 1 Z 5a bzw 345 Abs 1 Z 10a jenem der „Bedenken“ nach § 473 Abs 2 erster Satz entsprechen, wäre die Verwendung des Wortes „erheblich“ überflüssig⁴⁷⁸.

Demgegenüber beschränken sich in der Praxis - ähnlich wie bei auf § 281 Abs 1 Z 5 gestützten Beschwerden – die eingebrachten Mängelrügen nach Z 5a **fast immer** auf eine **(unzulässige) Anfechtung der Beweiswürdigung**. Der OGH beantwortet Tatsachenrügen,

⁴⁷⁴ 12 Os 63/04; 11 Os 99/04; 12 Os 120/04 uva; F/F, § 281 Rz 49.

⁴⁷⁵ Moos, ÖJZ 1989, 102.

⁴⁷⁶ 12 Os 63/04; 11 Os 99/04; 12 Os 120/04; 14 OS 163/04 uva.

⁴⁷⁷ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 472; F/F, § 281 Rz 48; 11 Os 99/04; 12 Os 120/04 uva.

⁴⁷⁸ Vgl dazu Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 488ff; aM Bertel/Venier, Rz 913.

die solcherart auf eine Überprüfung der Beweiswürdigung abzielen, ohne eingehende eigene Erwägungen, „um über den Umfang seiner Eingriffsbefugnisse keine Missverständnisse aufkommen zu lassen“⁴⁷⁹. Er gibt in derartigen Fällen in der Regel kurz das Vorbringen des Nichtigkeitswerbers wieder und begnügt sich mit dem Hinweis, der Nichtigkeitswerber bekämpfe dadurch die Beweiswürdigung „nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Schuldberufung“ und vermöge keine erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit des Schuldspruches zu wecken.

Die Darstellung konkreter Beispiele gestaltet sich demnach im gegebenen Zusammenhang schwierig.

Für die **prozessordnungskonforme Ausführung** einer Tatsachenrüge verlangt der OGH überdies die **deutliche und bestimmte Bezugnahme auf konkrete Beweismittel**, durch die erhebliche Bedenken am Ausspruch über entscheidende Tatsachen geweckt werden. Ohne Bezug zu aktenkundigem Beweismaterial bloß aus den Erwägungen der Tatrichter Bedenken abzuleiten, lässt der OGH im Rahmen der Tatsachenrüge nicht zu⁴⁸⁰. Es genügt demnach, anders als bei der Schuldberufung, keinesfalls, schlechthin die Unrichtigkeit einer entscheidenden Feststellung zu behaupten⁴⁸¹.

Auch dies wird in der Praxis von den Nichtigkeitswerbern sehr häufig missachtet. Immer wieder wird versucht, bloß durch allgemein gehaltene Erwägungen Bedenken an den Tatsachenfeststellungen zu wecken und damit – wie es bei der Schuldberufung vorgesehen ist – die Beweiswürdigung der Tatrichter in Zweifel zu ziehen.

Dies zeigt sich etwa bereits:

- an der Verwendung von Formulierungen wie „die Schlussfolgerungen und Erwägungen hinsichtlich der Beweiswürdigung sind nicht überzeugend“⁴⁸²
- an der Berufung auf den Grundsatz in dubio pro reo⁴⁸³.

Nach der älteren Rsp⁴⁸⁴ konnten sich die erheblichen Bedenken auch aus schwerwiegenden Mängeln in der Sachverhaltsermittlung durch das erkennende Gericht ergeben („**Aufklärungsrüge**“), nämlich dann, wenn dieses – entgegen seiner Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung – jene Beweismittel, von denen es nach der Aktenlage Kenntnis haben konnte, nicht oder unvollständig ausschöpfte. Die jüngere Rsp fordert jedoch von einem Nichtigkeitswerber, der einen solchen Aufklärungsmangel behauptet, **darzutun**,

⁴⁷⁹ 14 Os 163/03; 11 Os 82/04 uva.

⁴⁸⁰ 15 Os 114/04; zuletzt 12 Os 42/05a uva; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 487.

⁴⁸¹ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 471.

⁴⁸² 12 Os 77/04.

⁴⁸³ Vgl Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 454, 487.

⁴⁸⁴ SSt 59/24 = EvBl 1988/116; EvBl 1990/6; RZ 1990/94; krit F/F, § 281 Rz 50; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 477; Steininger, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 5a Rz 16ff.

wodurch er an der **Ausübung seines Rechtes, die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung sachgerecht zu beantragen, gehindert** war⁴⁸⁵.

Die gesetzliche Grundlage für diese Anforderung erscheint fraglich: Zu 13 Os 99/00 begründet der OGH das Erfordernis darzutun, wodurch der Beschwerdeführer an einer Antragstellung gehindert gewesen sein, mit einem Hinweis auf die §§ 232 Abs 2; 254; 246 Abs 2, jedoch lässt sich dieses Erfordernis den angeführten Bestimmungen nicht entnehmen. Auch wenn § 246 Abs 2 davon spricht, dass Ankläger und Angeklagter berechtigt sind, mit Zustimmung des Gegners Beweismittel fallen zu lassen, kann aus einer fehlenden Antragstellung alleine noch nicht auf das Fallen lassen des Beweismittels geschlossen werden. Vielmehr müsste im Hinblick auf den Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschung das Gericht Beweismittel, aus denen sich erhebliche Bedenken gegen die Schuld des Angeklagten ergeben können, doch von Amts wegen aufnehmen.

Die Aufklärungsrüge hat aufgrund dieser neuen Rsp des OGH kaum noch praktische Bedeutung. Mängel bei der Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung wurden zwar in den analysierten Entscheidungen zugrundeliegenden Nichtigkeitsbeschwerden regelmäßig behauptet, das Erfordernis der Darlegung, weshalb der Nichtigkeitswerber an einer Antragstellung gehindert war, wurde dabei aber beinahe stets missachtet. Es überrascht daher nicht, dass im untersuchten Zeitraum keiner Aufklärungsrüge Erfolg beschieden war.

Das Erfordernis, in der Aufklärungsrüge darzulegen, wieso der Nichtigkeitswerber an einer Antragstellung in der Hauptverhandlung gehindert war, wurde beispielsweise mit folgenden Beschwerdevorbringen verfehlt:

- dem Einwand, eine wesentliche Entlastungszeugin sei nicht vernommen worden, nachdem das Erstgericht aufgrund einer Verwechslung infolge Namensgleichheit anstatt der beantragten Entlastungszeugin eine andere Person geladen hatte, wobei der Nichtigkeitswerber nicht dartat, wieso er nach Aufklärung der Verwechslung in der Hauptverhandlung an einer neuerlichen Antragstellung gehindert gewesen sei⁴⁸⁶. Da hier die Beweisaufnahme bereits bewilligt war und somit angenommen werden kann, dass es sich bei der Entlastungszeugin um ein relevantes Beweismittel handelte, würde jedoch gerade in diesem Fall der Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschung gebieten, nach Aufklärung der Verwechslung die richtige Person von Amts wegen zu laden.
- der Behauptung, dass „das Erstgericht auch im Hinblick auf diese ergänzenden Ausführungen der gerichtlich bestellten Sachverständigen verpflichtet gewesen wäre, ein weiteres Gutachten einzuholen“⁴⁸⁷
- der Bemängelung der Unterlassung der Vernehmung der eine Belastungszeugin vernehmenden Polizeibeamtin sowie der unterlassenen Gegenüberstellung eines Verwandten des Angeklagten mit der Zeugin⁴⁸⁸.

Im schwurgerichtlichen Verfahren mussten mehrere Nichtigkeitsbeschwerden nach § 345 Abs 1 Z 10a schon deshalb erfolglos bleiben, weil sie sich bloß auf Mängel bzw

⁴⁸⁵ 15 Os 114/04; 13 Os 93/04; 14 Os 78/04; 13 Os 141/03; 13 Os 171/03; EvBl 2002/58; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 480; F/F, § 281 Rz 50.

⁴⁸⁶ 13 Os 141/03.

⁴⁸⁷ 13 Os 171/03.

⁴⁸⁸ 13 Os 93/04

Bedenken hinsichtlich der Niederschrift der Geschworenen stützten. Die Niederschrift der Geschworenen nach § 331 Abs 3 gehört jedoch nach neuer Rsp nicht zum Wahrspruch, sondern stellt eine Begründung der Beweiswürdigung dar und vermag deshalb nicht deren Gegenstand zu bilden, sodass der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 10a nicht darauf gestützt werden kann⁴⁸⁹.

Erfolgreich waren im Jahr 2004 nur **zwei Tatsachenrügen**, und zwar eine gegen ein Urteil im Schöffengericht (§ 281 Abs 1 Z 5a) und eine im schwurgerichtlichen Verfahren (§ 345 Abs 1 Z 10a).

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 5a war verwirklicht bei einem Schuldspruch nach § 302 StGB wegen der Erteilung einer Baugenehmigung hinsichtlich einer zum Teil in der Bauverbotszone (Freiland) liegenden Grundparzelle. Dabei machte der OGH erhebliche Bedenken gegen den vom Erstgericht festgestellten – von beiden Angeklagten in Abrede gestellten – Schädigungsvorsatz aus⁴⁹⁰.

Den Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 10a sah der OGH bei einem Schuldspruch wegen Mordes nach § 75 StGB als unmittelbarer Täter verwirklicht: Dabei ergaben sich für den OGH aus den aktenkundigen Beweisergebnissen zu den Zeit-Weg-Berechnungen erhebliche Bedenken dagegen, dass der Nichtigkeitswerber zum Tatzeitpunkt überhaupt am Tatort gewesen sein und somit die Tat als unmittelbarer Täter begangen haben konnte⁴⁹¹.

(4) Stellungnahme

Die Auslegung der Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a durch den OGH ist, wie schon die Statistik zeigt, sehr restriktiv, zumal, wie oben dargestellt, nach der Rsp eine Bekämpfung der Beweiswürdigung dadurch nicht eröffnet wird. Diese Rechtsprechungslinie wird ua von *Bertell Venier*⁴⁹² mit dem Argument kritisiert, der OGH solle die als bedenklich bezeichneten Feststellungen „auf ihre Richtigkeit prüfen“ und habe im Übrigen nie zu sagen vermocht, worin sich die erheblichen Bedenken im Sinne dieses Nichtigkeitsgrundes von solchen Bedenken entscheiden, die nur in einer Schuldberufung geltend gemacht werden könnten.

Diese Ansicht lässt allerdings eine Erklärung dafür vermissen, wieso der Gesetzgeber bei der Nichtigkeit nach §§ 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a „erhebliche Bedenken“ gegen die dem Schuldspruch zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen verlangt, bei der Schuldberufung (§ 473 Abs 2) hingegen nur von „Bedenken“ gegen die im Urteil erster Instanz enthaltenen Feststellungen die Rede ist. Dass auch die Bedenken nach § 473 Abs 2 nicht völlig unerheblich sein dürfen, um eine Neudurchführung des Beweisverfahrens zu bewirken, versteht sich wohl von selbst. Will man dem Gesetzgeber daher nicht unterstellen,

⁴⁸⁹ 15 Os 87/04; 11 Os 57/04; 11 Os 161/03; 12 Os 132/03; JBI 2002/129; F/F, § 345 Rz 19; gegenteilig noch EvBl 1992/170.

⁴⁹⁰ 15 Os 11/04.

⁴⁹¹ 14 Os 97/04.

⁴⁹² Rz 913.

das Adjektiv „erheblich“ völlig überflüssig verwendet zu haben, so ist davon auszugehen, dass damit ein „mehr“, also stärkere Bedenken, gegenüber jenen bei der Schuldberufung verlangt werden sollte⁴⁹³.

Dazu kommen die bereits oben bei der Stellungnahme zu § 281 Abs 1 Z 5 dargestellten Erwägungen⁴⁹⁴. Dem OGH ist es nicht gestattet, selbst Beweisaufnahmen durchzuführen, er hat vielmehr bloß aufgrund der Aktenlage zu entscheiden. Würde der OGH jedoch unter diesen Voraussetzungen regelmäßig in die Beweiswürdigung des Erstgerichts eingreifen, indem er diese allein aufgrund der Aktenlage „auf ihre sachliche Richtigkeit“ hin prüfen, so würde dies nicht nur dem System der Kollegialgerichtsbarkeit, in dem eben nur eine Tatsacheninstanz vorgesehen ist, sondern auch den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit widersprechen. Will man daher das Unmittelbarkeitsprinzip möglichst wahren, so liegt es nahe, die Bedenken im Rahmen der Schuldberufung – bei der eine Beweiswiederholung vorgesehen ist – weiter auszulegen als beim dargestellten Nichtigkeitsgrund⁴⁹⁵.

Wünscht man eine umfassende Überprüfung im Tatsachenbereich, so wäre es wohl sinnvoller, auch für die Kollegialgerichtsbarkeit die uneingeschränkte Schuldberufung einzuführen und damit eine zweite Tatsacheninstanz zu schaffen, was freilich höhere Ressourcen bei den damit befassten Rechtsmittelgerichten erfordern würde.

Aus diesen Erwägungen ist der Judikatur des OGH, wonach durch die Tatsachenrüge keine Bekämpfung der Beweiswürdigung iSd Schuldberufung eröffnet wird, grundsätzlich beizupflichten. Angesichts der aus der Statistik ersichtlichen äußerst geringen Erfolgswahrscheinlichkeit von Tatsachenrügen stellt sich aber die Frage, ob der OGH dennoch die Erheblichkeitsschwelle etwas tiefer ansiedeln und damit häufiger durch deutlichen und bestimmten Verweis auf aktenkundiges Beweismaterial geltend gemachte Zweifel als erhebliche Bedenken anerkennen könnte. Dies lässt sich jedoch freilich allein aus dem hier analysierten Text der OGH-Entscheidungen – ohne den gesamten Akteninhalt zu kennen – nicht seriös beurteilen.

Anders verhält es sich mE bei jenen Anforderungen, die der OGH nach neuer Rsp für die Aufklärungsrüge aufstellt, lässt sich doch das Erfordernis darzutun, wieso der Antragsteller an der Ausübung seines Rechts, die Beweisaufnahme zu beantragen, gehindert war, dem Gesetz nicht entnehmen. Dies gilt umso mehr, wenn der OGH bei einer bereits beantragten und bewilligten Beweisaufnahme, die aufgrund eines Gerichtsfehlers zunächst misslingt, eine weitere Antragsstellung durch den Beschwerdeführer fordert⁴⁹⁶. Damit verlangt der OGH vom Nichtigkeitswerber, nicht nur die Beweisaufnahme, sondern – wenn

⁴⁹³ Vgl eingehend *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 488ff.

⁴⁹⁴ Vgl S 106ff.

⁴⁹⁵ *Moos*, OJZ 1989, 102.

⁴⁹⁶ Vgl dazu das Beispiel oben S 111.

diese bewilligt wird, jedoch dennoch nicht stattfindet – ausdrücklich auch ihre Durchführung zu beantragen. Es versteht sich von selbst, dass es einem Antragsteller nicht auf die bloße Bewilligung einer Beweisaufnahme, sondern auf ihre tatsächliche Durchführung ankommt, sodass es widersinnig erscheint, vom Angeklagten bzw seinem Verteidiger eine weitere Antragstellung zu verlangen⁴⁹⁷. Überdies würde wohl der Grundsatz der amtswegigen Wahrheitserforschung gebieten, eine zweckmäßige und bereits bewilligte Beweisaufnahme von Amts wegen durchzuführen, auch wenn sie zunächst aufgrund eines Fehlers des Gerichts scheitert.

h)§ 281 Abs 1 Z 6 StPO

(1)Allgemeines

Nichtig nach § 281 Abs 1 Z 6 StPO ist ein Urteil, mit dem ein Schöffengericht **zu Unrecht** seine **Unzuständigkeit** ausgesprochen hat. Es handelt sich um einen absoluten Nichtigkeitsgrund. Wird hingegen umgekehrt die Fällung eines Unzuständigkeitsurteils zu Unrecht unterlassen und der Angeklagte verurteilt oder freigesprochen, liegt dieser Nichtigkeitsgrund nicht vor⁴⁹⁸.

Ein Unzuständigkeitsurteil ist dann zu fällen, wenn das Schöffengericht das Vorliegen einer in die Zuständigkeit des Geschworenengerichts fallenden Handlung für möglich hält. Da somit der Verdacht, dass die Handlung in die Zuständigkeit des Geschworenengerichtes fällt, ausreicht, hat ein Unzuständigkeitsurteil keine Tatsachenfeststellungen zu enthalten und kann daher nicht auch aus den Nichtigkeitsgründen nach § 281 Abs 1 Z 5 und 10 bekämpft werden⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Vgl *Tipold*, JSt 2010/11.

⁴⁹⁸ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 495; *Seiler*, Rz 959; *Bertel/Venier*, Rz 918; EvBl 1998/201; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 6 Rz 6.

⁴⁹⁹ *Seiler*, Rz 959.

(2) Statistik

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 6 hat **äußerst geringe praktische Bedeutung**. Sein Vorliegen wurde im Jahr 2004 lediglich **von drei Nichtigkeitsbeschwerden behauptet**. Eine dieser Beschwerden wurde vom Angeklagten⁵⁰⁰ erhoben, eine weitere nur von der Staatsanwaltschaft⁵⁰¹ und die dritte sowohl vom Angeklagten als auch von der Staatsanwaltschaft (und zwar zugunsten des Angeklagten) erhoben⁵⁰². Verwirklicht war der Nichtigkeitsgrund jedoch in keinem dieser Fälle.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 6	481	3	0,6%	0	0

(3) Analyse

Eine der drei auf § 281 Abs 1 Z 6 gestützten Nichtigkeitsbeschwerden musste schon deshalb erfolglos bleiben, weil die zum Nachteil des Angeklagten erhobene Beschwerde sich zwar nominell auf Z. 6 stütze, inhaltlich aber einen Freispruch aus rechtlichen Gründen bekämpfte, sodass die Beschwerde richtigerweise aus Z 9a hätte erhoben werden müssen⁵⁰³.

Die Staatsanwaltschaft hatte gegen den Angeklagten Anklage wegen des Verbrechens nach § 87 Abs 1 und 2 zweiter Fall StGB erhoben, weil dieser als nigerianischer Staatsangehöriger in Nigeria einem unbekanntem nigerianischen Offizier ein Messer in die Brust gestoßen hatte, was dessen Tod zur Folge gehabt habe. Das Gericht kam zu dem Urteil, dass keine inländische Gerichtsbarkeit gegeben sei und deshalb ein österreichisches zur Urteilsfällung nicht zuständig sei. Die Staatsanwaltschaft bekämpfte diese Entscheidung mit auf § 281 Abs 1 Z 6 gestützter Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Ausspruch des Gerichtes war zwar in der Tat verfehlt, zumal bei Nichtvorliegen der inländischen Gerichtsbarkeit richtigerweise ein Freispruch nach § 259 Z 3 zu ergehen hätte. Da aber das Gericht mit diesem Ausspruch die Zuständigkeit eines österreichischen Gerichtes zur Entscheidung über den Anklagesachverhalt überhaupt verneinte und das Gesetz für das Schöffverfahren – abgesehen vom hier nicht vorliegenden Fall des § 261 – ausschließlich eine frei- oder schuldigsprechende Sachentscheidung vorsieht, sprach es den Angeklagten mit diesem Ausspruch der Sache nach frei. Ein Freispruch aber kann nur nach dem Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9a bekämpft werden, sodass der OGH die auf Z 6 der genannten Bestimmung gestützte Beschwerde als nicht prozessordnungskonform ausgeführt zurückwies.

Die übrigen beiden Nichtigkeitsbeschwerden richteten sich zwar tatsächlich gegen Unzuständigkeitsurteile nach § 261, stützten sich in der Sache aber jeweils auf verfehlte Rechtsauffassungen und wurden daher vom OGH als offenbar unbegründet zurückgewiesen.

⁵⁰⁰ 12 Os 91/04.

⁵⁰¹ 14 Os 16/04.

⁵⁰² 14 Os 126/04.

⁵⁰³ 14 Os 16/04.

Zu 12 Os 91/04 hatte sich das Erstgericht zur Entscheidung über die wegen § 142 Abs 1 StGB erhobene Anklage für unzuständig erklärt, weil in der Hauptverhandlung hervorgekommen war, dass zur Tatausführung möglicherweise ein Messer verwendet worden war und somit eine (damals) in die Zuständigkeit der Geschworenengerichte fallende strafbare Handlung in Betracht kam (§§ 142 Abs 1, 143 StGB). Die Angeklagten bekämpften diese Entscheidung im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Staatsanwältin die Anklage nicht ausgedehnt habe und daher „das Erstgericht bei der Urteilsfällung an das Anklagefaktum ohne Verwendung eines Messers gebunden“ gewesen sei. Da Gegenstand der Anklage jedoch die der Anklage zugrundeliegende Tat als historisches Ereignis ist, kann von einer Anklageüberschreitung richtigerweise nur dann gesprochen werden, wenn sich die gerichtliche Entscheidung auf eine Tat (auf einen Lebenssachverhalt) erstreckt, die von der Anklage nicht erfasst wird. An die Ansicht des Anklägers über den konkreten Ablauf jeder einzelnen Phase eines von ihm verfolgten Vorganges ist das Gericht genauso wenig gebunden wie an dessen rechtliche Beurteilung dieses Vorganges⁵⁰⁴. Durch die Subsumtion der angeklagten Tat unter eine von der Staatsanwaltschaft nicht herangezogene Waffenqualifikation wird somit die Anklage keineswegs überschritten, weshalb der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde als offenbar unbegründet zurückwies.

Zu 14 Os 126/04 ergriff die Staatsanwaltschaft Nichtigkeitsbeschwerde aus Z 6 zugunsten des Angeklagten: Der Schöffensenat hatte in einem Fall schweren sexuellen Missbrauchs Unmündiger seine Unzuständigkeit ausgesprochen, weil der Verdacht des Vorliegens der Qualifikation nach § 206 Abs 3 erster Fall vorlag. Die Staatsanwaltschaft vertrat in ihrer vom OGH als offenbar unbegründet zurückgewiesenen Nichtigkeitsbeschwerde – wenig nachvollziehbar – die Auffassung, die wiederholte und mit schweren Verletzungen verbundene Penetration mit einem Kochlöffel stelle keine dem Beischlaf gleichzusetzende Handlung dar.

i) § 281 Abs 1 Z 7 StPO

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 7 liegt vor, wenn das **Endurteil die Anklage nicht erledigt**. Dabei kommt es darauf an, ob die Tat, dh der angeklagte Lebenssachverhalt, im Urteil erledigt wurde⁵⁰⁵. Der Nichtigkeitsgrund kann **nur zum Nachteil des Angeklagten geltend gemacht werden**⁵⁰⁶.

Das folgt daraus, dass die Nichterledigung der Anklage einem Freispruch gleichkommt: Die angeklagte Tat ist in der HV vorgekommen, das Anklagerecht des Staatsanwalts mangels Verfolgungsvorbehalts (§ 263) verbraucht.

Im untersuchten Zeitraum wurde die Nichterledigung der **Anklage in keiner einzigen Nichtigkeitsbeschwerde behauptet**. Es handelt sich somit – im Schöffverfahren – um den einzigen Nichtigkeitsgrund, der im Jahr 2004 nicht ein einziges Mal geltend gemacht wurde.

⁵⁰⁴ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 502ff; Ratz in WK-StGB, Vor § 28-31, Rz 19; Mayerhofer/Hollaender, StPO, § 281 Z 8 E 8, 10; § 262 E 14, 26, 27, 40.

⁵⁰⁵ F/F, § 281 Rz 52; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 502ff.

⁵⁰⁶ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 526; F/F, § 281 Rz 52; Seiler, Rz 960; EvBl 1961/398.

j)§ 281 Abs 1 Z 8 StPO

(1)Allgemeines

Nichtig nach § 281 Abs 1 Z 8 ist ein Urteil, das – unter Verletzung der Vorschriften der §§ 262, 263, 267 – die **Anklage überschritten** hat. Der Nichtigkeitsgrund kann **nur zum Vorteil des Angeklagten** geltend gemacht werden und liegt dann vor, wenn dieser eines Verhaltens schuldig gesprochen wird, das nicht Gegenstand der Anklage war. Anklage und Urteil müssen denselben **Lebenssachverhalt** – welcher sich aus Anklagetenor und Anklagebegründung ergibt – betreffen⁵⁰⁷.

An die Ansicht des Anklägers über den konkreten Ablauf einzelner Phasen der verfolgten Tat sowie an die vom Ankläger vorgenommene rechtliche Beurteilung der Tat ist das Gericht nicht gebunden. Solange kein Zweifel besteht, dass der sich aus dem Beweisverfahren ergebende Sachverhalt vom Ankläger inkriminiert ist, hat das Gericht auch darüber zu erkennen, wenn sich der Vorgang in Einzelheiten anders abgespielt hat und der Ankläger die Einzelheiten des inkriminierten Vorgangs nicht den Beweisergebnissen angepasst hat. Nur wenn sich im Beweisverfahren ein Sachverhalt herausstellt, der von der Anklage derart verschieden ist, dass er keineswegs als inkriminiert angesehen werden kann, ist eine Verurteilung ohne Modifizierung oder Ausdehnung der Anklage nichtig⁵⁰⁸.

(2)Statistik

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 8 wurde von insgesamt **9 Nichtigkeitsbeschwerden** behauptet. Verwirklicht war der Nichtigkeitsgrund **in einem Fall, wobei die Vorschrift des § 262 verletzt** wurde⁵⁰⁹.

In einem Fall beschäftigte sich der OGH nicht mit dem zum Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 8 erstatteten Vorbringen, weil er der Nichtigkeitsbeschwerde ohnehin aus Z 9b Folge gab⁵¹⁰.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 281 Abs 1 Z. 3	481	9	1,9%	1	11,1%

(3)Analyse

Die größte Bedeutung unter den in § 281 Abs 1 Z 8 ausdrücklich genannten Bestimmungen kam im Rahmen der höchstgerichtlichen Entscheidungen des Jahres 2004 jener des **§ 262** zu, wonach das Gericht, wenn es den inkriminierten Sachverhalt anders als

⁵⁰⁷ 14 Os 93/04.

⁵⁰⁸ 12 Os 91/04.

⁵⁰⁹ 14 Os 67/04.

⁵¹⁰ 14 Os 129/03.

die Anklage beurteilen will, die **Parteien über den geänderten Gesichtspunkt zu hören** hat.

Diesbezüglich steht der OGH auf dem Standpunkt, dass die Unterlassung der Anhörung der Parteien „**an sich**“ **nicht mit Nichtigkeit bedroht** ist⁵¹¹. Wenn allerdings das Gericht nicht nur die im Anklagetenor genannte Tat rechtlich anders beurteilt, sondern den Angeklagten, wenngleich wegen desselben Lebenssachverhalts, **einer anderen Tat (im materiellen, nicht im prozessualen Sinne)** als der im Anklagetenor genannten schuldig spricht, so muss mit Blick auf die Fairness des Verfahrens zuvor der Vorschrift des § 262 entsprochen worden sein, andernfalls ist das Urteil nichtig nach § 281 Abs 1 Z 8⁵¹².

Darin lag im untersuchten Zeitraum die einzige Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 8⁵¹³: Das Gericht hatte den Angeklagten abweichend von der auf das Verbrechen der Veruntreuung (§ 133 Abs 2 zweiter Fall StGB) lautenden Anklage wegen schweren Betruges verurteilt, ohne dass dieser über die geänderten rechtlichen Verhältnisse gehört worden wäre. Da die im Anklagetenor als äußere Tathandlung bezeichnete Zueignung des anvertrauten Geldes von der dem Schuldspruch zugrunde liegenden schadenskausalen Täuschung gänzlich verschieden ist, handelte es sich – wenn auch um den gleichen Lebenssachverhalt – um eine andere Tat im materiellen Sinne, sodass das Urteil nach den dargestellten Grundsätzen wegen Verletzung des § 262 nichtig war.

Bei einem Schuldspruch wegen § 153 Abs 1 und 2 StGB anstelle der auf §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 und Abs 3 StGB lautenden Anklage sah der OGH hingegen in der Unterlassung der Belehrung gemäß § 262 erster Satz keine Nichtigkeit, weil dadurch der Angeklagte keiner anderen Tat als der im Anklagetenor genannten schuldig gesprochen werde⁵¹⁴. Im Übrigen habe im konkreten Fall die Beschwerde mit dem bloßen Vorbringen einer unterbliebenen Anhörung des (auch unter dem Gesichtspunkt des § 153 StGB vernommenen) Angeklagten nicht dargetan, weshalb konkret dadurch die Verteidigungsrechte des Angeklagten verletzt sein sollten.

Insoweit scheint daher eine Divergenz zwischen der Rsp der Senate 11 und 14 vorzuliegen, zumal die Abgrenzung dieser beiden Fälle nicht nachvollziehbar erscheint, weil auch im zweiten Fall der der Verurteilung zugrundeliegende Befugnismissbrauch zur angeklagten schadenskausalen Täuschung gänzlich verschieden ist⁵¹⁵. Demnach liegt wohl auch im letztgenannten Fall eine andere Tat im materiellen Sinne vor, sodass § 262 sowie der Grundsatz des fairen Verfahrens gebieten würden, den Angeklagten zur geänderten rechtlichen Beurteilung zu hören. Überdies lässt sich das vom OGH aufgestellte Erfordernis darzutun, wieso durch die unterbliebene Anhörung die Verteidigungsrechte des Angeklagten verletzt sein sollen, dem Gesetz nicht entnehmen.

Ohne auf die dargestellte Abgrenzung und damit auf die Frage, ob eine andere Tat „im materiellen Sinne“ vorliegt, einzugehen, wies der OGH ferner eine Nichtigkeitsbeschwerde, die das Fehlen der Belehrung gemäß § 262 bei einer Verurteilung wegen versuchter Hehlerei anstelle der auf versuchten Einbruchsdiebstahl lautenden Anklage rügte, mit der undifferenzierten Begründung zurück, dass „die Unterlassung der durch § 262 gebotenen

⁵¹¹ ÖStZB 2000/521; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 543; 14 Os 34/00.

⁵¹² 14 Os 34/00; 14 Os 67/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 544; ÖJZ 2000/221.

⁵¹³ 14 Os 67/04.

⁵¹⁴ 11 Os 56/04.

⁵¹⁵ Vgl dazu im Detail *Messner*, ÖJZ 2006/36.

Anhörung der Parteien über den geänderten rechtlichen Gesichtspunkt keine Nichtigkeit zu bewirken“ vermöge⁵¹⁶.

Zwei weitere Nichtigkeitsbeschwerden machten unmittelbar eine **Überschreitung der Anklage iSd § 267** geltend. In beiden Fällen mussten die Beschwerden erfolglos bleiben, weil die Identität zwischen Anklage- und Urteilsfaktum gegeben war, zumal es sich jeweils eindeutig um denselben Lebenssachverhalt handelte.

Eine dieser Nichtigkeitsbeschwerden bekämpfte ein Unzuständigkeitsurteil, mit dem sich das Schöffengericht für die wegen § 142 StGB erhobene Anklage unzuständig erklärt hatte, nachdem hervorgekommen war, dass bei der Tatausführung eine Waffe verwendet worden war⁵¹⁷.

Ebenso ist bei einer Anklage wegen § 202 Abs 1 StGB (sexueller Missbrauch der minderjährigen Tochter durch den Vater) idR auch ein Schuldspruch wegen des – ideal konkurrierenden – Delikts nach § 212 StGB umfasst⁵¹⁸.

Die übrigen beiden nominell auf § 281 Abs 1 Z 8 gestützten Beschwerden machten überhaupt Umstände geltend, die den dargestellten Nichtigkeitsgrund von vornherein nicht herzustellen vermögen.

Zu 12 Os 97/04 war in der Subsumtion der Anklageschrift „Verbrechen der Geldfälschung nach § 233 Abs 1 StGB“ (statt richtig § 232 Abs 1 StGB) ein offensichtlicher Schreibfehler unterlaufen. Dies kann aber selbstverständlich keine Nichtigkeit der Verurteilung nach § 232 Abs 1 StGB begründen.

Ebenso erfolglos bleiben musste eine Nichtigkeitsbeschwerde, die in der Modifikation eines Punktes der Anklageschrift in der Hauptverhandlung irrig die Rückziehung eines anderen Anklagefaktums (welches von der Modifikation ausdrücklich unberührt blieb) sah⁵¹⁹.

k)§ 281a StPO

Nichtigkeit nach § 281a liegt vor, wenn jener **Gerichtshof zweiter Instanz**, der der Anklage Folge gegeben (§ 214) oder einen Anklagebeschluss (§ 218) gefällt hat, **örtlich unzuständig** war. Der Nichtigkeitsgrund wurde im Jahr 2004 lediglich in zwei Fällen⁵²⁰ – jeweils erfolglos – geltend gemacht und hat somit **kaum praktische Bedeutung**.

Zu 15 Os 14/04 war die Zuständigkeit für das erstgerichtliche Verfahren vom OGH im Wege einer Delegation (§ 63) dem Landesgericht für Strafsachen Graz übertragen worden. Im Einspruch gegen die Anklageschrift machte der jugendliche Angeklagte, der seinen Wohnsitz im Sprengel des LG Wels hatte, eine Verletzung des § 29 JGG geltend. Da jedoch eine durch Delegierung begründete Kompetenz nur durch abermalige Delegierung aufgehoben werden kann und auch § 29 JGG keine Ausnahme von dieser Regel zu begründen vermag, war das OLG Graz zur Entscheidung über den Anklageeinspruch jedenfalls zuständig, sodass die entsprechende Nichtigkeitsbeschwerde erfolglos bleiben musste.

⁵¹⁶ 12 Os 87/04.

⁵¹⁷ 12 Os 91/04.

⁵¹⁸ 14 Os 93/04.

⁵¹⁹ 13 Os 35/04.

⁵²⁰ 15 Os 14/04; 15 Os 163/03.

Ebenso verfehlt war das Rechtsmittel eines wegen Beitragstäterschaft zu § 35, 38 FinStrG verurteilten Nichtigkeitswerbers, der die Unzuständigkeit des OLG Wien, das über seinen Anklageeinspruch entschieden hatte, mit der Begründung behauptete, er habe keine Tathandlungen im Sprengel dieses Gerichtes gesetzt. Dabei übersah er jedoch, dass die unmittelbaren Täter die angeklagten Taten im Sprengel des LG Korneuburg begangen hatten⁵²¹.

4. Materielle Nichtigkeitsgründe

a) Allgemeines

Ein materieller Nichtigkeitsgrund liegt vor, wenn die **Nichtigkeit** in der **unrichtigen Anwendung oder** in einer **Verletzung eines Strafgesetzes** besteht. Weil materielle Nichtigkeitsgründe ihrer Natur nach immer von Einfluss auf das Urteil sind, wirken sie **stets absolut**. Materielle Nichtigkeitsgründe sind **zugunsten des Angeklagten** nicht nur dann, wenn sie erfolgreich geltend gemacht wurden, sondern auch **von Amts wegen wahrzunehmen** (§ 290 Abs 1).

Die Bedeutung der materiellen Nichtigkeitsgründe ist in Schöffen- und Geschworenengerichtungsverfahren höchst unterschiedlich. Während **im Schöffengerichtungsverfahren** (die Fälle amtswegiger Wahrnehmung nach § 290 Abs 1 eingerechnet) über **70% aller verwirklichten Nichtigkeitsgründe materiell-rechtliche** waren, kommt diesen **im Geschworenengerichtungsverfahren kaum Bedeutung** zu, zumal die Nichtigkeitsgründe nach § 345 Abs 1 Z 11 und 12 in keinem einzigen, jener nach Z 13 bloß in einem Fall verwirklicht waren.

Dies erklärt sich daraus, dass sich ein Rechtsirrtum **im Schöffengerichtungsverfahren** aus einem **Vergleich zwischen** den in den Entscheidungsgründen getroffenen **Feststellungen** und der im Urteilsspruch vorgenommenen **Subsumtion** ergibt, wobei in der Praxis häufig Feststellungsmängel materielle Nichtigkeitsgründe begründen. **Geschworenengerichtungsverfahren** enthalten hingegen gar **keine Entscheidungsgründe**. Ein Rechtsirrtum kann sich bei diesen nur aus einem Vergleich des Wahrspruchs mit der darauf angewendeten Strafbestimmung ergeben⁵²². Da idR die den Geschworenen gestellten Fragen und damit in der Folge auch der Wahrspruch wörtlich alle Merkmale eines gesetzlichen Tatbestandes (§ 312 Abs 1) samt den zur Individualisierung der Tat erforderlichen Merkmalen enthalten und darüber hinaus Feststellungsmängel im Geschworenengerichtungsverfahren nicht möglich sind, verwundert nicht, dass die materiellen Nichtigkeitsgründe im schurgerichtlichen Verfahren wenig Bedeutung haben.

b) Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe

Wie bereits oben dargelegt, werden auch **auf materielle Nichtigkeitsgründe gestützte Beschwerden häufig** bereits in nichtöffentlicher Sitzung **zurückgewiesen**, obwohl § 285d bei den Nichtigkeitsgründen nach § 281 Abs 1 Z 9 und 10 keine Zurückweisung als offenbar unbegründet vorsieht. Die Zurückweisung erfolgt in diesen Fällen **mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes**.

⁵²² 15 Os 28/04; 15 Os 156/03; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 613; F/F, § 345 Rz 20.

Zum Verständnis der höchstgerichtlichen Judikatur und der Ergebnisse der vorliegenden Statistik müssen zunächst die Erfordernisse, die der OGH an die Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe stellt, dargelegt werden.

Zu unterscheiden ist zunächst zwischen der Geltendmachung von **Feststellungsmängeln** und sonstigen Fehlern in der Rechtsanwendung. Zur Geltendmachung von Feststellungsmängeln ist unter Zugrundelegung sämtlicher **Urteilsfeststellungen** darzulegen, dass diese **nicht ausreichen**, um eine umfassende und verlässliche **rechtliche Beurteilung** des Sachverhalts vornehmen zu können, oder dass Verfahrensergebnisse auf bestimmte für die Subsumtion erhebliche Umstände hingedeutet haben und das Erstgericht dessen ungeachtet entsprechende **Konstatierungen unterlassen** hat⁵²³.

Abgesehen von der Geltendmachung solcher Feststellungsmängel hat eine Beschwerde, die einen materiellen Nichtigkeitsgrund behauptet, darzulegen, warum das Erstgericht zu Unrecht freigesprochen oder die festgestellten Tatsachen **unrichtig einem Tatbestand subsumiert oder nicht subsumiert** hat. Dabei ist – was häufig missachtet wird – stets strikt auf die Gesamtheit der Urteilsfeststellungen, ohne Beifügungen oder Weglassungen, Bedacht zu nehmen⁵²⁴. Die Nichtigkeitsbeschwerde hat also **auf Grundlage sämtlicher Feststellungen** aufzuzeigen, warum das Gesetz unrichtig angewendet wurde. Die Behauptung, der Angeklagte sei nicht oder nicht im Sinne der herangezogenen Strafbestimmungen zu verurteilen gewesen, ohne Darlegung, welchen konkreten Rechtsfehler der Beschwerdeführer geltend machen will, genügt dem nicht⁵²⁵.

Insgesamt stellt der OGH an die **Geltendmachung** materieller Nichtigkeitsgründe nach **§ 281 Abs 1 Z 9 und 10** außerordentlich **hohe Anforderungen**: Im Hinblick auf die §§ 285 Abs 1 zweiter Satz, 285a Z 2, wonach die Nichtigkeitsgründe deutlich und bestimmt zu bezeichnen sind, verlangt der OGH dafür eine „**methodengerechte Argumentation**“: Auf Grundlage aller Urteilskonstatierungen muss ein Vergleich mit dem angewendeten Gesetz vorgenommen und der Einwand entwickelt werden, dass dem Erstgericht bei der Beurteilung dieses Urteilssachverhaltes ein Rechtsfehler unterlaufen sei⁵²⁶. Dieser Einwand muss methodisch vertretbar aus dem Gesetz abgeleitet werden. Wie es der OGH ausdrückt, wird methodengerecht argumentiert, „wenn der Beschwerdeführer darlegt, warum der allgemeine oder besondere Sprachgebrauch des Gesetzes von demjenigen des Erstgerichtes bei der Auslegung der angewendeten Bestimmungen des materiellen Rechts abweicht, der Gesetzeskontext eine spezifisch andere Bedeutung nahe legt, der historische Gesetzgeber

⁵²³ 13 Os 125/03; 12 Os 104/03.

⁵²⁴ 14 Os 100/03; 11 Os 94/04; 15 Os 131/04; 11 Os 103/04.

⁵²⁵ 13 Os 151/03.

⁵²⁶ 11 Os 94/04; 11 Os 103/04; 14 Os 100/03; 12 Os 104/03; 13 Os 151/03 uva; F/F, § 281 Rz 3.

eine andere Bedeutung bezweckt, durch eine von der Ansicht des Erstgerichtes verschiedene Auslegung ein Wertungswiderspruch vermieden wird oder schließlich die Rechtsauffassung des Erstgerichtes, an den Verfassungsprinzipien gemessen, keinen Bestand haben kann. Prozessförmiges – maW methodisch vertretbares – Rechtsmittelvorbringen vollzieht sich innerhalb der Regeln von Logik und Grammatik.⁵²⁷

Anstelle dieser Ableitung aus dem Gesetz kann der Beschwerdeführer auch **an einen Rechtssatz des OGH anknüpfen**, solange dies grammatikalisch und logisch einwandfrei geschieht⁵²⁸. Wird an die Rechtsprechung des OGH angeknüpft, bedarf es einer eigenständigen Ableitung aus dem Gesetz nicht⁵²⁹. Nach neuer Judikatur des OGH kann auch der Verweis auf eine Stelle im wissenschaftlichen Schrifttum – durch deren Wiedergabe in der Rechtsmittelschrift, durch beigelegte Rechtsgutachten oder durch exakte Bezeichnung der ohne weiteres zugänglichen Fundstelle – genügen, allerdings nur, sofern der solcherart Zitierte seinerseits methodengerecht argumentiert. Besteht die zitierte Stelle hingegen selbst aus einer bloßen Behauptung, so ändert sich an der Substratlosigkeit der Behauptung des Beschwerdeführers nichts⁵³⁰.

Eine methodengerechte Argumentation hat der OGH deshalb bei einer Nichtigkeitsbeschwerde verneint⁵³¹, die einen Schuldspruch nach § 302 StGB gegen den Inhaber einer KFZ-Werkstätte, der wider besseres Wissen die Verkehrssicherheit eines KFZ bestätigte, unter Verweis auf die ua von *Bertel* vertretene Lehrmeinung⁵³², wonach Inhaber autorisierter KFZ-Werkstätten keine Beamten seien, bekämpfte, ohne darüber hinaus inhaltlich zu argumentieren. In der zitierten Literaturstelle findet sich der Satz „keine Beamten sind Inhaber autorisierter Kraftfahrzeugwerkstätten, die Gutachten nach § 57a ausstellen“, ohne dass diese Ansicht näher begründet würde. Die zitierte Literaturstelle erschöpft sich somit in einer bloßen Behauptung, ohne diese nach den oben dargestellten Kriterien „methodisch vertretbar“ aus dem Gesetz abzuleiten. Insofern war die Nichtigkeitsbeschwerde mangels „methodisch vertretbarer Argumentation“ nicht prozessordnungskonform ausgeführt.

Allerdings nimmt der OGH auch dann, wenn er eine Nichtigkeitsbeschwerde als nicht prozessförmig zurückweist, zu Richtigkeit der Rechtsansicht des Beschwerdeführers kurz Stellung. Im vorliegenden Fall wies der OGH darauf hin, dass zu einem amtswegigen Vorgehen kein Anlass bestehe, zumal kein Rechtsfehler vorliege. Zur Begründung dieser Auffassung verzichtete jedoch auch der OGH auf jede inhaltliche Argumentation und begnügte sich seinerseits mit Zitaten. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass, soweit ersichtlich, auch den vom OGH zitierten Entscheidungen und Literaturmeinungen eine Ableitung der Auffassung, Inhaber von autorisierten KFZ-Werkstätten seien Beamte, nicht zu entnehmen ist. So gesehen scheint das Erfordernis methodengerechter Argumentation nur für den Rechtsmittelwerber, nicht immer aber auch für den OGH zu gelten.

⁵²⁷ 13 Os 151/03.

⁵²⁸ JUS 6/3292; F/F, § 281 Rz 3; 13 Os 151/03.

⁵²⁹ 14 Os 163/03; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 590.

⁵³⁰ So ausdrücklich 13 Os 151/03; abweichend aber noch – obwohl vom OGH zur Begründung zitiert – *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 590, wonach die bloße Berufung auf eine im wissenschaftlichen Schrifttum vertretene Meinung mangels Legitimation zur Rechtsprechung nicht genügt, sowie unter Verweis auf die von *Ratz* ebendort vertretene Ansicht auch 11 Os 2/03.

⁵³¹ 11 Os 2/03 = JBl 2003, 884 mit krit Anm *Bertel*.

⁵³² *Bertel* in WK-StGB², § 302 Rz 11f.

Dem scheint der Gedanke zugrunde zu liegen, dass „davon ausgegangen werden darf, dass das Höchstgericht den Rahmen methodischer Vertretbarkeit nicht überschritten und sich solcherart am Gesetz ausgerichtet hat“⁵³³.

Freilich könnte man dem OGH zugute halten, dass es nicht erforderlich ist, die Begründung einer von ihm in ständiger Rsp vertretenen Judikaturlinie Rechtsmittelwerbern durch permanente Reproduktion immer aufs Neue näher zu bringen. Insofern kann bei Rechtsfragen, bei denen eine gefestigte Rsp existiert, das bloße Zitat anderer Entscheidungen durchaus ausreichen. Allerdings sollte zumindest den vom OGH zitierten Entscheidungen jene methodisch vertretbare Ableitung aus dem Gesetz, die dieser auch bei von Rechtsmittelwebern zitierten Literaturmeinungen fordert, zu entnehmen ist.

Allerdings ist dem Gesetz das Erfordernis der methodisch vertretbaren Argumentation überhaupt nicht zu entnehmen. § 285a Z 2 verlangt vielmehr nur, dass bei der Anmeldung oder Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde ein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wird. Wieso allerdings ein materieller Nichtigkeitsgrund nur durch methodisch vertretbare Ableitung aus dem Gesetz deutlich und bestimmt bezeichnet werden können soll, ist weder den Entscheidungen des OGH noch der von ihm zitierten Literatur zu entnehmen⁵³⁴.

Im obigen Beispiel behauptet der Angeklagte, er sei als autorisierter Inhaber einer KFZ-Werkstätte kein Beamter iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB. Er macht somit geltend, dass die §§ 74 Abs 1 Z 4, 302 Abs 1 StGB zu Unrecht angewendet wurden. Auch wenn diese Behauptung der ständigen Rsp des OGH nicht genügt, könnte man dieses Vorbringen durchaus als deutliche und bestimmte Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes ansehen.

Der Grund für diese Rsp des OGH liegt darin, das gem § 285d Abs 1 Z 2 Nichtigkeitsbeschwerden, die sich auf die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 9 oder 10 stützen, (insoweit) nicht als offenbar unbegründet zurückgewiesen werden können. Da, wie bereits dargelegt⁵³⁵, eine Abhaltung kostenintensiver Gerichtstage in den wenigsten Fällen notwendig und zielführend ist, weil gerade Rechtsfragen ohnehin besser vorab schriftlich erörtert werden können, kann der OGH es durch strenge Anforderungen an die Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe ermöglichen, auch einen Großteil jener Nichtigkeitsbeschwerden, in denen (auch) Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 9 oder 10 geltend gemacht, bereits in nichtöffentlicher Sitzung zu erledigen.

Wie die Statistik zeigt, wird dieses Ziel damit auch durchaus erreicht: **Von 379 Nichtigkeitsbeschwerden**, die einen dieser Nichtigkeitsgründe geltend machten, wurden **253 (66,8 %) bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen**, hingegen wurden lediglich 37 (9,8 %) in öffentlicher Verhandlung verworfen.

De lege ferenda wäre es sicherlich wünschenswert, dem OGH auch eine Zurückweisung auf § 281 Abs 1 Z 9 oder 10 gestützter Nichtigkeitsbeschwerden als offenbar unbegründet in nichtöffentlicher Sitzung zu ermöglichen. In diesem Fall würde es sich

⁵³³ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 590.

⁵³⁴ Vgl Bertel, JBl 2003,884.

⁵³⁵ Siehe oben S 53ff.

erübrigen, derart hohe Anforderungen an die prozessordnungskonforme Ausführung auf diese Nichtigkeitsgründe gestützter Beschwerden zu stellen.

*Bertel*⁵³⁶ tritt dafür ein, § 285d Abs 1 Z 2 analog auch auf die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 9 und 10 anzuwenden und somit auch darauf gestützte Beschwerden als offenbar unbegründet zurückzuweisen. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass eine Analogie eine Lücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts, verlangt. Wenn aber § 285d Abs 1 Z 2 normiert, dass eine Nichtigkeitsbeschwerde als offenbar unbegründet zurückgewiesen werden kann, wenn sie „sich auf die im § 281 Abs 1 Z 1 bis 8 und 11 angegebenen Nichtigkeitsgründe stützt“, so wird man kaum davon sprechen können, dass hinsichtlich der Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 9,10 und 10a eine planwidrige Lücke vorliegt. Eine Analogie ist daher, auch wenn deren Resultat rechtspolitisch wünschenswert wäre, wohl dogmatisch nicht zulässig.

Wenn auch die Erfordernisse, die der OGH an die Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe stellt, dem Gesetz nicht zu entnehmen sind, so ist diesem zugute zu halten, dass er auch bei nicht prozessförmig ausgeführten Beschwerden stets zur Rechtsansicht des Beschwerdeführers Stellung nimmt. Allerdings fällt diese Stellungnahme – wie etwa in obigem Beispiel⁵³⁷ – mitunter sehr kurz aus.

Für den Angeklagten sind die hohen Anforderungen an die prozessförmige Ausführung materieller Nichtigkeitsgründe – anders als bei formellen – jedoch im Ergebnis nicht von Nachteil, zumal diese gem § 290 Abs 1 zu dessen Vorteil ohnehin jedenfalls von Amts wegen wahrzunehmen sind: Ist ein materieller Nichtigkeitsgrund tatsächlich verwirklicht, ändert es für den Angeklagten, anders als bei prozessualen Nichtigkeitsgründen, auch nichts, wenn es seinem Verteidiger nicht gelingt, einen materiellen Nichtigkeitsgrund prozessordnungskonform zur Darstellung zu bringen – die Nichtigkeit wird, wenn der Angeklagte durch sie benachteiligt wird, vom OGH amtswegig aufgegriffen. Liegt hingegen ein materieller Nichtigkeitsgrund nicht vor, so ist die Nichtigkeitsbeschwerde ohnehin jedenfalls zurückzuweisen oder zu verwerfen, sodass bei Zurückweisung mangels prozessförmiger Ausführung lediglich die Begründung durch eine inhaltliche Antwort auf die Rechtsausführungen des Beschwerdeführers entfällt, sich am Ergebnis aber nichts ändert.

Tatsächlich werden, wie die Statistik zeigt, Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 9 und 10 in der Praxis tatsächlich beinahe **ebenso häufig** (nämlich 43-mal) **amtswegig wahrgenommen wie sie erfolgreich geltend gemacht** werden (47-mal)⁵³⁸.

Für die **Staatsanwaltschaft** sind die dargestellten **Anforderungen** an die Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe hingegen **von großer Bedeutung**. Diese hat sich, will sie mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde erfolgreich sein, strikt an die dargestellten Erfordernisse zu halten. Darüber hinaus ist der OGH bei Rechtsmitteln zum Nachteil des Angeklagten auf die in der Beschwerde angeführte Richtung beschränkt, kann ihr also nicht

⁵³⁶ JBl 2003,884; vgl auch *Bertel/Venier* Rz 950.

⁵³⁷ 11 Os 3/02.

⁵³⁸ Siehe dazu im Detail im Anhang Statistik, S 232f.

aus anderen als den vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründen Folge geben⁵³⁹. Die Staatsanwaltschaft kann somit mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde nur erfolgreich sein, wenn die von ihr vorgebrachte Subsumtion rechtsrichtig ist.

Die vom OGH aufgestellten **strengen Anforderungen** an die prozessordnungskonforme Geltendmachung materiell-rechtlicher Nichtigkeitsgründe können daher **für den Angeklagten sogar von Vorteil** sein, wenn nämlich die Staatsanwaltschaft an der Erfüllung dieser Erfordernisse scheitert⁵⁴⁰.

c)Die amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe

Grundsätzlich kann der OGH nur Nichtigkeitsgründe berücksichtigen, die von einer dazu berechtigten Person deutlich und bestimmt geltend gemacht wurden, und kann das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes nicht aus anderen als den geltend gemachten Gründen bejahen. In den beiden in § 290 Abs 1 geregelten Fällen hat er jedoch bei der Überprüfung des Urteils Nichtigkeitsgründe auch von Amts wegen wahrzunehmen, und zwar:

- **nicht geltend gemachte materielle Nichtigkeitsgründe, die sich zum Nachteil des Angeklagten auswirkten** und
- formelle Nichtigkeitsgründe⁵⁴¹, die von einem Beschwerdeführer releviert werden, zugunsten eines Angeklagten, der selbst die Nichtigkeitsbeschwerde entweder überhaupt nicht oder doch nicht in die richtige Richtung ergriffen hat (**beneficium cohaesionis**).

Zum Nachteil des Angeklagten kann ein nicht geltend gemachter Nichtigkeitsgrund niemals wahrgenommen werden („favor defensionis“).

Keine Veranlassung zu amtswegigem Einschreiten bot sich deshalb etwa zu 15 Os 22/04: Der Angeklagte hatte einem verdeckten Ermittler 200 Gramm Kokain übergeben, letzterer das Paket übernommen, geöffnet und einen Schnelltest auf Suchtgift durchgeführt, welcher positiv verlaufen war. Erst danach hatte der verdeckte Ermittler den Observationskräften das vereinbarte Zeichen zum Zugriff gegeben. Das Gericht verurteilte den Täter wegen versuchten Inverkehrsetzens von Suchtgift nach §§ 15 StGB, 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF⁵⁴², obwohl nach stRsp⁵⁴³ Suchtgift bereits mit Überlassung in den Gewahrsam eines anderen unter Aufgabe des eigenen Gewahrsams in Verkehr gesetzt wird, auch wenn es sich beim Übernehmer um einen

⁵³⁹ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 584f; vgl etwa 13 Os 125/03.

⁵⁴⁰ Vgl dazu 13 Os 125/03.

⁵⁴¹ Materielle Nichtigkeitsgründe werden hingegen stets schon nach der ersten Alternative des § 290 Abs 1 erledigt, da die zweite Alternative lediglich als zusätzliche Bedingung für die amtswegige Wahrnehmung den Konnex mit einer zugunsten eines Mitangeklagten getroffenen Verfügung fordert; vgl Ratz in WK-StPO, § 290 Rz 90; aM offenbar F/F, § 290 Rz 3.

⁵⁴² IdF BGBl I Nr. 1997/112, geändert durch BGBl I Nr. 2002/134.

⁵⁴³ RZ 2000/24 = 11 Os 118/99; 13 Os 60/00; 15 Os 97/02 uva.

verdeckten Ermittler handelt. Da sich die somit rechtsirrigte Annahme bloß eines Versuchs zum Vorteil des Angeklagten auswirkte, kam ein Vorgehen nach § 290 Abs 1 nicht in Betracht.

In den in § 290 Abs 1 geregelten Fällen sind Nichtigkeitsgründe **auch** dann von Amts wegen wahrzunehmen, **wenn** die **Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig** ist (auch infolge verspäteter Anmeldung) oder wenn diese zurückgezogen wird. Auch eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes berechtigt zur amtswegigen Wahrnehmung⁵⁴⁴, nicht hingegen eine Beschwerde gem § 285b gegen die Zurückweisung einer Nichtigkeitsbeschwerde bereits durch das Erstgericht⁵⁴⁵. Dass der von der amtswegigen Wahrnehmung betroffene Angeklagte selbst eine Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen hat, ist keine Voraussetzung für die Anwendung des § 290 Abs 1 zweiter Satz, vielmehr genügt es, wenn dieser von jenem Urteil, das infolge einer Nichtigkeitsbeschwerde eines Mitangeklagten, der Staatsanwaltschaft oder einer von der Generalprokuratur eingebrachten Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes an den OGH gelangt ist, betroffen ist. Da somit das Urteil hinsichtlich des begünstigten Angeklagten auch bereits in Rechtskraft erwachsen sein kann, kann durch das amtswegige Aufgreifen von Nichtigkeitsgründen die **Rechtskraft durchbrochen** werden⁵⁴⁶.

Voraussetzung für die amtswegige Wahrnehmung von Nichtigkeitsgründen ist, dass der Nichtigkeitsgrund zugunsten des Angeklagten hätte geltend gemacht werden können. Allerdings ist für die amtswegige Wahrnehmung auch nötig, dass der Rechtsfehler dem **Angeklagten zum Nachteil** gereicht, dh, dass dieser durch die unrichtige Lösung der Rechtsfrage auch konkret benachteiligt sein muss. Aus diesem Grunde nimmt der OGH nicht alles, was zugunsten des Angeklagten in einer Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Abs 1 Z 9 bis 11 geltend gemacht werden kann, auch amtswegig wahr. Insbesondere wird eine rechtsirrigte Subsumtion nicht aufgegriffen, wenn sie sich nicht im Strafsatz oder zumindest in den Strafzumessungsgründen auswirkt, zumal eine für den Strafsatz bedeutungslose unrichtige Subsumtion nicht von Nachteil für den Angeklagten ist⁵⁴⁷. Ein solcher für den Strafsatz irrelevanter Fehler in der Subsumtion – beispielsweise die Annahme einer Unterschlagung anstelle einer Veruntreuung – ist dann, wenn er vom Angeklagten deutlich und bestimmt geltend gemacht wurde, nicht aber von Amts wegen wahrzunehmen. Dies erscheint auch sachlich gerechtfertigt, weil § 290 Abs 1 als Ausnahmenvorschrift, die (manchmal) die Rechtskraft durchbricht, eine strenge Auslegung erfordert. Allerdings weist

⁵⁴⁴ Ratz in WK-StPO, § 290 Rz 7, 14.

⁵⁴⁵ Ratz in WK-StPO, § 290 Rz 7; siehe dazu auch oben S 25.

⁵⁴⁶ F/F, § 290 Rz 5; Ratz in WK-StPO, § 290 Rz 12; vgl etwa 12 Os 97/03; 12 Os 80/04; 11 Os 112/04 -

14.
⁵⁴⁷ F/F, § 290 Rz 6; Ratz in WK-StPO, § 290 Rz 22f.

der OGH auf eine verwirklichte materielle Nichtigkeit stets ausdrücklich hin, auch wenn er diese mangels eines Nachteils für den Angeklagten nicht von Amts wegen wahrnimmt⁵⁴⁸.

Zu 11 Os 118/04 hatte das Erstgericht neben einem Delikt der schweren Körperverletzung nach §§ 83 Abs 1, 84 Abs 1 StGB auch ein im Versuchsstadium verbliebenes Vergehen der schweren Körperverletzung angenommen, obwohl ein Versuch einer schweren Körperverletzung nach ständiger (wenn auch diskussionswürdiger) Rsp⁵⁴⁹ rechtlich nicht denkbar ist. Weil das Gericht aber – neuerlich rechtsirrig (§ 28 StGB) – den Angeklagten nur des „Vergehens der teils vollendeten, teils versuchten schweren Körperverletzung“ schuldig erkannte, war eine amtswegige Wahrnehmung nicht geboten, zumal die rechtsrichtige Annahme eines Vergehens der schweren Körperverletzung nach §§ 83 Abs 1, 84 Abs 1 StGB *und* eines Vergehens der versuchten Körperverletzung nach §§ 15, 83 Abs 1 StGB dem Angeklagten nicht zum Vorteil gereichen würde.

Mangels eines Nachteils für den Angeklagten nicht von Amts wegen aufgegriffen wurde ein Schuldspruch wegen Fälschung eines Beweismittels (§ 293 StGB) statt wegen Urkundenfälschung (§ 223 StGB)⁵⁵⁰, ebenso die Subsumtion der Unterdrückung einer Bankomatkarte unter § 229 Abs 1 StGB statt (rechtsrichtig⁵⁵¹) unter § 241e Abs 3 StGB⁵⁵².

Ebenfalls mangels eines Nachteils für den Angeklagten zu keiner amtswegigen Wahrnehmung kam es zu 14 Os 112/04: Das Erstgericht hatte diesen wegen In-Verkehr-Setzens von Cannabiskraut mit einer Reinsubstanzmenge von zumindest 4000 Gramm THC der „8-fach Verbrechen nach § 28 Abs 2 zweiter, dritter und vierter Fall und Abs 4 Z 3 SMG, teilweise in Form der Bestimmungstäterschaft nach § 12 zweiter Fall StGB“ schuldig erkannt und bei der Strafbemessung die 8-fache Verwirklichung erschwerend in Rechnung gestellt. Dieser Schuldspruch ist nichtig nach § 281 Abs 1 Z 10, weil bei In-Verkehr-Setzen einer übergroßen Menge an Suchtgift nach der Rsp eine „Subsumtionseinheit sui generis nach Art des § 29 StGB“⁵⁵³ zu bilden ist und daher stets nur ein einziges Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 4 Z 3 SMG aF begründet wird. Weiters liegt auch Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 vor, weil die (rechtsirrig angenommene) „8-fache Verwirklichung“ verfehlt als erschwerender Umstand gewertet wurde. Weil aber stattdessen der richtigerweise verwirklichte (gleichwertige) Umstand der mehrfachen Überschreitung der übergroßen Menge des § 28 Abs 4 Z 3 SMG aF erschwerend zu werten gewesen wäre, sah sich der OGH zu einer amtswegigen Maßnahme nach § 290 Abs 1 nicht veranlasst. An dieser Entscheidung zeigt sich der dargestellte Unterschied zwischen der Wahrnehmung von prozessordnungskonform geltend gemachten und bloß amtswegig aufzugreifenden Nichtigkeitsgründen: Wären die beiden Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 10 und 11 prozessordnungskonform geltend gemacht worden, hätte der OGH, weil eine geltend gemachte unrichtige Subsumtion auch aufzugreifen ist, wenn sie für den Strafsatz bedeutungslos ist, der Beschwerde insofern Folge geben und – weil sich im Urteil alle nötigen Feststellungen fanden – anschließend in der Sache selbst entscheiden müssen. Ohne prozessordnungskonforme Geltendmachung sah sich der OGH hingegen mangels eines konkreten Nachteils für den Angeklagten zu einem amtswegigen Einschreiten nicht veranlasst.

Die unrichtige Annahme mehrerer Verbrechen hätte allenfalls von der Generalprokuratur im Rahmen einer NbzWdG geltend gemacht werden können, jedoch wäre es in diesem Fall, ausgehend von der Annahme, die unrichtige Subsumtion habe sich nicht zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt, wohl bei der Feststellung der Gesetzesverletzung geblieben.

⁵⁴⁸ Vgl etwa 13 Os 7/04; 13 Os 21/04; 15 Os 163/03; 15 Os 22/04; 12 Os 120/04; 11 Os 118/04; 13 Os 114/04; 14 Os 71/04 uva.

⁵⁴⁹ SSSt 47/84; EvBl 1987/141, 504; 14 Os 78/03.

⁵⁵⁰ 15 Os 163/03.

⁵⁵¹ Vgl 15 Os 114/04.

⁵⁵² 13 Os 114/04.

⁵⁵³ 13 Os 156/02; 14 Os 18/03; 14 Os 112/04.

Nicht zu amtswegigem Einschreiten veranlasst sieht sich der OGH auch dann, wenn das Erstgericht rechtsirrig die Bildung einer Subsumtionseinheit nach § 29 StGB unterließ, aber trotz dieser unrichtigen Subsumtion bloß die mehrfache Tatbegehung und nicht auch das Zusammentreffen zweier Verbrechen als erschwerend angenommen wurde, zumal die verfehlte Subsumtion diesfalls für den Angeklagten ersichtlich nicht von Nachteil sei⁵⁵⁴.

Zu 12 Os 120/04 hatte das Erstgericht ein und denselben Täter entgegen § 29 StGB eines Verbrechens des gewerbsmäßig schweren Betruges *und* eines Verbrechens des versuchten gewerbsmäßig schweren Betruges für schuldig erkannt. Da es jedoch lediglich die mehrfache Tatbegehung, nicht aber das Zusammentreffen zweier Verbrechen als erschwerend wertete, war der Angeklagte in concreto nicht benachteiligt und ein amtswegiges Vorgehen nach § 290 Abs 1 daher nicht geboten⁵⁵⁵.

Wenn allerdings jenes Delikt, das von der Nichtigkeit betroffen ist, nicht strafsatzbestimmend ist, nimmt der OGH eine falsche Subsumtion selbst dann nicht von Amts wegen wahr, wenn das bei richtiger rechtlicher Beurteilung anzunehmende Delikt mit einer geringeren Strafdrohung versehen ist, sofern er die geringere Sanktionsdrohung im Zuge einer aufgrund anderer verwirklichter Nichtigkeitsgründe nötig gewordenen oder aufgrund einer Berufung vorzunehmenden Neubemessung der Strafe berücksichtigen kann⁵⁵⁶.

Zu 12 Os 114/04 hatte das Erstgericht den Täter – neben einem Schuldspruch wegen des Verbrechens des gewerbsmäßig schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 erster Fall, Abs 2, 148 zweiter Fall StGB – unter anderem auch des Vergehens der mittelbar unrichtigen Beurkundung oder Beglaubigung nach § 228 Abs 1 StGB statt – bei rechtsrichtiger Subsumtion – des Vergehens des Gebrauchs fremder Ausweise nach § 231 Abs 1 StGB für schuldig erkannt. Da der OGH aber aufgrund der Aufhebung des Schuldspruchs wegen eines anderen Delikts die Strafe ohnehin neu zu bemessen hatte, berücksichtigte er die geringere Strafdrohung des richtigerweise anzunehmenden, nicht strafsatzbestimmenden Delikts nach § 231 Abs 1 StGB bei der Neubemessung der Strafe, ohne nach § 290 Abs 1 vorzugehen.

Eine Besonderheit gilt beim Nichtigkeitsgrund nach **§ 281 Abs 1 Z 11** bzw § 345 Abs 1 Z 13: Gem § 290 Abs 1 letzter Satz ist, wenn bloß Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 geltend gemacht wurde, so vorzugehen, als ob auch Berufung ergriffen worden wäre. Umgekehrt können seit der StGNov 1989 in der Berufung Umstände geltend gemacht werden, die den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 verwirklichen. Daraus leitet der OGH ab, dass er bei nichtöffentlicher Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde berechtigt sei, die **amtswegige Wahrnehmung** der Nichtigkeit **dem OLG überlassen**, sofern auch Berufung erhoben bzw der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 (vgl § 290 Abs 1 letzter Satz) geltend gemacht wurde⁵⁵⁷. Von dieser Möglichkeit macht der OGH in der Praxis auch

⁵⁵⁴ 12 Os 120/04; 14 Os 26/01; 15 Os 36/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 24.

⁵⁵⁵ 12 Os 120/04; ähnlich 15 Os 36/04.

⁵⁵⁶ Vgl 12 Os 114/04.

⁵⁵⁷ F/F, § 290 Rz 7; *Ratz* in WK-StPO, § 290 Rz 28ff; EvBl 1998/163.

regelmäßig Gebrauch. Dabei weist er jedoch auf die verwirklichte, aber nicht geltend gemachte Nichtigkeit nach Z 11 ausdrücklich hin⁵⁵⁸.

Vom OGH selbst wurde der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 im Jahr 2004 lediglich in drei Fällen von Amts wegen aufgegriffen. Einmal hob er aus diesem Nichtigkeitsgrund die Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt nach § 21 Abs 1 StGB auf⁵⁵⁹, in den beiden übrigen Fällen war das angefochtene Urteil ohnehin aufgrund des ebenfalls verwirklichten Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 10 zu kassieren⁵⁶⁰ bzw abzuändern⁵⁶¹. In allen anderen Fällen überließ der OGH die amtswegige Wahrnehmung der Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 dem Berufungsgericht.

Wird das angefochtene Urteil aufgrund amtswegig wahrzunehmender Nichtigkeitsgründe zur Gänze oder zumindest im gesamten bekämpften Ausmaß aufgehoben, so erübrigt sich eine Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde, der Beschwerdeführer wird mit dieser und einer allenfalls verbundenen Berufung auf die amtswegige Aufhebung des Schuldspruchs verwiesen⁵⁶². Ist hingegen nur ein Teil des bekämpften Urteils von der amtswegig wahrzunehmenden Nichtigkeit betroffen, wird über die Nichtigkeitsbeschwerde entschieden und daneben aus deren Anlass die amtswegig wahrzunehmenden Nichtigkeitsgründe aufgegriffen.

Die **amtswegige Wahrnehmung** materieller Nichtigkeitsgründe ist in der **Praxis im Schöffverfahren von großer Bedeutung**. Insgesamt wurden im untersuchten Zeitraum in **41** Fällen materielle (ein oder mehrere) Nichtigkeitsgründe von Amts wegen aufgegriffen. Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 wurde sogar deutlich häufiger von Amts wegen wahrgenommen (27-mal) als er erfolgreich geltend gemacht wurde (16-mal). Der Nichtigkeitsgrund nach Z 9a dieser Bestimmung wurde in 9, jener nach Z 9b in 7 Fällen amtswegig aufgegriffen. Lediglich die Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 wurde aus den dargestellten Gründen (nämlich weil die Korrektur dieser Fehler dem OLG als Berufungsgericht überlassen wurde) nur in drei Fällen von Amts wegen wahrgenommen.

Im Geschworenverfahren haben die materiellen Nichtigkeitsgründe und somit auch deren amtswegige Wahrnehmung **kaum praktische Bedeutung**. Im untersuchten Zeitraum war lediglich der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 13 in einem Fall verwirklicht, jene nach Z 11 und 12 hingegen gar nicht. Zu einer amtswegigen Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe kam es bei Geschworenenurteilen nicht.

⁵⁵⁸ Vgl 15 Os 84/04; 11 Os 89/04; 14 Os 123/04; 14 Os 71/04 uva.

⁵⁵⁹ 11 Os 97/04.

⁵⁶⁰ 12 Os 105/04.

⁵⁶¹ 14 Os 92/04.

⁵⁶² Vgl 12 Os 105/04; 14 Os 34/04; 14 Os 36/04; 15 Os 171/03.

d)§ 281 Abs 1 Z 9 bzw § 345 Abs 1 Z 11

(1)§ 281 Abs 1 Z 9a bzw § 345 Abs 1 Z 11a

(a) Allgemeines

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9a liegt vor, wenn das Gericht die Rechtsfrage, ob der von ihm **festgestellte Sachverhalt** in objektiver und subjektiver Hinsicht eine **gerichtlich strafbare Handlung** darstellt **oder nicht**, unrichtig löst.

Der Nichtigkeitsgrund ist also einerseits erfüllt, wenn das Gericht das festgestellte Verhalten des Täters rechtsirrig für strafbar oder straflos erklärt. Gegenstand der Rechtsrüge ist, wie es der OGH ausdrückt, „ausschließlich der **Vergleich** des zur Anwendung gebrachten **materiellen Rechts mit dem festgestellten Sachverhalt**⁵⁶³. Bei Vorliegen einer solchen Nichtigkeit hat der OGH idR in der Sache selbst zu entscheiden⁵⁶⁴ und den rechtsirrigen Schuldspruch in einen Freispruch umzuwandeln oder umgekehrt (§ 288 Abs 1 Z 4).

Nicht Gegenstand der Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9a sind hingegen unrichtige rechtliche Erwägungen (im Rahmen der rechtlichen Beurteilung), solange die getroffenen Feststellungen die vorgenommene Subsumtion tatsächlich zu tragen vermögen⁵⁶⁵.

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9a kann aber auch durch **Feststellungsmängel** begründet werden: Ein Feststellungsmangel ist dann gegeben, wenn ein **für die rechtliche Beurteilung** der Tat **erforderlicher Umstand nicht festgestellt** wurde, obwohl die Verfahrensergebnisse auf sein Vorliegen hindeuten, oder wenn das Erstgericht aufgrund einer irrigen Rechtsmeinung Umstände nicht festgestellt hat, von denen die Entscheidung, ob ein gerichtlich strafbarer Tatbestand vorliegt, abhängt⁵⁶⁶. Dabei vermag der Urteilspruch Feststellungen in den Entscheidungsgründen nicht zu ersetzen, kann aber allenfalls zu deren Konkretisierung dienen⁵⁶⁷.

Nach der Rsp sind **Feststellungsmängel nur nach § 281 Abs 1 Z 9, 10** relevant, nicht aber auch unter dem Aspekt der Unvollständigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall, der ausschließlich die Begründungsebene betrifft⁵⁶⁸.

Nach aA⁵⁶⁹ sind derartige Mängel doppelt, nämlich sowohl nach Z 5 als auch nach Z 9 oder 10 nichtigkeitsbegründend.

⁵⁶³ 15 Os 1/04.

⁵⁶⁴ Siehe dazu auch schon oben S 52ff.

⁵⁶⁵ JUS 6/3031; F/F, § 281 Rz 54.

⁵⁶⁶ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 695ff; F/F, § 281 Rz 55.

⁵⁶⁷ 14 Os 26/04; F/F, § 281 Rz 55.

⁵⁶⁸ 12 Os 104/03; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 420.

⁵⁶⁹ Bertel/Venier, Rz 901; Seiler, Rz 938, 978.

Gegenstand der Z 9a sind auch Fragen (echter oder unechter) Realkonkurrenz, hingegen fallen Fragen der Idealkonkurrenz nach der Rsp unter Z 10⁵⁷⁰.

Im **Geschworenverfahren** entspricht dem Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9a jener nach **§ 345 Abs 1 Z 11a**. Dabei ist der OGH an den Inhalt des Wahrspruchs, der sich aus den Fragen und den Antworten der Geschworenen ergibt, gebunden. Ein Rechtsirrtum kann sich dabei nur aus einem Vergleich des Wahrspruchs mit der darauf angewendeten Strafbestimmung ergeben⁵⁷¹. **Feststellungsmängel** sind im Geschworenverfahren **nicht Gegenstand der Rechts- oder Subsumtionsrüge**, sondern in § 345 Abs 1 Z 6 und 9 gesondert geregelt und können deshalb nicht amtswegig wahrgenommen werden⁵⁷².

(b) Statistik

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9a wird **sehr häufig geltend gemacht**, im Jahr 2004 insgesamt 220-mal. Lediglich Nichtigkeit nach Z 5 dieser Bestimmung wurde somit öfter behauptet. **Folge gegeben** wurde auf Z 9a gestützten Beschwerden **in 21 Fällen**. Von diesen 21 Nichtigkeitsbeschwerden wurden 17 von Angeklagten und vier von der Staatsanwaltschaft erhoben. Darüber hinaus wurde der Nichtigkeitsgrund **in neun Fällen amtswegig** zugunsten des Angeklagten gem § 290 Abs 1 **wahrgenommen**.

Weitaus **häufigster Grund** für die Nichtigkeit nach Z 9a sind **mangelhafte Feststellungen**. Dies zeigt sich statistisch daran, dass der OGH in den 30 Fällen der Nichtigkeit nach Z 9a (einschließlich der Fälle amtswegiger Wahrnehmung) nur drei Mal in der Sache selbst entscheiden konnte, in den übrigen 27 Fällen jedoch – weil Feststellungsmängel vorlagen – kassatorisch vorgehen musste.

Im Geschworenverfahren wurde der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 11a in 8 Fällen geltend gemacht, war jedoch in keinem tatsächlich verwirklicht.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht (Prozent)	Amtswegig wahr= genommen
§ 281 Abs 1 Z. 9a	481	220	45,7%	21 (9,6 %)	9
§ 345 Abs 1 Z 11a	70	32	45,7%	0	0

(c) Analyse

(i) Erfolglose Beschwerden

Wie bereits oben dargelegt, **weist der OGH die meisten** auf § 281 Abs 1 Z 9a bzw § 345 Abs 1 Z 11a gestützten **Beschwerden mangels deutlicher und bestimmter**

⁵⁷⁰ F/F, § 281 Rz 54; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 565, 652.

⁵⁷¹ 15 Os 28/04; 15 Os 156/03; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 613; F/F, § 345 Rz 20.

⁵⁷² Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 614.

Bezeichnung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zurück, weil diese den Anforderungen, die der OGH an die prozessordnungskonforme Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe stellt, nicht gerecht werden⁵⁷³.

Häufig wird auch mit nominell auf § 281 Abs 1 Z 9 lit a gestützten Beschwerden schlicht versucht, die Beweiswürdigung des Erstgerichts zu bekämpfen⁵⁷⁴.

Dies war etwa der Fall bei einer Beschwerde, die bei einem Schuldspruch nach §§ 127, 131 StGB die im Ersturteil festgestellte Absicht, sich die weggenommene Sache zu erhalten, bestritt⁵⁷⁵. Ebenso bestritt der Beschwerdeführer zu 14 Os 40/04 gestützt auf § 281 Abs 1 Z 9 lit a bei einem Schuldspruch wegen § 28a Abs 1 SMG den vom Erstgericht festgestellten Vorsatz auf kontinuierliche Begehung und bekämpfte damit in Wahrheit die Beweiswürdigung.

Bei der Geltendmachung von Feststellungsmängeln unterlassen es zahlreiche Beschwerden, deutlich und bestimmt darzutun, welche Feststellungen das Erstgericht infolge irriger Rechtsansicht unterlassen hat bzw – unter Hinweis auf einen nicht festgestellten, aber durch von der Beschwerde anzuführende Verfahrensergebnisse indizierten Sachverhalt – aufzuzeigen, weshalb eine vom Erstgericht nicht bedachte rechtliche Konsequenz zu ziehen gewesen sei⁵⁷⁶.

Nicht prozessordnungskonform ausgeführt idS waren mehrere Beschwerden, die bloß pauschal behaupteten, die Urteilsfeststellungen „vermögen den Schuldspruch nicht zu tragen“ oder die Feststellungen seien mangelhaft, und dabei die tatsächlich getroffenen Feststellungen im Ersturteil übergangen bzw negierten⁵⁷⁷.

Der OGH verweist in diesen Fällen häufig darauf, dass die Beschwerde die getroffenen Feststellungen übergeht und verweist dazu auf die entsprechenden Seiten des Urteils, ohne die entsprechenden erstgerichtlichen Feststellungen selbst wiederzugeben⁵⁷⁸.

Besonders häufig behaupteten Beschwerden bloß pauschal das Fehlen von Feststellungen zur subjektiven Tatseite oder brachten – unter Missachtung der getroffenen Feststellungen – vor, dass das Ersturteil sich hinsichtlich der subjektiven Tatseite auf die substanzlose Wiedergabe der „verba legalia“ beschränke⁵⁷⁹.

Beispiele: Zu 14 Os 78/04 war der Nichtigkeitswerber vom Erstgericht ua wegen §§ 212 Abs 1 StGB verurteilt worden, weil er in der Zeit von Dezember 2000 bis Ende Jänner 2003 in mehreren Fällen den Beischlaf mit seiner am 15.11.1989 geborenen Stieftochter vollzogen hatte. In seiner Beschwerde behauptete der Angeklagte Nichtigkeit, weil seine Ehe mit der Mutter des Tatopfers nach den Feststellungen des Erstgerichts im Jänner 2001 geschieden worden sei, übergang aber dabei die ausdrücklichen Feststellungen des Erstgerichts, wonach er bei sämtlichen Vorfällen wusste, dass das Opfer unter seiner Hausaufsicht steht und er als Exmann

⁵⁷³ Siehe dazu im Detail bereits oben S 126ff.

⁵⁷⁴ 14 Os 92/04; 15 Os 92/04; 14 Os 40/04; 14 Os 127/04; 12 Os 87/04 uva.

⁵⁷⁵ 15 Os 92/04.

⁵⁷⁶ 15 Os 75/04 uva; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 585, 600.

⁵⁷⁷ 11 Os 99/04; 11 Os 83/04; 15 Os 22/04; 12 Os 120/04 uva.

⁵⁷⁸ 15 Os 66/04; 15 Os 60/04; 15 Os 130/04; 14 Os 113/04; 13 Os 128/04; 13 Os 41/04; 11 Os 122/04; 11 Os 109/04; 11 Os 75/04 uva.

⁵⁷⁹ 14 Os 135/03; 12 Os 63/04; 15 Os 130/04; 11 Os 121/04; 11 Os 127/03; 11 Os 25/04; 11 Os 53/04; 11 Os 24/04; 11 Os 51/04 uva.

ihrer Mutter eine Autoritätsperson für das Mädchen ist, was er ebenfalls bewusst ausnutzte, dieses zur Unzucht zu missbrauchen.

Zu 15 Os 42/04 war der Nichtigkeitswerber vom Erstgericht deshalb wegen §162 Abs 1 und 2 StGB verurteilt worden, weil er ein Veräußerungs- und Belastungsverbot auf den ihm gehörenden Hälfteanteil an der Liegenschaft EZ ***** im Wert von 25.000 Euro eingeräumt und hiedurch die Befriedigung seiner Gläubiger zu vereiteln und einen € 3.000,- übersteigenden Schaden herbeizuführen versucht hatte. Im Urteil traf das Erstgericht die hinsichtlich des Schädigungsvorsatzes erforderlichen Feststellungen. Das der Verantwortung des Angeklagten folgende Beschwerdevorbringen, dieser habe das Veräußerungs- und Belastungsverbot nur zur Absicherung seiner Tochter (und ohne Schädigungsvorsatz) eingeräumt, übergang die genannten Feststellungen des Erstgerichts, sodass die darauf gestützte Rechtsrüge nicht prozessordnungskonform ausgeführt war.

Andere Beschwerden scheiterten deshalb, weil sie von einer Rechtsansicht ausgingen, die nicht der Rsp des OGH entsprach. Dies führt idR zu einer Zurückweisung der Beschwerde mit der Begründung, die Beschwerde entspreche nicht dem Erfordernis der methodengerechten Argumentation⁵⁸⁰.

Zurückgewiesen wurde eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Schuldspruch wegen §§ 12 dritter Fall, 302 Abs 1 StGB, weil der Angeklagte den Inhaber einer KFZ-Werkstätte dazu bestimmt hatte, ohne tatsächliche Überprüfung der Verkehrssicherheit Begutachtungsplaketten nach § 57a KFG auszustellen. Die dagegen erhobene Beschwerde brachte vor, das Recht des Staates auf Überprüfung der Verkehrssicherheit von Kraftfahrzeugen sei nicht konkreter Art, weshalb der Tatbestand des § 302 StGB nicht erfüllt sei. Der OGH wies die Beschwerde zurück, weil sie jede Begründung für diese Behauptung vermissen lasse und deshalb nicht prozessordnungskonform ausgeführt sei.⁵⁸¹ Ebenso mangels methodengerechter Argumentation als nicht prozessordnungskonform zurückgewiesen wurde eine Beschwerde, die unter Verweis auf eine Lehrmeinung die Beamteneigenschaft des Angeklagten als Inhaber einer KFZ-Werkstätte bei der Ausstellung von Begutachtungsplaketten nach § 57a KFG bestritt⁵⁸².

Ebenfalls nicht dem Erfordernis methodengerechter Argumentation entsprach das Vorbringen des Beschwerdeführers zu 12 Os 35/04. Dieser war wegen §§ 146, 147 Abs 3, 148 StGB verurteilt worden, weil er durch Täuschung, nämlich mittels Zeitungsinserten, in denen den Getäuschten vorgespiegelt wurde, über seine Vermittlung zu Nebeneinkünften zu kommen, zahlreiche Personen zur Überweisung hoher Bargeldbeträge verleitet hatte. Die gegen den Schuldspruch erhobene Beschwerdebehauptung, die Veranlassung von Zeitungsinserten mit irreführendem Inhalt stelle keine Täuschungshandlung iSd § 146 StGB dar, leitete der Beschwerdeführer nicht aus dem Gesetz ab, sodass seine Nichtigkeitsbeschwerde als nicht prozessordnungskonform ausgeführt zurückgewiesen wurde.

Nicht zurückgewiesen, sondern in öffentlicher Verhandlung verworfen wurde hingegen eine Beschwerde, die sich gegen einen Schuldspruch nach § 229 Abs 1 StGB richtete⁵⁸³. Der Angeklagte war dabei vom Erstgericht verurteilt worden, weil er eine fremde Bankomatkarte mit dem Vorsatz, ihre Verwendung im Rechtsverkehr zu verhindern, unterdrückt hatte. Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde berief sich auf ältere OGH-Erkenntnisse, die reinen Bankomatkarten Urkundenqualität abgesprochen hatten⁵⁸⁴. Von dieser Rsp war der

⁵⁸⁰ Siehe dazu oben S 121ff.

⁵⁸¹ 11 Os 18/04.

⁵⁸² 11 Os 2/03, siehe dazu bereits oben S 123ff.

⁵⁸³ 11 Os 1/04.

⁵⁸⁴ Dazu *Kienapfel/Schmoller*, BT III, § 223ff Rz 74 mit weiteren Judikaturnachweisen.

OGH jedoch wieder abgewichen und hatte Bankomatkarten als Urkunden qualifiziert⁵⁸⁵, sodass die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen wurde.

Wie allen materiellen Nichtigkeitsgründen im Geschworenenverfahren kommt auch jenem nach **§ 345 Abs 1 Z 11a kaum Bedeutung** zu. In der Praxis enthalten die den Geschworenen gestellten Fragen idR wörtlich alle Merkmale eines gesetzlichen Tatbestandes (§ 312 Abs 1) samt zur Individualisierung der Tat erforderlichen Merkmalen und werden nur mit Ja oder Nein (unter allfälligen Weglassungen) beantwortet (§ 330 Abs 2). Da aber allein der sich daraus ergebende Wahrspruch Bezugspunkt des Nichtigkeitsgrundes nach § 345 Abs 1 Z 11a sein kann, ist ein Rechtsirrtum kaum möglich. Im Jahr 2004 war der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 11a deshalb in keinem Fall verwirklicht.

(ii) Erfolgreiche Beschwerden

Unter Einbeziehung amtswegig wahrgenommener Nichtigkeiten waren im untersuchten Zeitraum insgesamt **30 Urteile nichtig nach § 281 Abs 1 Z 9a**.

Nur äußerst **selten** lag die Nichtigkeit dabei in der **unrichtigen Beurteilung der Rechtsfrage**, ob der vom Gericht festgestellte Sachverhalt eine gerichtlich strafbare Handlung in objektiver und subjektiver Hinsicht darstellt oder nicht⁵⁸⁶.

In diesem Sinne nichtig war ein Schuldspruch wegen mittelbar unrichtiger Beurkundung oder Beglaubigung nach § 228 Abs 1 StGB, weil der Angeklagte dadurch, dass er auf einem am Gemeindeamt abgegebenen, von ihm gefertigten Meldezettel seinem Namen den akademischen Grad „Dipl. Ing.“ hinzufügte, vorsätzlich bewirkt habe, dass unrichtige Tatsachen in einer Meldebestätigung angebracht worden seien. Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts kann dieses Verhalten nämlich den Tatbestand des § 228 Abs 1 StGB nicht erfüllen, weil mit einer Meldebestätigung nach § 19 Abs 1 MeldeG lediglich die Tatsache der erfolgten Anmeldung eines Meldepflichtigen bestätigt wird, nicht aber die Berechtigung zur Führung eines akademischen Grades. Der OGH hob deshalb – weil die Nichtigkeit nicht geltend gemacht worden war amtswegig gem § 290 Abs 1 – den Schuldspruch wegen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9a auf und sprach den Beschwerdeführer von der Anklage nach § 228 Abs 1 StGB frei⁵⁸⁷.

Zu 13 Os 67/04 verurteilte das Erstgericht den Angeklagten wegen § 28 Abs 2 zweiter und dritter Fall, Abs 3 erster und zweiter Fall und Abs 4 Z 3 SMG aF, weil dieser gewerbsmäßig und als Mitglied einer kriminellen Vereinigung Kokain in einer das 25fache der Grenzmenge übersteigenden Menge von Holland nach Österreich eingeführt hatte. Das eingeführte Kokain übergab der Angeklagte in Österreich einem anderen Mitglied der kriminellen Vereinigung, welches den Suchtgiftransport in Auftrag gegeben hatte. Das Gericht traf dazu sämtliche für einen Schuldspruch wegen Inverkehrsetzens des eingeführten Suchtgifts nötigen Feststellungen, vertrat aber rechtlich die Auffassung, dass das (objektiv) bewirkte Inverkehrsetzen des Suchtgifts an ein anderes Mitglied der kriminellen Vereinigung im Schuldspruch wegen des Suchtgiftransportes „aufgehe“, weil mit dem Schmuggel die Verfügungsgewalt über das Suchtgift der kriminellen Vereinigung als Gesamtheit habe verschafft werden sollen, eine eigenständige Strafbarkeit der Weitergabe daher ausscheide, und sich das eingeführte Suchtgift überdies im

⁵⁸⁵ 13 Os 43/03; 14 Os 175/03; EvBl 2004/41; seit dem StRÄG 2004 sind Bankomatkarten als unbare Zahlungsmittel von den §§ 241a ff erfasst.

⁵⁸⁶ Vgl 14 Os 63/04; 13 Os 67/04; 11 Os 140/03.

⁵⁸⁷ 14 Os 63/04.

Obergewahrsam der kriminellen Vereinigung befunden habe, sodass die Weitergabe nicht als Inverkehrsetzen anzusehen sei. Deshalb sprach das Erstgericht den Angeklagten vom Vorwurf des Inverkehrsetzens des geschmuggelten Suchtgifts frei. Nach ständiger Rsp stellt aber § 28 Abs 2 SMG aF nur hinsichtlich der Ein- und Ausfuhr ein alternatives, im Übrigen aber ein kumulatives Mischdelikt dar. Nur die unmittelbare, von Anfang an bestehende gemeinsame Verfügungsmacht über das Suchtgift schließt ein Inverkehrsetzen im Falle der Weitergabe aus, nicht aber die bloße Bestimmung des Suchtgifts für ein weiteres Mitglied der kriminellen Vereinigung. Da nach Ansicht des OGH das nach § 28 Abs 3 zweiter Fall SMG aF qualifizierte Inverkehrsetzen von Suchtgift weder in allen Tatbestandsvarianten des § 28 Abs 2 zweiter und dritter Fall SMG aF enthalten ist, noch sich die kriminalpolitischen Ziele, die ausschlaggebend für die Strafbarkeit dieser beiden Deliktsformen sind, decken, ist entgegen der Ansicht des Erstgerichts von keinem Scheinkonkurrenzverhältnis auszugehen. Der OGH sprach den Angeklagten deshalb aufgrund der erstgerichtlichen Feststellungen auch des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster und zweiter Fall, Abs 4 Z 3 SMG aF schuldig.

Viel **häufiger** folgt **Nichtigkeit** nach § 281 Abs 1 Z 9a aus **mangelhaften Feststellungen**.

Beispiele: Nichtig war ein Schuldspruch wegen Bestimmung zur Einfuhr einer großen Menge an Suchtgift, weil das Gericht keine Feststellungen zur Ursächlichkeit zwischen Bestimmungshandlung und Entschluss zur unmittelbaren Tat getroffen hatte⁵⁸⁸. Ebenso nichtig war ein Schuldspruch wegen Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses nach § 212 Abs 1 StGB, weil konkrete Feststellungen, aus denen sich ergeben hätte, dass der Angeklagte tatsächlich seine Autorität gegenüber dem Tatopfer ausgenutzt hat, fehlten und aus dem Bestehen eines Autoritätsverhältnisses allein noch nicht auf dessen Missbrauch geschlossen werden kann⁵⁸⁹.

Ebenso nichtig war ein Schuldspruch wegen versuchten Diebstahls, weil das Gericht zwar festgestellt hatte, dass der Täter eine Bankomatkarte – der nach stRsp keine Wertträgerereignis zukommt – erbeutet hatte, das Tatopfer aber den Diebstahl sofort bemerkt und die Karte habe sperren lassen, jedoch Feststellungen zur Verwendung der Bankomatkarte fehlten. Weil somit keine Feststellungen vorlagen, die eine Beurteilung des Verhaltens des Täters als ausführungsnah zuließen, waren die getroffenen Feststellungen mangelhaft und der Schuldspruch nichtig nach Z 9a⁵⁹⁰.

Besonders **häufig** führten **Feststellungsmängel zur subjektiven Tatseite** zur Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9a⁵⁹¹.

So hat etwa zu 14 Os 26/04 das Erstgericht bei einem Schuldspruch wegen § 146, 147 Abs 1 Z 1, 148, 15 StGB abgesehen von der wörtlichen Formulierung "So verfielen sie ... der Idee, Bestellungen bei diversen Versandhäusern unter falschem Namen zu tätigen ..." jegliche Feststellungen zur subjektiven Tatseite unterlassen. Ebenso fanden sich bei einem Schuldspruch wegen § 114 ASVG im angefochtenen Urteil keinerlei Feststellungen zur subjektiven Tatseite. Jegliche solche Feststellungen fehlten auch einem Schuldspruch wegen § 208 StGB⁵⁹².

Nichtig infolge Fehlens jeglicher Konstatierungen zum Schädigungsvorsatz war ein Schuldspruch wegen §§ 146, 147, 148 StGB zu 11 Os 80/04. Zu 12 Os 10/04 unterließ das Erstgericht bei einem Schuldspruch wegen § 28 Abs 2 SMG aF Feststellungen zum Vorsatz des Angeklagten, eine große Menge Suchtgift herzustellen.

⁵⁸⁸ 12 Os 69/04.

⁵⁸⁹ 11 Os 39/04.

⁵⁹⁰ 12 Os 41/04; vgl ferner auch 11 Os 145/03.

⁵⁹¹ Vgl ua 14 Os 26/04; 11 Os 145/03; 11 Os 69/04; 11 Os 80/04; 12 Os 10/04; 13 Os 30/04.

⁵⁹² 13 Os 30/04.

Zu 11 Os 69/04 hatte das Erstgericht den Nichtigkeitswerber des Verbrechen der Untreue nach §§ 153 Abs 1 und 2 letzter Fall StGB als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB schuldig erkannt und dabei zur subjektiven Tatseite festgestellt, der Beitragstäter habe es ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden, dass der unmittelbare Täter einen Befugnismissbrauch zum Nachteil seines Unternehmens beging. Da nach der Rsp der Beitragstäter bei § 153 StGB die Pflichtwidrigkeit der Vertretungshandlung des unmittelbaren Täters für gewiss halten muss, sind die dargestellten Konstatierungen zur subjektiven Tatseite auch in diesem Fall unzureichend.

(2)§ 281 Abs 1 Z 9b bzw § 345 Abs 1 Z 11b

(a)Allgemeines

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b liegt vor, wenn dem Gericht bei der Frage, ob nach den getroffenen Feststellungen ein **Rechtfertigungsgrund**, ein **Schuldausschließungsgrund**, ein **Strafausschließungsgrund**, ein **Strafaufhebungsgrund** oder ein **strafverfahrensrechtliches Verfolgungshindernis** vorliegt, ein Rechtsirrtum unterlaufen ist. Ähnlich wie bei der Nichtigkeit nach Z 9a kann der Fehler sowohl darin bestehen, dass zwar die zur Beurteilung dieser Frage **nötigen Feststellungen getroffen** wurden, daraus **aber falsche rechtliche Schlüsse** gezogen wurden⁵⁹³, oder darin, dass Feststellungen, die zur Beurteilung der Frage, ob die Strafbarkeit aufgehoben ist oder ein Verfolgungshindernis vorliegt, erforderlich wären, fehlen (**Feststellungsmängel**)⁵⁹⁴.

Als Schuldausschließungsgrund kommen ua entschuldigender Notstand (§ 10 StGB), Rechtsirrtum (§ 9 StGB), vor allem aber Zustände vorübergehender oder dauernder Zurechnungsunfähigkeit, etwa volle Berausung, in Betracht, als Strafaufhebungsgründe primär freiwilliger Rücktritt vom Versuch⁵⁹⁵, tätige Reue und Verjährung⁵⁹⁶.

Verfolgungshindernisse können ua Verbrauch des Anklagerechts, rechtskräftig entschiedene Sache⁵⁹⁷, Verletzungen des Grundsatzes der Spezialität der Auslieferung oder das Fehlen einer Ermächtigung bei Ermächtigungsdelikten bzw eines Antrages bei Antragsdelikten sein⁵⁹⁸.

Verfahrensverstöße, etwa eine überlange Verfahrensdauer oder die unzulässige Verwendung eines „agent provocateur“⁵⁹⁹, bewirken weder einen materiellen Straflosigkeitsgrund noch ein Verfolgungshindernis, sondern sind vielmehr mit dem Ausgang in der Schuldfrage nicht verknüpft⁶⁰⁰ und begründen idR bloß einen Milderungsgrund.

⁵⁹³ Vgl 11 Os 52/04.

⁵⁹⁴ Vgl 14 Os 9/04; 14 Os 24/04; 13 Os 174/03.

⁵⁹⁵ Vgl 13 Os 94/04; 14 Os 24/04.

⁵⁹⁶ Vgl 14 Os 129/03; 11 Os 52/04.

⁵⁹⁷ Vgl etwa 12 Os 114/04.

⁵⁹⁸ F/F, § 281 Rz 62; *Seiler*, Rz 979.

⁵⁹⁹ *Kirchbacher/Schroll*, RZ 2005, 173.

⁶⁰⁰ F/F, § 281 Rz 63; 12 Os 104/03.

Eine unzulässige Tatprovokation ist nach neuester Judikatur des OGH ausdrücklich im Urteil festzustellen und durch eine ausdrückliche und messbare Strafmilderung auszugleichen, dh die Strafreduktion ist in den Strafbemessungsgründen zu beziffern⁶⁰¹.

Vom vergleichbaren Nichtigkeitsgrund **im Geschworenenvorfahren** (§ 345 Abs 1 Z 11b) sind, anders als im Schöffenvorfahren, **ausdrücklich nur prozessuale Verfolgungshindernisse erfasst**, weil über deren Vorliegen gemäß § 311 Abs 1 der Schwurgerichtshof alleine (also ohne Fragestellung an die Geschworenen) zu entscheiden und gegebenenfalls das Verfahren einzustellen hat. Demgegenüber sind hinsichtlich des Vorliegens materieller Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründen Zusatzfragen an die Geschworenen zu stellen. Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe können im Geschworenenvorfahren deshalb nicht unmittelbar mit einem materiellen Nichtigkeitsgrund releviert, sondern nur indirekt im Wege der Bekämpfung der Fragestellung nach § 345 Abs 1 Z 6 angefochten werden⁶⁰².

Dies scheint sachlich nicht gerechtfertigt und hat die eigenartige Konsequenz, dass eine Verjährung der angeklagten Tat zwar im Schöffenvorfahren, nicht aber im Geschworenenvorfahren vom OGH gemäß § 290 von Amts wegen wahrgenommen werden kann.

(b) Statistik

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9b wurde im Jahr 2004 in **60** Fällen **geltend gemacht**, wobei immerhin **9** Nichtigkeitsbeschwerden (diesbezüglich) **erfolgreich** waren. Beschwerden nach Z 9b kommt somit mit **15,25 %** eine vergleichsweise hohe „Erfolgsquote“ zu. Von jenen Nichtigkeitsbeschwerden, denen Folge gegeben wurde, wurden 8 von den Angeklagten und eine⁶⁰³ von der Staatsanwaltschaft erhoben.

In weiteren 7 Fällen wurde der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9b zugunsten des Angeklagten gem § 290 Abs 1 von Amts wegen wahrgenommen.

Im Geschworenenvorfahren wurde der Nichtigkeitsgrund des § 345 Abs 1 Z 11b in nur 4 Fällen – durchwegs erfolglos – geltend gemacht.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht (Prozent)	Amtswegig wahr= genommen
§ 281 Abs 1 Z. 9b	481	60	12,3%	9 (15,3 %)	7
§ 345 Abs 1 Z 11b	70	4	0	0	0

⁶⁰¹ 13 Os 73/08x.

⁶⁰² F/F, § 345 Rz 21; *Seiler*, Rz 983; 12 Os 11/04; 15 Os 110/04; RS 0101411; RS 0100197; Ratz in WK-StPO, § 345 Rz 2.

⁶⁰³ 14 Os 159/03.

(c)Analyse

(i)Erfolgreiche Beschwerden

Hinsichtlich der erfolglosen Beschwerden gilt für den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9b ähnliches wie oben zu § 281 Abs 1 Z 9a dargestellt. Auch hier werden viele Nichtigkeitsbeschwerden mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen, weil sie nicht den oben dargestellten Anforderungen⁶⁰⁴ entsprechend ausgeführt sind.

Manche Beschwerden begnügten sich damit, bloß pauschal und ohne Anführung konkreter Verfahrensergebnisse das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, Schuldausschließungsgründen, Strafausschließungsgründen, Strafaufhebungsgründen oder verfahrensrechtlichen Verfolgungshindernissen zu behaupteten.

Dies war etwa der Fall bei einer Beschwerde, die pauschal die „unrichtige Beurteilung von materiellen Strafbarkeitshindernissen und prozessualen Verfolgungshindernissen“ behauptete⁶⁰⁵ sowie einer Beschwerde, die ebenso pauschal behauptete, das Urteil habe nicht festgestellt, ob die „vom Urteil festgestellten tatsächlichen Umstände einen materiellrechtlichen Schuldausschließungsgrund begründen“⁶⁰⁶.

Meist gingen auch die auf § 281 Abs 1 Z 9b gestützten Nichtigkeitsbeschwerden keineswegs strikt von den Urteilsannahmen aus, sondern stellten eigene, für den Beschwerdeführer günstigere Beweiserwägungen an⁶⁰⁷ oder übergingen im Ersturteil getroffene Feststellungen⁶⁰⁸ und versuchten somit in Wahrheit lediglich, die Beweiswürdigung des Erstgerichts anzugreifen.

So behauptete eine Nichtigkeitsbeschwerde bei einer Verurteilung wegen Erzeugung einer großen Menge Cannabiskrauts (§ 28 Abs 2 aF SMG) einen Feststellungsmangel hinsichtlich des Vorliegens einer entschuldigenden Notstandssituation, weil das Erstgericht Feststellungen dahingehend, ob der Beschwerdeführer unter den von ihm angegebenen Krankheiten leide, unterlassen habe. Tatsächlich hatte das Erstgericht diese Erkrankungen als gegeben angenommen, jedoch eine Behandlungsmöglichkeit mit legalen Medikamenten angenommen⁶⁰⁹.

Eine Beschwerde, die bei einem Schuldspruch wegen §§ 15, 201 Abs 2 StPO freiwilligen Rücktritt vom Versuch behauptete, scheiterte, weil sie überging, dass das Ersturteil festgestellt hatte, dass die Tatvollendung deshalb unterblieb, weil sich das Opfer wehrte und durch ein WC-Fenster flüchtete⁶¹⁰.

Zu 14 Os 31/04 behauptete der Beschwerdeführer, der wegen des Verbrechens nach § 201 Abs 2 StGB, begangen am 17.4.1990, verurteilt worden war, es sei Verfolgungsverjährung eingetreten, weil bis zur Festnahme des Angeklagten nur Vorerhebungen geführt worden seien, überging dabei jedoch die Urteilsfeststellung, dass

⁶⁰⁴ S 121ff.

⁶⁰⁵ 12 Os 15/04.

⁶⁰⁶ 11 Os 77/04.

⁶⁰⁷ 15 So 24/04; 14 Os 127/04; 13 Os 128/04; 12 Os 70/04; 11 Os 111/04; 11 Os 157/03.

⁶⁰⁸ 14 Os 111/04; 14 Os 128/04; 14 Os 31/04; 13 Os 84/04; 13 Os 59/04; 13 Os 22/04; 12 Os 94/04; 12 Os 45/04; 11 Os 31/04.

⁶⁰⁹ 14 Os 111/04; ähnlich 12 Os 119/03 und 11 Os 154/03.

⁶¹⁰ 12 Os 94/04; ähnlich 11 Os 13/04.

bereits am 12.11.1990 die Voruntersuchung eingeleitet und der Angeklagte zur Verhaftung ausgeschrieben wurde.

Zu 14 Os 135/03 war der Beschwerdeführer wegen Vergewaltigung sowie wegen Verleumdung verurteilt worden, weil er das Vergewaltigungsoffer seinerseits (wegen des Vergewaltigungsvorwurfes) wegen Verleumdung angezeigt hatte. Das auf § 281 Abs 1 Z 9b gestützte Vorbringen, diese Anzeige sei in Ausübung des Verteidigungsrechts erfolgt, übergang jedoch die ausdrückliche Feststellung im Ersturteil, wonach der Angeklagte über die Absicht, das Opfer als unglaubwürdig darzustellen, hinaus die Absicht hatte, das Opfer strafgerichtlicher Verfolgung auszusetzen.

Eine weitere Beschwerde wollte Nichtigkeit bei einem Schuldspruch wegen des (vollendeten!) Verbrechens nach § 207 Abs 1 StGB gar darin verwirklicht sehen, dass das Erstgericht Feststellungen zum Rücktritt vom Versuch unterlassen habe, weil der Angeklagte neben den vom Erstgericht festgestellten noch weitere Missbrauchshandlungen hätte setzen können, dies aber nicht getan habe⁶¹¹.

Zu 11 Os 83/04 behauptete der Nichtigkeitswerber das Fehlen von Feststellungen hinsichtlich seiner behaupteten Zurechnungsunfähigkeit aufgrund von Alkohol- und Tablettenkonsum zum Tatzeitpunkt, übergang dabei jedoch die erstgerichtliche Feststellung, wonach keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass seine Diskretions- oder Dispositionsfähigkeit aufgehoben war.

Ein weiterer Grund für das Scheitern auf § 281 Abs 1 Z 9b gestützter Nichtigkeitsbeschwerden lag darin, dass sie zwar Feststellungsmängel behaupteten, jedoch nicht darlegten, aufgrund welcher konkreter Verfahrensergebnisse die vermisste Feststellung hätte getroffen werden sollen und solcherart iSd Anforderungen des OGH nicht prozessordnungskonform ausgeführt waren⁶¹²:

So behauptete der Nichtigkeitswerber bei einem Schuldspruch wegen § 218 StGB, weil er ua „im Zeitraum von 1996 bis August 2002 in Salzburg und andernorts in einer Vielzahl von Fällen vor nicht mehr feststellbaren Unmündigen masturbiert“ hatte, das Fehlen von Feststellungen zur Verjährung aller vor 2000 begangenen Taten, ohne jedoch Beweisergebnisse dafür anzuführen, dass die verfahrensgegenständlichen Handlungen während eines so langen Zeitraums unterbrochen gewesen sein könnten, dass es trotz der Ablaufhemmung nach § 58 Abs 2 StGB zu einer Verjährung kommen könnte⁶¹³.

Zu 12 Os 35/04 bemängelte der Beschwerdeführer bei einem Schuldspruch wegen § 146, 147 Abs 3, 148 erster Fall StGB des Fehlen von Feststellungen zum Vorliegen eines nicht vorwerfbaren Verbotsirrtums. Die Beschwerde legte jedoch nicht dar, aufgrund welcher Verfahrensergebnisse eine solche Feststellung indiziert gewesen sei, zumal sich der Angeklagte in der HV lediglich dahingehend verantwortet hatte, niemanden getäuscht zu haben.

Weiters scheiterten Beschwerden am vom OGH aufgestellten Erfordernis methodengerechter Argumentation⁶¹⁴:

Zu 12 Os 104/03 und 11 Os 36/04 behaupteten die Nichtigkeitswerber unter Berufung auf Art 6 Abs 1 EMRK das Vorliegen eines Strafaufhebungsgrunds oder eines Verfolgungshindernisses wegen langer Verfahrensdauer. Dieser schreibt zwar eine Erledigung binnen angemessener Frist vor, eine Verletzung dieser

⁶¹¹ 13 Os 73/04.

⁶¹² 12 Os 108/03; 13 Os 171/03; 12 Os 35/04 uva.

⁶¹³ 13 Os 171/03.

⁶¹⁴ Dazu ausführlich oben S 121ff.

Bestimmung führt jedoch nach stRsp nicht zu einem Freispruch, sondern stellt nur einen zusätzlichen Milderungsgrund dar⁶¹⁵.

Zu 12 Os 18/04 waren die beiden Angeklagten der Vergehen der geschlechtlichen Nötigung nach § 202 Abs 1 StGB schuldig erkannt worden, weil sie als Mittäter nach § 12 erster Fall StGB außer den Fällen des § 201 StGB das Opfer mit Gewalt zur Duldung geschlechtlicher Handlungen nötigten, und zwar

1. in der Nähe eines Kebab-Standes, indem sie der Erstangeklagte an den Brüsten betastete und ihr zwischen die Beine fasste, während sie der Zweitangeklagte, um weitere Gegenwehr zu verhindern, festhielt,

2. im Pkw der Susanne S*****, indem sie sie trotz Gegenwehr mehrfach an den Brüsten betasteten.

Die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde behauptete – auch unter Hinweis auf die leugnende Verantwortung der Angeklagten –, dass die Taten aufgrund geringer Schuld nicht strafwürdig seien, verzichtete jedoch auf eine „methodengerechte“ Auseinandersetzung, wieso dies auf Basis der festgestellten Tatsachen (wonach die Täter ihre Opfer in zwei Angriffen jeweils gewaltsam sexuell bedrängten) der Fall sein sollte.

Ebenso nicht dem Erfordernis methodengerechter Argumentation entsprach eine Beschwerde, die Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b wegen Nichtbeachtung des § 262 behauptete, ohne darzulegen, wieso dies einen Verfolgungsausschlussgrund darstellen sollte.

Andere Beschwerden scheiterten, obwohl prozessordnungskonform ausgeführt, aus rechtlichen Gründen:

Eine Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, die sich gegen einen Freispruch vom Vorwurf des § 156 Abs 1 und 2 StGB wegen tätiger Reue richtete, vermisste Feststellungen dahingehend, ob das Bezirksgericht als Konkursgericht vor der Gutmachung des Schadens vom Verschulden des Angeklagten erfahren habe. Derartige Feststellungen waren jedoch deshalb nicht geboten, weil es sich nach der Rsp des OGH nicht um eine zur Strafverfolgung berufene Institution iSd § 151 Abs 3 StGB handelt, sodass Tatkenntnis durch das Konkursgericht der Annahme tätiger Reue nicht entgegensteht⁶¹⁶.

Im Geschworenenverfahren machten Nichtigkeitsbeschwerden mitunter Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 11b aufgrund behaupteten Vorliegens von (materiellen) Strafaufhebungsgründen geltend, obwohl diese nach der Rsp des OGH im Geschworenenverfahren nur im Rahmen der Fragestellung nach § 345 Abs 1 Z 6 releviert werden können⁶¹⁷.

So bekämpfte ein Nichtigkeitswerber einen Schuldspruch nach § 75 StGB wegen eines in Amsterdam begangenen Mordes mit der Behauptung, die Tat sei nach niederländischem Recht verjährt gewesen. Dieses auf § 345 Abs 1 Z 11b gestützte Beschwerdevorbringen war demnach nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Der OGH legte jedoch auch ausführlich dar, dass tatsächlich auch nach niederländischem Recht Verjährung nicht vorlag⁶¹⁸.

(ii) Erfolgreiche Beschwerden

Von 60 auf § 281 Abs 1 Z 9b gestützten Beschwerden waren immerhin 9 erfolgreich, woraus sich eine vergleichsweise **hohe Erfolgsquote** von 15,3 % ergibt.

⁶¹⁵ 13 Os 100/09v; 12 Os 60/04; 14 Os 141/01 uva.

⁶¹⁶ 15 Os 75/04; dazu *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB², § 156 Rz 26; *Leukauf/Steininger*, StGB³, § 156 Rz 28; aA *Liebscher*, WK-StGB² § 151 Rz 14.

⁶¹⁷ RS 0101411; RS 0100197; 15 Os 110/04.

⁶¹⁸ 15 Os 110/04.

Öfter als bei § 281 Abs 1 Z 9a lag die Nichtigkeit bei diesem Nichtigkeitsgrund in der **unrichtigen Beurteilung der Rechtsfrage** ohne Vorliegen von Feststellungsmängeln, also darin, dass zwar die zur Beurteilung der Frage, ob ein Schuldausschließungsgrund, ein Rechtfertigungsgrund, ein Strafausschließungsgrund, ein Strafaufhebungsgrund oder ein strafverfahrensrechtliches Verfolgungshindernis vorliegt, nötigen Feststellungen getroffen, daraus aber falsche rechtliche Schlüsse gezogen wurden.

In diesem Sinne nichtig war ein Schuldspruch wegen des Verbrechens nach § 207 Abs 1 StGB idF vor dem StRÄG 1998. Das Gericht hatte festgestellt, dass der Angeklagte seine Tathandlungen bis 1992 fortgesetzt habe. Weil die Verjährungsfrist nach damaliger Rechtslage fünf Jahre betrug, lief diese (spätestens) mit 31.12.1997 ab. Somit war die Tat bereits vor Inkrafttreten der Fristverlängerungsbestimmung des § 58 Abs 3 Z 2 StGB mit 1.10.1998 verjährt, sodass der erstinstanzliche Schuldspruch infolge Nichtigkeit nach Z 9b in einen Freispruch umgewandelt wurde⁶¹⁹.

Teilweise nichtig war auch ein Freispruch zu 14 Os 159/03⁶²⁰: Der Angeklagte war vom Vorwurf der Untreue (§ 153 Abs 1 und Abs 2 zweiter Fall StGB) dadurch, dass er als Masseverwalter von Anderkonten einen Betrag von € 86.741,05 behoben und für sich verwendet habe, deshalb infolge tätiger Reue freigesprochen worden, weil die Rechtsanwaltskammer den gesamten Schaden, bevor eine Behörde von seinem Verschulden erfahren habe, gutgemacht hatte. Aus den Feststellungen ergab sich aber, dass der Angeklagte einen Teilbetrag von € 748,- erst nach erfolgter Schadensgutmachung behoben hatte. Da tätige Reue voraussetzt, dass das strafbare Verhalten beendet ist, nicht aber erst zukünftig begangene Straftaten zum Gegenstand haben kann, war der Freispruch hinsichtlich des Betrages von € 748,- nichtig nach § 281 Abs 1 Z 9b. Hierbei handelte es sich um den einzigen Fall, in dem einer Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wegen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b Folge gegeben wurde.

Wegen Verletzung des Grundsatzes der Spezialität nichtig war ein Schuldspruch wegen mehrerer Verbrechen nach § 28 Abs 2 und Abs 4 Z 3 SMG aF⁶²¹: Die Auslieferungsbewilligung für die Auslieferung aus den Niederlanden nach Österreich hatte sich nur auf Taten zwischen 4.5.1999 und 20.12.2000 erstreckt. Dennoch hatte das Erstgericht den Täter auch in den Jahren 1997 und 1998 begangener Taten schuldig erkannt, sodass das Urteil insoweit nichtig war⁶²².

Auch das Vorliegen von **Feststellungsmängeln** führte mitunter zur Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b.

In diesem Sinne nichtig war ein Schuldspruch wegen Vergewaltigung⁶²³: Das für glaubwürdig erachtete Tatopfer hatte angegeben, der Täter sei „total betrunken“ gewesen, habe zuvor auch zwei Tabletten genommen, sei manchmal eingeschlafen und gleich wieder munter geworden und habe Selbstgespräche geführt. Angesichts dieser Aussage waren Feststellungen zur Frage der Zurechnungsfähigkeit indiziert. Weil diese dem Urteil fehlten, lag Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b vor, das Urteil wurde aufgehoben und an das Erstgericht zurückverwiesen.

⁶¹⁹ 11 Os 52/04.

⁶²⁰ JSt 2004/55; ÖJZ 2004/124; JBl 2004, 666; ÖJZ-LSK 2004/142

⁶²¹ 14 Os 9/04.

⁶²² Die Niederlande haben, anders als Österreich, keine Erklärung gem Art 11 EU-AuslÜbk, wonach die Bestimmungen über die Spezialität im Verhältnis zu Mitgliedsstaaten, die die gleiche Erklärung abgegeben haben, nicht anzuwenden sind, abgegeben. Im vorliegenden Beispiel gelangten daher die Bestimmungen des Art 10 EU-AuslÜbk zur Anwendung, sodass der Grundsatz der Spezialität anzuwenden war.

⁶²³ 13 Os 174/03.

Feststellungsmängel führten auch zu 14 Os 24/04 zur Nichtigkeit des angefochtenen Urteils: Bei einem Schuldspruch wegen §§ 15, 105 StGB (abweichend von der auf §§ 127, 131 StGB lautenden Anklage) hatte das Erstgericht im Wesentlichen festgestellt, dass die bei einem Ladendiebstahl auf frischer Tat betretene Angeklagte die einschreitenden Ladendetektive durch Versetzen von Schlägen an ihrer weiteren Anhaltung zu hindern versuchte, als diese die Polizei rufen wollten. „Unter dem Eindruck der Verständigung der Polizei“ habe sie sich dann aber beruhigt und das Eintreffen der Polizei abgewartet. Da diesen Ausführungen nicht zu entnehmen ist, ob die Angeklagte freiwillig von der weiteren Ausführung abgesehen hat, war mangels hinreichender Feststellungen zur Frage eines Rücktritts vom Versuch das Urteil nichtig nach § 281 Abs 1 Z 9b StPO.

Ebenfalls aufgrund von Feststellungsmängeln zur Frage des Vorliegens eines (aufgrund der Verfahrensergebnisse indizierten) strafbefreienden Rücktritts vom Versuch war ein Schuldspruch wegen §§ 127, 129 StGB nichtig⁶²⁴.

Feststellungsmängel zur Frage der Verjährung hafteten dem angefochtenen Urteil zu 14 Os 129/03 an. Da die angeklagte Tat bei Nichtvorliegen von verjährungshemmenden Tatsachen bereits verjährt war, das Ersturteil diesbezüglich keine Feststellungen enthielt und derartige Feststellungen lt. OGH nach dem Akteninhalt auch in einem nachfolgenden Rechtsgang nicht getroffen werden konnten, hob der OGH das Urteil wegen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b auf und sprach den Angeklagten frei.

In einem Fall führte die Verletzung des Grundsatzes *res iudicata* zur Aufhebung des Ersturteils und zu einem Freispruch durch den OGH hinsichtlich des betroffenen Urteilsfaktums⁶²⁵.

Der mit Abstand **häufigste Fall** der Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b lag in der **Nichtberücksichtigung** des temporären Verfolgungshindernisses nach **§ 35 Abs 1 SMG**⁶²⁶. Da dieser Mangel auch von den Nichtigkeitswerbern selten aufgegriffen wurde, führte dies häufig zu einer amtswegigen Wahrnehmung des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 9b durch den OGH.

Übersehen wurde von Erstgerichten meist, dass eine Zusammenrechnung zu verschiedenen Zeiten erworbener und besessener Suchtgiftmengen nicht stattfindet und dass weder einschlägige Vorstrafen noch der Umstand, dass dem Täter auch allgemein strafbare Handlungen zur Last liegen, die Anwendung des § 35 Abs 1 SMG ausschließen⁶²⁷. Die Nichtanwendung des § 35 Abs 2 SMG war im Jahr 2004 nach der Rsp im Rechtsmittelverfahren hingegen nicht überprüfbar⁶²⁸. Seit jedoch mit BGBl I 2007/110 das Wort „kann“ in § 35 Abs 2 SMG durch das Wort „hat“ ersetzt wurde und § 35 Abs 2 SMG daher bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zwingend anzuwenden ist, kann auch eine Verletzung dieser Bestimmung Nichtigkeit begründen.

Wegen eines anderen Verfolgungshindernisses, nämlich bereits rechtskräftig entschiedener Sache, war ein weiteres Urteil nichtig nach § 281 Abs 1 Z 9b.

Das Erstgericht hatte den Angeklagten ua wegen § 229 Abs 1 StGB schuldig erkannt, obwohl er diesbezüglich bereits rechtskräftig verurteilt worden war. Weil dies in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht geltend

⁶²⁴ 13 Os 93/04.

⁶²⁵ 12 Os 114/04.

⁶²⁶ Vgl 11 Os 20/04; 11 Os 99/04; 12 Os 116/04; 13 Os 15/04; 14 Os 86/04; 15 Os 21/04; 15 Os 85/04.

⁶²⁷ Vgl 15 Os 21/04; 15 Os 85/04; 12 Os 116/04.

⁶²⁸ *Kirchbacher/Schroll*, RZ 2005, 171; *EvBl* 2003/85, 391; 14 Os 93/02; F/F, § 281 Rz 62.

gemacht worden war, musste der OGH auch diese Nichtigkeit von Amts wegen wahrnehmen. Dem Nichtigkeitswerber nützte das freilich wenig, weil der OGH ihn zwar wegen res iudicata vom Vorwurf nach § 229 Abs 1 StGB freisprach, wegen der übrigen Fakten jedoch die gleiche Strafe wie das Erstgericht verhängte⁶²⁹.

(3)§ 281 Abs 1 Z 9c

Der **in der Praxis bedeutungslose** Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9c ist gegeben, wenn das Gericht bei der Beurteilung der Frage, ob die nach dem Gesetz erforderliche Anklage vorliege, ein Gesetz verletzt oder unrichtig angewendet hat, wenn also die Anklage rechtsirrig als vom berechtigten Ankläger erhoben bzw nicht erhoben angesehen wird. Gemeint ist der Fall, dass die Anklage statt des öffentlichen Anklägers vom Privatankläger erhoben wurde oder umgekehrt⁶³⁰, was freilich im Schöffengericht praktisch kaum möglich ist.

Der Nichtigkeitsgrund wurde nur **in 3 Fällen nominell geltend gemacht**, inhaltlich in Wahrheit aber Nichtigkeit nach Z 9a, 9b oder 10 geltend gemacht⁶³¹. Tatsächlich verwirklicht war der Nichtigkeitsgrund in keinem Fall.

So behauptete eine Beschwerde bei einem Schuldspruch Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit c, weil das Erstgericht höhere Privatentnahmen als die Anklage angenommen habe, womit in Wahrheit gar keine Nichtigkeit iSd genannten Bestimmung (oder eines anderen Nichtigkeitsgrundes) behauptet wird⁶³².

Im Geschworenengericht existiert kein vergleichbarer Nichtigkeitsgrund, gegebenenfalls müsste wohl § 345 Abs 1 Z 11b herangezogen werden⁶³³.

e)§ 281 Abs 1 Z 10 bzw § 345 Abs 1 Z 12

(1) Allgemeines

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 ist zunächst gegeben, wenn die **Rechtsfrage, welche strafbare Handlung** aufgrund der getroffenen Feststellungen **verwirklicht ist, unrichtig gelöst** wurde. Vom Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9a unterscheidet er sich dadurch, dass dieser die unrichtige Lösung der Frage, ob überhaupt eine gerichtlich strafbare Handlung vorliegt, betrifft, Z 10 hingegen, welchen von mehreren in Betracht kommenden Tatbeständen der festgestellte Sachverhalt erfüllt⁶³⁴. Daraus folgt, dass ein Freispruch niemals aus Z 10 bekämpft werden kann und umgekehrt (außer in Kombination mit Z 9b oder 9c) aus Z 10 niemals ein Freispruch angestrebt werden kann⁶³⁵.

⁶²⁹ 12 Os 114/04.

⁶³⁰ 14 Os 143/04.

⁶³¹ Vgl 13 Os 111/04; 13 Os 30/04; 14 Os 100/03.

⁶³² 14 Os 143/03.

⁶³³ Seiler, Rz 985.

⁶³⁴ F/F, § 281 Rz 66; Seiler, Rz 986; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 644.

⁶³⁵ F/F, § 281 Rz 66.

Wie bei den bereits dargestellten materiellen Nichtigkeitsgründen ist auch bei § 281 Abs 1 Z 10 **Bezugspunkt** die **Gesamtheit der Feststellungen** in den Entscheidungsgründen, zu deren Verdeutlichung das Erkenntnis herangezogen werden kann, einerseits und der Ausspruch darüber, welche strafbare Handlung durch die als erwiesen angenommenen Tatsachen begründet wird (§ 260 Abs 1 Z 2), andererseits⁶³⁶. Aus Z 10 unerheblich ist dagegen, ob die mit dem Gesetz zu vergleichenden Feststellungen einwandfrei zustande gekommen sind oder erheblichen Bedenken begegnen⁶³⁷.

Ebenfalls gegeben ist der Nichtigkeitsgrund nach Z 10, wenn es dem Urteil an hinreichenden Feststellungen zur Beurteilung der Frage, unter welchen Tatbestand die Handlung zu subsumieren ist, mangelt (**Feststellungsmängel**).

Der Nichtigkeitsgrund liegt **auch** dann vor, wenn statt des rechtsirrig angenommenen Delikts ein anderes **mit gleichen Unrechtsfolgen** vorliegt, wenn also der Subsumtionsfehler die Strafe nicht beeinflusst⁶³⁸. Insofern besteht daher ein **Anspruch auf Urteilswahrheit**.

Ist allerdings das richtigerweise anzunehmende Delikt mit einer strengeren Strafe oder – bei gleicher Strafdrohung – mit strengeren sonstigen Unrechtsfolgen bedroht, so weist der OGH eine zum Vorteil des Angeklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mangels Beschwer als unzulässig zurück⁶³⁹. Wenn hingegen die unrichtige Subsumtion nicht geltend gemacht wurde, nimmt sie der OGH nur amtswegig wahr, wenn das richtigerweise anzunehmende Delikt mit einer geringeren Strafe bedroht ist, nicht aber bei gleicher Strafdrohung, da sich der Fehler dann nicht „zum Nachteile des Angeklagten“ ausgewirkt haben kann (§ 290 Abs 1)⁶⁴⁰.

Ebenfalls unter Z 10 fällt die **rechtsirrig Annahme oder Nichtannahme einer Privilegierung oder** einer zusätzlichen **Qualifikation**, auch wenn dadurch keine Änderung des Strafsatzes herbeigeführt wird⁶⁴¹.

Nicht nach § 281 Abs 1 Z 10 relevant ist nach der Judikatur hingegen die angenommene **Beteiligungsform**, sofern die Feststellungen die Annahme irgendeiner Form der Täterschaft decken⁶⁴².

Dem Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 entspricht **im Geschworenverfahren** jener nach **§ 345 Abs 1 Z 12**. Ein Rechtsirrtum kann sich dabei nur aus einem Vergleich des Wahrspruchs mit der darauf angewendeten Strafbestimmung ergeben⁶⁴³. Der OGH ist an die Feststellungen im Wahrspruch gebunden, kann aber aufgrund dieser die Rechtsfrage anders lösen.

⁶³⁶ 15 Os 7/04; 13 Os 14/04.

⁶³⁷ 15 Os 7/04 uva.

⁶³⁸ F/F, § 281 Rz 67; *Seiler*, Rz 988; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 654ff.

⁶³⁹ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 654ff.

⁶⁴⁰ Siehe dazu schon oben S 126ff.

⁶⁴¹ F/F, Rz 68 zu § 281; vgl auch 13 Os 100/04, dazu näher oben S 10f.

⁶⁴² *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 646; F/F, § 281 Rz 69; *Bertel/Venier*, Rz 922; krit *Seiler*, Rz 989.

⁶⁴³ 15 Os 28/04; 15 Os 156/03; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 613; F/F, § 345 Rz 22.

(2) Statistik

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 wurde im Jahr 2004 **134-mal geltend gemacht**. Tatsächlich verwirklicht war er in 16 Fällen, sodass ihm mit rund **12 %** eine vergleichsweise **hohe Erfolgsquote** zukommt. Die Statistik zeigt weiters, dass alle Nichtigkeitsbeschwerden, denen aus Z 10 Folge gegeben wurde, zugunsten des Angeklagten erhoben wurden, und zwar 15 von diesen selbst sowie eine von der Staatsanwaltschaft zum Vorteil des Angeklagten.

Ferner wurde der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 in 27 Fällen – und damit so häufig wie kein anderer – von Amts wegen wahrgenommen. Da er somit insgesamt 43-mal verwirklicht war, handelt es sich um den **praktisch bedeutsamsten materiellen Nichtigkeitsgrund**.

Dem Nichtigkeitsgrund nach **§ 345 Abs 1 Z 12** kommt **in der Praxis kaum Bedeutung** zu. Üblicherweise enthalten die an die Geschworenen gestellten Fragen und damit idR auch der Wahrspruch alle gesetzlich vorgesehenen Tatbestandsmerkmale (§ 312 Abs 1). Da somit der Wahrspruch idR konkret auf eine bestimmte strafbare Handlung „zugeschnitten“ ist und Bezugspunkt dieses Nichtigkeitsgrundes alleine dieser Wahrspruch ist, kommt die rechtsirrigte Beurteilung, welche gerichtlich strafbare Handlung dadurch verwirklicht wird, in der Praxis kaum vor. Im Jahr 2004 war der Nichtigkeitsgrund **nach § 345 Abs 1 Z 12 in keinem Fall** verwirklicht.

Der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 12 wurde in 14 Fällen geltend gemacht, jedoch war keiner dieser Nichtigkeitsbeschwerden Erfolg beschieden.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht (Prozent)	Amtswegig wahr= genommen
§ 281 Abs 1 Z. 10	481	134	27,8%	16 (12,0 %)	27
§ 345 Abs 1 Z 12	70	4	5,7 %	0	0

(3) Analyse

(a) Erfolglose Beschwerden

Auch bei der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 10 ist strikt auf die Gesamtheit der Urteilsfeststellungen Bedacht zu nehmen und auf Grundlage des Urteilssachverhalts ein Vergleich mit dem darauf anzuwendenden Gesetz vorzunehmen⁶⁴⁴. Ausgehend davon ist anzugeben, welches andere Strafgesetz auf den Sachverhalt hätte angewendet werden sollen⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ 13 Os 38/04; 13 Os 69/04; 14 Os 69/04.

⁶⁴⁵ 12 Os 5/04; 12 Os 42/04; 14 Os 128/04 uva.

Dem entsprach beispielsweise eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht, die bei einem Schuldspruch wegen §§ 146, 147 Abs 3, 148 zweiter Fall StGB behauptete, ein Teil des Vermögensschadens sei nach den Feststellungen des Ersturteils nicht durch Handlungen des Angeklagten bewirkt worden, ohne das ihrer Meinung nach richtigerweise anzuwendende Strafgesetz anzugeben⁶⁴⁶.

Hingegen gab die zu 14 Os 137/04 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zwar das nach Ansicht des Beschwerdeführers anzuwendende Strafgesetz an, indem sie behauptete, dieser sei statt wegen § 142 Abs 1 StGB nur wegen §§ 127, 131 StGB zu verurteilen, legte jedoch nicht weiter dar, wieso aufgrund des festgestellten Sachverhalts – wonach das Opfer seine Bauchtasche in der Hand gehalten, diese sodann, als der Angeklagte an der Tasche gezogen habe, um sein Handgelenk gewickelt habe, und es anschließend zwischen beiden zu einem Hin- und Hergezerre um die Tasche gekommen sei, wobei der Gurt riss und der Angeklagte mit der Tasche geflüchtet sei – lediglich das Verbrechen des räuberischen Diebstahls verwirklicht sein sollte.

Der ganz überwiegende Teil der Subsumtionsrügen scheiterte schlicht deshalb, weil in Wahrheit neuerlich lediglich die Beweiswürdigung des Erstgerichts – teilweise sogar unter ausdrücklichem Verweis auf die eigenen Angaben in der Tatsachenrüge⁶⁴⁷ – zu bekämpfen versucht wurde, indem die Beschwerden Feststellungen übergingen oder selbst von einem für den Beschwerdeführer günstigeren als dem festgestellten Sachverhalt ausgingen⁶⁴⁸.

So bekämpfte eine Beschwerde bei einem Schuldspruch wegen § 87 Abs 1 und 2 StGB die Annahme von schweren Dauerfolgen, überging dabei jedoch die Feststellung, wonach das Opfer eine Lähmung des Unterschenkelperoneusnerves, sohin eine anhaltende, schwere Beeinträchtigung des Gehvermögens erlitten habe⁶⁴⁹. Eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Schuldspruch wegen § 28 Abs 2 SMG aF beschränkte sich darauf, die nach den erstgerichtlichen Urteilsfeststellungen in Verkehr gesetzten Suchtgiftmengen zu bestreiten⁶⁵⁰.

Eine weitere Nichtigkeitsbeschwerde brachte bei einem Schuldspruch wegen §§ 142 Abs 1 StGB vor, dass hinsichtlich des vom Erstgericht festgestellten Sachverhalts auch „eine Subsumtion unter § 133 StGB denkbar“ sei, überging dabei jedoch stillschweigend die erstgerichtliche Feststellung, wonach im Tatzeitpunkt noch (Mit-)Gewahrsam des Opfers bestand⁶⁵¹.

Häufig behaupteten auf Z 10 gestützte Nichtigkeitsbeschwerden bloß pauschal das Fehlen von Feststellungen, insbesondere zur subjektiven Tatseite, in Bezug auf vom Erstgericht angenommene Qualifikationen, ohne dabei anzuführen, welche Feststellungen noch zu treffen gewesen wären⁶⁵².

Welche Feststellungen vom Erstgericht konkret getroffen wurden, lässt sich alleine den OGH Erkenntnissen in derartigen Fällen meist nicht entnehmen, da der OGH solche Beschwerden unter Hinweis auf

⁶⁴⁶ 12 Os 42/04.

⁶⁴⁷ 12 Os 28/04.

⁶⁴⁸ 11 Os 157/03; 11 Os 16/04; 11 Os 75/04; 11 Os 62/04; 11 Os 90/04; 12 Os 112/04; 12 Os 94/04; 12 Os 60/04; 12 Os 19/04; 12 Os 6/04; 12 Os 3/04; 13 Os 127/04; 13 Os 116/04; 13 Os 128/04; 13 Os 87/04 ; 13 Os 117/04; 13 Os 71/04; 13 Os 54/04; 13 Os 61/04; 13 Os 38/04; 13 Os 41/04; 13 Os 21/04; 13 Os 6/04; 14 Os 107/04; 14 Os 101/04; 14 Os 105/04; 14 Os 75/04; 14 Os 69/04; 14 Os 100/03; 14 Os 173/03; 15 Os 132/04; 15 Os 84/04; 15 Os 62/04; 15 Os 22/04 uva.

⁶⁴⁹ 11 Os 84/04.

⁶⁵⁰ 12 Os 106/04.

⁶⁵¹ 12 Os 122/04.

⁶⁵² 11 Os 19/04; 11 Os 121/04; 13 Os 153/03; 14 Os 81/04; 15 Os 14/04; 15 Os 170/03 uva.

die die entsprechenden Feststellungen enthaltenden Seiten des Urteils als nicht prozessordnungskonform ausgeführt mit dem Hinweis zurückweist, die Beschwerde lege nicht dar, welche Feststellungen das Erstgericht unterlassen habe. Es ist jedoch jedenfalls davon auszugehen, dass die Urteile tatsächlich keine Feststellungsmängel aufwiesen, da sie der OGH ansonsten gemäß § 290 Abs 1 amtswegig wahrzunehmen hätte.

Mehrere Beschwerden behaupteten Feststellungsmängel im Hinblick auf privilegierende Umstände, ohne dabei Tatsachen oder Beweisergebnisse anzuführen, aufgrund derer solche Feststellungen indiziert gewesen wären⁶⁵³.

Die zu 11 Os 100/04 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde behauptete – abzielend auf die privilegierende Bestimmung des § 141 StGB – einen Feststellungsmangel, weil das Erstgericht bei einem Schuldspruch wegen §§ 127, 129 Z 1 StGB Feststellungen dahingehend unterlassen habe, „ob er die Diebstähle aus Not begangen“ habe, obwohl die Anwendung des § 141 StGB nach dessen eindeutigem Wortlaut bei nach § 129 StGB qualifizierten Diebstählen nicht in Betracht kommt.

Schließlich entsprachen mehrere Beschwerden nicht dem vom OGH aufgestellten Erfordernis der methodisch vertretenen Ableitung aus dem Gesetz⁶⁵⁴.

Diesem Erfordernis entsprach beispielsweise eine Beschwerde nicht, die bei einem Schuldspruch wegen § 302 StGB (der Angeklagte hatte als Marktamtsbeamter der MA 59 anlässlich von Marktamtskontrollen von einem Bäcker insgesamt € 4.000,- gefordert und im Falle einer Zahlungsverweigerung mit dem Zusperrern des Betriebes gedroht) unsubstantiiert und ohne Ableitung aus dem Gesetz eine Verurteilung wegen § 304 StGB anstrebte⁶⁵⁵. Ebenfalls nicht methodengerecht aus dem Gesetz abgeleitet war das Vorbringen der Nichtigkeitsbeschwerde zu 13 Os 170/03, die bei einem Schuldspruch wegen §§ 127, 129 Z 2 StGB behauptete, eine Handkassa, die der Täter ohne weiteres vom Tatort verbringen könne, sei kein Behältnis iSd § 129 Z 2 StGB.

Eine weitere Nichtigkeitsbeschwerde behauptete bei einem Schuldspruch wegen gewerbsmäßiger Einfuhr von Suchtgift in mehreren Schmuggelfahrten fehlende Feststellungen dahingehend, welche Transporte der Verminderung des Schuldenstandes des angeklagten Schmugglers bei seinem Auftraggeber gedient hätten und ab welchem Zeitpunkt der Angeklagte Gewinne gemacht hätte, ohne dabei auszuführen, wieso nicht auch die Verminderung des Schuldenstandes eine ständige Einnahmequelle sein sollte⁶⁵⁶.

Die angeführten Nichtigkeitsbeschwerden wurden mangels methodengerechter Argumentation bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen. Zwar lässt sich das Erfordernis methodengerechter Argumentation dem Gesetz nicht entnehmen⁶⁵⁷, am Ergebnis ändert sich dadurch jedoch wenig – wäre die Nichtigkeitsbeschwerde nämlich im Ergebnis berechtigt, müsste der OGH die Nichtigkeit – sofern der Angeklagte dadurch benachteiligt wird – auch ohne prozessordnungskonforme Geltendmachung ohnehin von Amts wegen aufgreifen⁶⁵⁸.

Mangels prozessordnungskonformer Ausführung wies der OGH somit einen ganz überwiegenden Teil der Subsumtionsrügen zurück. Demgegenüber wurde nur wenige Beschwerden verworfen.

⁶⁵³ 11 Os 45/04; 13 Os 87/04.

⁶⁵⁴ Siehe dazu ausführlich bereits oben S 121ff.

⁶⁵⁵ 13 Os 36/04.

⁶⁵⁶ 15 Os 62/04.

⁶⁵⁷ Siehe dazu oben S 121ff.

⁶⁵⁸ § 290 Abs 1; 13 Os 151/03.

Verworfen wurde eine Nichtigkeitsbeschwerde⁶⁵⁹, die unter ausdrücklichem Hinweis auf eine Literaturmeinung⁶⁶⁰ bei einem Schuldspruch wegen § 28 Abs 3 erster Fall SMG aF durch wiederholtes Inverkehrsetzen für sich genommen die Grenzmenge nicht übersteigender Suchtgiftquanten ausführte, dass unter die Gewerbsmäßigequalifikation nur fallen könne, wer sich durch den wiederholten Verkauf für sich genommen die Grenzmenge übersteigender Suchtgiftmengen eine fortlaufende Einnahmequelle verschafft. Diese Beschwerde verwarf der OGH unter Hinweis auf seine ständige – wenn auch zu Recht umstrittene⁶⁶¹ – Rsp, wonach die Gewerbsmäßigequalifikation nach § 28 Abs 3 SMG aF auch verwirklicht ist, wenn der Täter für sich genommen nicht die Grenzmenge übersteigende Suchtgiftquanten in Verkehr setzt, dabei jedoch von Anfang an in der Absicht handelt, durch das Fortlaufende Inverkehrsetzen von Suchtgift und den daran geknüpften Additionsvorsatz insgesamt wiederkehrend die Grenzmenge übersteigende Suchtgiftmengen in Verkehr zu setzen⁶⁶².

Ebenfalls verworfen wurde die Subsumtionsrüge zu 13 Os 114/04: Der Angeklagte war wegen § 142 Abs 1 StGB verurteilt worden, weil er das Opfer mit Bereicherungsvorsatz durch Drohung mit einer Verletzung am Körper, nämlich die Ankündigung, ihn zusammenzuschlagen, zur Herausgabe von € 90,-- Bargeld genötigt hatte. Die Beschwerde strebte eine Unterstellung dieses Sachverhalts unter § 142 Abs 2 StGB an, scheiterte jedoch deshalb, weil nach stRsp⁶⁶³ die Geringfügigkeit nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist und nach den Feststellungen das Opfer mit dem geraubten Betrag ein Monat lang das Auslangen hätte finden müssen.

Zu 14 Os 2/04 begehrte der Beschwerdeführer eine Verurteilung wegen § 202 Abs 1 StGB anstelle des Schuldspruchs wegen § 201 Abs 1 StGB und brachte dazu vor, der Angeklagte habe dem Opfer nicht mit gegenwärtiger Gewalt für Leib und Leben gedroht, weil er nach den Urteilsfeststellungen lediglich „immer wieder in Aussicht gestellt“ habe, das Opfer zu töten. Der OGH erachtete jedoch folgende Feststellungen „in ihrer Gesamtheit“ für die Beurteilung der Drohung als gegenwärtig für ausreichend und verwarf daher die Beschwerde: "Kurz nachdem sie das von ihnen genommene Zimmer betraten, begann der Angeklagte plötzlich auf die Zeugin einzuschlagen, warf sie zu Boden und setzte sich auf sie, wobei er sie heftig würgte und ihr immer wieder ins Gesicht schlug. Weiters stellte er ihr immer wieder in Aussicht, dass er sie umbringe"

(b)Erfolgreiche Beschwerden

Wie bereits ausgeführt handelt es sich bei § 281 Abs 1 Z 10 um den insgesamt **am häufigsten verwirklichten Nichtigkeitsgrund**.

Die Nichtigkeit lag dabei in einigen Fällen darin, dass das Erstgericht den **Sachverhalt vollständig feststellte, aber unrichtig subsumierte**.

Unrichtig subsumiert hatte das Erstgericht den (vollständig) festgestellten Sachverhalt zu 14 Os 138/04: In dem am 28.6.2004 ergangenen Urteil war der Angeklagte wegen einer am 19.7.2003 begangenen Tat des Verbrechens der Schändung nach § 205 Abs 1 StGB (idF vor dem StRÄG 2004, BGBl I 2004/15) schuldig gesprochen worden. Dabei übersah das Erstgericht, dass der festgestellte Sachverhalt rechtlich auch als Verbrechen des sexuellen Missbrauchs einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person nach § 205 Abs 1 StGB (idF des StRÄG 2004) hätte subsumiert werden können. Da die neue Bestimmung bei gleicher

⁶⁵⁹ 12 Os 88/04.

⁶⁶⁰ *Schwaighofer/Maurer*, AnwBl 2003, 597ff.

⁶⁶¹ Vgl ua. *Schwaighofer* in WK-StGB, § 28 SMG Rz 11ff, § 28a SMG Rz 10ff; *L/M/Z*, SMG², § 28b Rz 16; *Schwaighofer/Maurer*, AnwBl 2003, 597ff.

⁶⁶² JBl 2001, 802; SSSt 2003,/21; EvBl 2003/133; *Kirchbacher/Schroll*, RZ 2005, 11ff, 160ff; *Ratz*, JBl 2005, 295ff; 14 Os 106/03; 11 Os 145/02 uva; zur Beibehaltung dieser Rsp auch nach der neuen Rechtslage: *Schroll*, RZ 2008, 90ff; JBl 2009, 331 mit abl Anm *Hinterhofer*; 12 Os 73/08i; EvBl 2008/160, 820.

⁶⁶³ JUS 1994/6/1574; ebenso *Lewis*, BT I 218; *Eder-Rieder* in WK-StGB, § 142 Rz 59.

Höchststrafandrohung keine Untergrenze aufweist, wäre sie in ihrer Gesamtauswirkung für den Angeklagten günstiger und daher gemäß § 61 StGB anzuwenden gewesen. Der OGH nahm die vorliegende, vom Angeklagten nicht geltend gemachte Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 von Amts wegen wahr.

Trotz vollständiger Feststellungen nichtig nach § 281 Abs 1 Z 10 war auch ein Schuldspruch wegen § 212 Abs 1 StGB zu 11 Os 64/04: Das Gericht hatte den Angeklagten aufgrund derselben Tat sowohl des Vergehens des Missbrauchs eines Autoritätsverhältnisses (§ 212 Abs 1 StGB) als auch der Blutschande (§ 211 Abs 2 StGB) schuldig erkannt. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung tritt jedoch das Vergehen nach § 212 Abs 1 StGB zufolge Konsumtion hinter jenes nach § 211 Abs 2 StGB zurück⁶⁶⁴. Hier lag Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 vor, weil das Vorliegen einer ideell konkurrierenden Handlung rechtsirrig bejaht wurde. Die irrtümliche Annahme einer Realkonkurrenz fällt hingegen unter Z 9a.

Auch dieser materielle Nichtigkeitsgrund wurde **meist** dadurch begründet, dass dem angefochtenen Urteil nicht alle zur Beurteilung, welchem Tatbestand die Handlung zu subsumieren ist, nötigen Feststellungen zu entnehmen waren (**Feststellungsmängel**).

Nichtig nach § 281 Abs 1 Z 10 war deshalb ein Schuldspruch wegen Raubes (§ 142 Abs 1 StGB), zu dem das Gericht die Feststellung traf, der Angeklagte habe den Geschädigten aufgefordert, sein Handy herzugeben, widrigenfalls er ihn schlagen würde. Da der Tatbestand des § 142 StGB eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben fordert, eine Drohung bloß mit einer Misshandlung iSd § 83 Abs 2 StGB aber nicht genügt, hätte es, zumal die festgestellte Drohung auch als solche bloß mit einer Misshandlung verstanden werden könnte, Feststellungen zum Bedeutungsinhalt der Drohung bedurft, welche dem Urteil jedoch fehlten⁶⁶⁵.

Häufig führten **Feststellungsmängel** zur für die Verwirklichung einer Qualifikation erforderlichen **subjektiven Tatseite** zur Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10.

Zu 12 Os 114/04 fehlten dem angefochtenen Urteil, das den Angeklagten des Vergehens nach §§ 125, 126 Abs 1 Z 5 StGB schuldig erkannt hatte, weil dieser den Zaun einer Justizanstalt beschädigt hatte, jegliche Feststellungen zur subjektiven Tatseite hinsichtlich der Qualifikation nach § 126 Abs 1 Z 5 StGB.

Ebenso Feststellungsmängel hinsichtlich des Vorliegens der subjektiven Tatseite in Bezug auf eine Qualifikation hafteten einem Schuldspruch wegen §§ 146, 147 Abs 3, 148 zweiter Fall StGB an: Das Erstgericht hatte zum Vorsatz des Angeklagten nur festgestellt, dass dieser mit der Absicht handelte, sich durch seine Handlungsweise eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Feststellungen, wonach sich der Angeklagte die fortlaufende Einnahme durch die Begehung jeweils für sich schon schwerer Betrugshandlungen (§ 147 StGB) verschaffen wollte, waren dem Urteil hingegen nicht zu entnehmen. Die solcherart vorliegende Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO nahm der OGH von Amts wegen wahr.

Besonders **oft nichtig** nach § 281 Abs 1 Z 10 waren im untersuchten Zeitraum Schuldsprüche zu den im **Suchtmittelgesetz** geregelten Delikten, insbesondere jenen nach § 28 SMG aF⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ SSt 48/8; EvBl 1977/197.

⁶⁶⁵ 11 Os 10/04.

⁶⁶⁶ Nachfolgend genannte Bestimmungen des SMG beziehen sich jeweils auf die Fassung vor dem BGBl 2007/110.

Einige Urteile enthielten **keine tragfähigen Konstatierungen zur Reinsubstanzmenge** des jeweiligen Suchtgifts. In diesem Fall liegt idR Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 vor⁶⁶⁷.

Beispielweise ließ die Feststellung, wonach der Angeklagte „35 Gramm Kokain und 7 Gramm Heroin jeweils in Straßenqualität“ verkauft habe, eine Beurteilung, ob damit die Grenzmenge erreicht wurde, nicht zu⁶⁶⁸. Ebenso wenig den Reinsubstanzgehalt des Suchtgifts ließ die Konstatierung erkennen, der Angeklagte habe Kokain zumindest in einer Qualität weitergegeben, die Rauschwirkung erzeugte⁶⁶⁹.

Zu 12 Os 80/04 sprach das Erstgericht einen Angeklagten (A) wegen des Verkaufs von 4 kg Cannabisprodukten, den zweiten Angeklagten (B) wegen der Aufbewahrung von 18 kg Cannabisprodukten und den dritten Angeklagten (C) wegen der Übergabe von 18 kg Cannabisprodukten des Verbrechens nach § 28 Abs 2 SMG (A und C) bzw des Vergehens nach § 28 Abs 1 SMG (B) schuldig. Zum Reinsubstanzgehalt des Suchtgifts traf es keinerlei Feststellungen. Bekämpft wurde das Urteil nur vom Angeklagten C mittels – jedoch nicht prozessordnungskonform ausgeführter – Nichtigkeitsbeschwerde. Angesichts der Feststellungsmängel zum Reinsubstanzgehalt des verkauften Suchtgifts hob der OGH jedoch den Schuldspruch (nur) hinsichtlich des Angeklagten A von Amts wegen auf (§ 281 Abs 1 Z 10). Hinsichtlich der Angeklagten B und C hingegen war eine amtswegige Maßnahme nach § 290 Abs 1 nicht geboten, weil bei einer Bruttomenge von 18 kg Cannabisprodukten selbst bei Annahme des niedrigsten denkbaren Reinheitsgehalts (0,25%) die große Menge an THC (20 Gramm) erreicht wäre. Hätte freilich die Staatsanwaltschaft diesen Feststellungsmangel in einer Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht, hätte es zu einer Kassation der Schuldsprüche kommen müssen, weil wohl (zumindest) das Vorliegen mehrerer Verbrechen nach § 28 Abs 2 SMG a.F. bzw gar einer übergroßen Menge an Suchtgift (§ 28 Abs 4 Z 3 SMG a.F.) indiziert wäre, sodass Feststellungen zum Reinsubstanzgehalt erforderlich gewesen wären.

Weiters waren zahlreiche Ersturteile mit nichtigkeitsbegründenden Fehlern iSd § 281 Abs 1 Z 10 behaftet, wenn es um das **In-Verkehr-Setzen einer großen Menge** (§ 28 Abs 6 SMG a.F.) bzw einer übergroßen Menge (§ 28 Abs 4 Z 3 SMG a.F.) an Suchtgift in mehreren Einzelakten ging.

Dies dürfte auf die im Jahr 2004 noch relativ junge Rsp des OGH⁶⁷⁰ zu diesen Bestimmungen zurückzuführen sein. Danach sind bei sukzessivem In-Verkehr-Setzen mehrerer für sich alleine die Grenzmenge nicht erreichender Suchtgiftmengen diese dann zu jeweils großen Mengen zusammenzurechnen, wenn der Vorsatz des Täters von vornherein die bewusst kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasst⁶⁷¹. Wird daher ein mehrfaches der Grenzmenge verkauft, so liegen genau so viele Verbrechen nach § 28 Abs 2 SMG vor, wie die Grenzmenge in der nach den Feststellungen veräußerten Suchtgiftmenge (wobei der Reinsubstanzgehalt ausschlaggebend ist) enthalten ist. Dabei ist irrelevant, ob das In-Verkehr-Setzen durch einen Einzelakt oder – den erwähnten Täterwillen vorausgesetzt – durch sukzessives Handeln erfolgt, weil es angesichts der Gleichwertigkeit von Real- und Idealkonkurrenz keinen Unterschied

⁶⁶⁷ Vgl neben den nachstehenden Beispielen auch: 13 Os 60/04; 11 Os 98/04; 12 Os 105/04; 13 Os 83/04; 13 Os 110/04; 13 Os 83/04.

⁶⁶⁸ 13 Os 60/04.

⁶⁶⁹ 15 Os 13/04.

⁶⁷⁰ 13 Os 1/04; 13 Os 10/03; 14 Os 166/03; 13 Os 123/04; 13 Os 60/04; 14 Os 71/04; 15 Os 134/03; 13 Os 83/04; 14 Os 29/04; 11 Os 55/04.

⁶⁷¹ Siehe zu dieser Judikatur neben den zitierten Entscheidungen eingehend RZ 2005, 116ff; kritisch zu dieser Rsp *Schmoller* in Burgstaller-FS, S 133ff sowie *Maurer/Schwaighofer*, AnwBl 2003,597; dagegen *Ratz*, JBl 2005, 294.

macht, ob die jeweils großen Mengen tateinheitlich oder tatmehrheitlich in Verkehr gesetzt werden. Ist die verkaufte Menge nicht durch die Grenzmenge teilbar, verbleibt also eine Restmenge, so kann hinsichtlich dieser entweder ein versuchtes Verbrechen nach §§ 15 StGB, 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF oder ein Vergehen nach § 27 Abs 1 sechster oder siebenter Fall SMG aF vorliegen. Wird beim Täter eine noch nicht verkaufte (große) Menge Suchtgift sichergestellt, so kann hinsichtlich dieser – bei entsprechender Ausführungsnähe – ebenfalls ein versuchtes Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF oder aber – was in der Praxis meist der Fall sein wird – bloß ein Vergehen nach § 28 Abs 1 SMG aF verwirklicht sein. Ein Versuch kann jedenfalls nach allgemeinen Grundsätzen (§ 15 Abs 2 StGB) erst dann vorliegen, wenn der Täter seinen Entschluss, die Tat auszuführen, durch eine der Ausführung vorangehende Handlung betätigt.

Die nach dieser Judikatur nötige Berücksichtigung einer Restmenge jeweils nach Erreichen einer großen Menge wurde durch die SMG-Novelle BGBl 2007/110, seit der das Tatbild das In-Verkehr-Setzen „einer die Grenzmenge übersteigenden Menge“ Suchtgift (§ 28a Abs 1 SMG idF BGBl 2007/110) statt wie bisher einer großen Menge iSd § 28 Abs 6 SMG aF verlangt, hinfällig⁶⁷².

Insbesondere bei der Frage, ob hinsichtlich der **Restmenge** ein versuchtes Verbrechen nach §§ 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF oder bloß ein Vergehen nach § 27 Abs 1 sechster oder siebenter Fall bzw § 28 Abs 1 SMG aF vorliegt, unterliefen den Erstgerichten in zahlreichen Fällen nichtigkeitsbegründende Fehler. Immer wieder wurde zu Unrecht ein Versuch des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF angenommen, obwohl **zur Frage der Ausführungsnähe keine Feststellungen** getroffen wurden oder gar nach den Urteilskonstatierungen gerade keine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung vorlag⁶⁷³.

Für die Annahme eines versuchten Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF wäre, neben der Konstatierung, dass die bewusst kontinuierliche Tatbegehung sowie der daran geknüpfte Additionseffekt vom Täterwillen mitumfasst war, die Feststellung erforderlich, dass der Angeklagte weiteres Suchtgift in einer – zusammen mit dem bereits verkauften – die große Menge erreichenden Quantität in seinem Besitz hatte und dass die Weitergabe an konkrete Abnehmer unmittelbar bevorstand⁶⁷⁴. Mehrere Ersturteile, die die Angeklagten neben eines (oder mehrerer) vollendeter Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF hinsichtlich der Restmenge auch eines weiteren versuchten Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF schuldig erkannten, waren in Ermangelung derartiger Konstatierungen nichtig nach § 281 Abs 1 Z 10⁶⁷⁵. Meist führte dies zu einer Kassation der Ersturteile durch den OGH.

Gerade keine ausführungsnähe Handlung hatte das Erstgericht zu 13 Os 40/04 festgestellt: Im angefochtenen Urteil war der Angeklagte des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF und des versuchten Verbrechens nach §§ 15 StGB, 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF schuldig erkannt worden, da er eine 125 Gramm Platte Cannabis harz mit 6% Reinsubstanzgehalt und kurz darauf drei weitere 125 Gramm Platten Cannabis harz mit 4% Reinsubstanzgehalt, insgesamt sohin 22,5 Gramm THC, an einen Abnehmer übergeben hatte. Auch wenn das Erstgericht den Vorsatz des Angeklagten, durch nachfolgende Handlungen eine weitere große Menge an THC in Verkehr zu setzen, feststellte, liegt in der Übergabe dreier Cannabisplatten, die nicht nur zum Erreichen der Grenzmenge, sondern auch zum Inverkehrsetzen einer Restmenge von 2,5 Gramm THC geführt hat, selbstverständlich noch keine ausführungsnähe Handlung in Bezug auf das Inverkehrsetzen einer

⁶⁷² 12 Os 48/08p; 12 Os 73/08i.

⁶⁷³ Vgl 13 Os 40/04.

⁶⁷⁴ Vgl 14 Os 34/04.

⁶⁷⁵ Vgl 13 Os 1/04; 14 Os 166/03; 14 Os 34/04; 14 Os 70/04; 13 Os 123/04; 14 Os 71/04; 13 Os 60/04.

zweiten großen Menge. In diesem Fall konnte der OGH, weil das Ersturteil ausreichende Feststellungen enthielt, in der Sache selbst entscheiden und den Angeklagten hinsichtlich der Restmenge anstelle §§ 15 StGB, 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF des Vergehens nach § 27 Abs 1 sechster Fall SMG aF schuldig sprechen.

Für die Annahme eines versuchten Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF reichen auch nicht die Feststellungen hin, dass beim Täter bereits zum Verkauf vorportioniertes und abgepacktes Suchtgift sowie Verpackungsmaterial, eine Suchtgiftwaage und Handys, die bereits für Suchtgiftdeals benutzt wurden, sichergestellt wurden, sodass es jedenfalls Feststellungen dahingehend bedarf, ob ein Verkauf des zwischengelagerten Suchtgifts unmittelbar bevorstand. Nichtig war daher das zu 14 Os 166/03 angefochtene Urteil, in dem nur festgestellt worden war, dass die eingelagerten Drogen nicht der Bevorratung dienten, sondern weiter sukzessive in Verkehr hätten gesetzt werden sollten.

Eine weitere häufige Fehlerquelle von Urteilen über Delikte nach § 28 SMG aF war das **Fehlen der Feststellung** eines von vornherein **auf die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt gerichteten Tätervorsatzes**. In diesem Fall mangelt es an einer rechtlichen Grundlage für die Zusammenrechnung der verkauften Suchtgiftmengen, sodass es aufgrund dieses Feststellungsmangels zur Kassation eines darauf basierenden Schuldspruches kommen musste⁶⁷⁶. Ebenso fehlten in mehreren Fällen Konstatierungen, wonach der **Vorsatz** des Angeklagten darauf gerichtet war, durch den an die kontinuierliche Begehung geknüpften Additionseffekt **insgesamt eine große Menge** an Suchtgift **in Verkehr zu setzen**⁶⁷⁷.

Nach der im Jahr 2004 noch gültigen Judikatur des OGH konnte ferner die rechtsirrigte Annahme bloß eines Versuchs statt eines vollendeten Delikts (des gleichen Tatbestandes) oder umgekehrt unter § 281 Abs 1 Z 10 releviert werden.

Nichtig nach § 281 Abs 1 Z 10 war daher ein Schuldspruch wegen Menschenhandels nach § 217 Abs 2 StGB, weil dieses Delikt erst mit Aufnahme der Gewerbsunzucht durch das Tatopfer vollendet ist⁶⁷⁸, Feststellungen zur Aufnahme dieser Tätigkeit aber fehlten⁶⁷⁹.

Seit einer Entscheidung im verstärkten Senat aus dem Jahr 2007⁶⁸⁰ rechnet der OGH jedoch derartige Rechts- oder Feststellungsfehler mit der Begründung, dass sich die Abgrenzung zwischen vollendeter und versuchter Tat auf die Frage des Vorliegens des Milderungsgrundes nach § 34 Abs 1 Z 13 StGB beschränkt und damit verbundene Feststellungen Strafzumessungstatsachen betreffen, dem Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 zu.

f)§ 281 Abs 1 Z 10a bzw § 345 Abs 1 Z 12a

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10a betrifft die **rechtsirrigte Nichtdurchführung der Diversion**. Nichtig ist ein Urteil danach dann, wenn die getroffenen Feststellungen die Nichtanwendung der Diversion nicht zu tragen vermögen oder die

⁶⁷⁶ Vgl 12 Os 124/03; 14 Os 85/04; 15 Os 13/04; 13 Os 110/04; 15 Os 154/03.

⁶⁷⁷ Vgl 13 Os 60/04; 14 Os 1/04; 14 Os 120/04; 12 Os 124/03.

⁶⁷⁸ 13 Os 23/97; *Philipp* in WK-StGB², § 217 Rz 26 mwN.

⁶⁷⁹ 14 Os 163/03.

⁶⁸⁰ 12 Os 119/06a; dazu *Lendl* in WK-StPO, § 260 Rz 18 und 30; *Ratz*, JBl 2008, 701; kritisch hingegen *Moos*, JBl 2008, 341; *Burgstaller*, JBl 2008, 401 sowie JBl 2008, 743;.

Ergebnisse der Hauptverhandlung auf einen Umstand hindeuten, der für die positive Beurteilung der Voraussetzungen diversionellen Vorgehens den Ausschlag gäbe, das Gericht aber dazu keine Feststellungen getroffen hat⁶⁸¹. Gegenstand des Nichtigkeitsgrundes ist somit ein **Vergleich zwischen dem festgestellten Sachverhalt und den Diversionskriterien des § 90a**.

Um den Nichtigkeitsgrund prozessordnungskonform auszuführen, ist strikt von der Gesamtheit der getroffenen Urteilsfeststellungen auszugehen und auf deren Basis darzulegen, dass die gesetzlichen Diversionsvoraussetzungen rechtsfehlerhaft beurteilt wurden⁶⁸². Ein Feststellungsmangel wird im Rahmen der Z 10a geltend gemacht, indem unter deutlichem und bestimmtem Hinweis auf einen durch Feststellungen nicht geklärten, aber von den Verfahrensergebnissen indizierten Sachverhalt eine vom Erstgericht nicht gezogene rechtliche Konsequenz angestrebt wird.

Dem Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10a kommt nur geringe praktische Bedeutung zu. Er wurde im Jahr 2004 in **7 Fällen geltend gemacht**. Auf eine dieser Divisionsrügen musste der OGH nicht eingehen, weil er das Urteil wegen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9b aufhob⁶⁸³. Die übrigen 6 auf § 281 Abs 1 Z 10a gestützten Nichtigkeitsbeschwerden blieben **erfolglos**.

Mehrere Beschwerden wurden dabei zurückgewiesen, weil sie nicht am vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt festhielten, sondern diesen durch eigene, teils aktenwidrige Sachverhaltsannahmen ergänzten⁶⁸⁴.

Ebenfalls zurückgewiesen wurde eine weitere Divisionsrüge, weil sie den festgestellten Sachverhalt zwar mit einem anders gearteten Einzelfall, nicht aber mit den Divisionsvoraussetzungen des § 90a aF verglich und solcherart ebenfalls nicht prozessordnungskonform ausgeführt war.

Die übrigen beiden Divisionsrügen waren zwar prozessordnungskonform ausgeführt, wurden jedoch vom OGH wegen Vorliegens schwerer Schuld und entgegenstehender spezial- und generalpräventiver Gründe verworfen.

Zu 12 Os 45/04 wurden die Angeklagten abweichend von der auf § 307 Abs 1 Z 1 StGB aF lautenden Anklage wegen § 307 Abs 2 Z 1 StGB aF verurteilt, weil sie über einen Zeitraum von mehreren Jahren in zahlreichen Angriffen Beamten für die pflichtgemäße Vornahme von Amtsgeschäften, nämlich die Abwicklung von Genehmigungen nach § 33 Abs 2 und 3 KFG, Schmiergeldzahlungen gewährten. In ihrer Rüge nach Z 10a behaupteten die Beschwerdeführer, das Erstgericht habe zu Unrecht eine diversionelle Erledigung unterlassen. Der OGH verwarf die Beschwerde, weil angesichts der wiederholten, systematischen und in Summe beträchtlichen, auf eine Korrumpierung der von den Angeklagten in Anspruch genommenen Dienststelle

⁶⁸¹ 13 Os 16/04; *Schütz*, JBl 2001, 329; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 659; F/F, § 281 Rz 70.

⁶⁸² 13 Os 8/04; 13 Os 170/03; F/F, § 281 Rz 70.

⁶⁸³ 14 Os 24/04.

⁶⁸⁴ 13 Os 16/04; 13 Os 8/04; 11 Os 22/04.

abzielenden Zuwendungen an Beamte jedenfalls schwere Schuld vorlag und überdies einer diversionellen Erledigung auch spezial- und generalpräventive Gründe entgegenstanden. Ebenfalls wegen Vorliegens schwerer Schuld verworfen wurde die zu 13 Os 135/03 erhobene Diversionsrüge.

Im Geschworenverfahren ist die Nichtigkeit wegen rechtsfehlerhafter Nichtdurchführung der Diversion in § 345 Abs 1 Z 12a geregelt. Dieser Nichtigkeitsgrund ist aber **bedeutungslos**, zumal sein Vorliegen im Jahr 2004 in nicht einem einzigen Fall auch nur behauptet wurde.

g)§ 281 Abs 1 Z 11 bzw § 345 Abs 1 Z 13

(1)Allgemeines

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 bzw 345 Abs 1 Z 13 liegt vor, wenn das Erstgericht

- die **Grenzen seiner Strafbefugnis überschritten** hat (1. Fall),
- **für die Strafbemessung maßgebliche Tatsachen offenbar unrichtig beurteilt** hat (2. Fall) oder
- **in unvertretbarer Weise gegen die Bestimmungen über die Strafbemessung verstoßen** hat (3. Fall).

Grundsätzlich ist das dem Gericht im Rahmen der Strafbemessung eingeräumte **Ermessen Gegenstand der Strafberufung**. Bei **Überschreitung der Grenzen der Strafbefugnis** (Z 11 erster Fall) und **erheblichem Ermessensfehlergebrauch** („Rechtsfehler bei der Ermessensentscheidung“⁶⁸⁵, zweiter und dritter Fall) ist aber der **Strafausspruch nichtig**⁶⁸⁶.

Der Nichtigkeitsgrund wirkt, dem Wesen materieller Nichtigkeitsgründe entsprechend, **absolut**. Der OGH greift daher eine geltend gemachte Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 auch dann auf, wenn die Strafe trotz des nichtigkeitsbegründenden Fehlers angemessen ist. In einem solchen Fall kann daher die Strafe zwar aufgehoben, sodann aber vom OGH die gleiche Sanktion verhängt werden.

So hat der OGH zu 11 Os 36/04 aufgrund einer (nur) zugunsten des Angeklagten erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde den Strafausspruch wegen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall aufgehoben, sodann aber über ihn die gleiche Strafe wie bereits das Erstgericht verhängt und dazu sogar ausgeführt, nur aufgrund des Verschlechterungsverbot es keine höhere Strafe verhängen zu können.

⁶⁸⁵ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 665.

⁶⁸⁶ F/F, § 281 Rz 71; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 281 Abs 1 Z 11 Rz 2.

Die **Strafbefugnis** (1. Fall) wird dann **überschritten**, wenn die verhängte Strafe die **Obergrenze** des anzuwendenden Strafrahmens **über- oder die Untergrenze unterschreitet**.

Eine Überschreitung der Strafbefugnis liegt weiters vor, wenn das Verhältnis zwischen bedingtem und unbedingtem Teil einer teilbedingten Freiheitsstrafe nach § 43a Abs 3 StGB nicht gewahrt wird⁶⁸⁷, bei bedingter Strafnachsicht keine Probezeit bestimmt wurde⁶⁸⁸, der Ausspruch einer Ersatzfreiheitsstrafe unterlassen⁶⁸⁹, die Ersatzfreiheitsstrafe in Monaten oder Wochen statt in Tagen bemessen⁶⁹⁰ oder in rechtsirriger Anwendung des § 31 StGB keine Zusatzstrafe verhängt wurde⁶⁹¹.

Die **Feststellungen zu für die Sanktionsbefugnis entscheidenden Tatsachen können** nach der Judikatur **mit Verfahrensrüge, Mängelrüge oder Tatsachenrüge bekämpft werden** (§ 281 Abs 1 Z 11 erster Fall iVm Z 1 bis 5a)⁶⁹². Dies ist vor allem bei der Verhängung von vorbeugenden Maßnahmen nach §§ 21 – 23 und 26 StGB praktisch bedeutsam. Nach ständiger Rsp können nur die Grundvoraussetzungen der Einweisung, von denen die Befugnis zur Unterbringung in einer Anstalt nach §§ 21 – 23 StGB abhängt, – im Falle des § 21 StGB also va die Mindeststrafdrohung für die Anlasstat, der auf geistiger oder seelischer Abartigkeit beruhende Zustand sowie dessen Einfluss auf die Anlasstat – mit Nichtigkeitsbeschwerde aus Z 11 erster Fall in Frage gestellt werden. In genau diesen Bereichen kann daher auch die Tatsachengrundlage aus Z 11 erster Fall iVm 1 bis 5a angefochten werden⁶⁹³. Hinsichtlich der Gefährlichkeitsprognose ist nur jenes Element bekämpfbar, das die Rechtsfrage der Qualifikation der zu befürchtenden strafbaren Handlung mit schweren Folgen betrifft, und zwar aus Z 11 zweiter Fall⁶⁹⁴. Alle anderen Elemente der Gefährlichkeitsprognose können dagegen – als gegen eine Ermessensentscheidung gerichtet – nur mit Berufung bekämpft werden⁶⁹⁵.

Die offenbar unrichtige Beurteilung für die Strafzumessung entscheidender Tatsachen (Z 11 zweiter Fall) bezieht sich nach der Rsp auf den Sanktionsausspruch ieS⁶⁹⁶ (dh auf die Entscheidung über Sanktionsart- und höhe), der dritte Fall der Z 11 hingegen auf die Strafbemessung insgesamt, also auch auf die Frage bedingter oder teilbedingter Strafnachsicht⁶⁹⁷.

⁶⁸⁷ SSt 59/49; F/F, § 281 Rz 73; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 617.

⁶⁸⁸ 11 Os 85/89; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 617.

⁶⁸⁹ SSt 16/122; 23/122; 13 Os 38/92; F/F, § 281 Rz 73; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 617.

⁶⁹⁰ EvBl 1979/16; SSt 62/87; F/F, § 281 Rz 73; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 617.

⁶⁹¹ 14 Os 91/04; LSK 1995/213; 13 Os 178/95, *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 617; F/F, § 281 Rz 73.

⁶⁹² 13 Os 179/03; 13 Os 41/01; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 673.

⁶⁹³ 13 Os 78/04; 15 Os 20/04; 11 Os 97/04; 13 Os 179/03; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 674.

⁶⁹⁴ Vgl 11 Os 97/04; dazu sogleich unten S 162.

⁶⁹⁵ 15 Os 20/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 715ff.

⁶⁹⁶ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 678; F/F, § 281 Rz 76.

⁶⁹⁷ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 678 mwN.

Anders als nach dem ersten Fall der Z 11 können beim zweiten Fall getroffene Sachverhaltsfeststellungen nicht bekämpft werden, weil eine analoge Anwendung der Verfahrens-, Mängel- und Tatsachenrüge hier nicht in Betracht kommt, zumal eine planwidrige Lücke nicht vorliegt⁶⁹⁸. Nichtigkeit nach Z 11 zweiter Fall kann etwa bei unzutreffender Heranziehung eines für die Strafbemessung irrelevanten Umstandes oder bei Berücksichtigung bereits getilgter Verurteilungen vorliegen⁶⁹⁹.

Ein **unvertretbarer Verstoß gegen die Bestimmungen der Strafbemessung** (Z 11 dritter Fall) besteht in der **Überschreitung des Ermessenspielraums**. Bestimmungen über die Strafbemessung sind die §§ 30 bis 41 und 43 bis 56 StGB. Dabei muss nicht die konkrete Unrechtsfolge unvertretbar sein, sondern die zu deren Begründung herangezogenen Kriterien müssen den Strafbemessungsvorschriften unvertretbar widersprechen⁷⁰⁰. Nichtig nach Z 11 dritter Fall ist etwa ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung⁷⁰¹ sowie die grundsätzliche Verneinung der Anwendbarkeit bedingter Strafnachsicht, nicht aber die Nichtanwendung im konkreten Fall⁷⁰².

(2) Statistik

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 wurde **in 55 Fällen geltend gemacht**. Folge gegeben wurde insgesamt 11 Beschwerden, von denen 10 von den jeweiligen Angeklagten und eine von der Staatsanwaltschaft erhoben wurden. Mit 20 % kommt § 281 Abs 1 Z 11 deshalb die **höchste „Erfolgsquote“ aller Nichtigkeitsgründe** zu.

Ferner wurde die Nichtigkeit aus Z 11 **in drei Fällen** zugunsten des Angeklagten **amtswegig wahrgenommen**.

Allerdings lag ein nicht geltend gemachter Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 in deutlich mehr als jenen drei Fällen vor, in denen er amtswegig wahrgenommen wurde. Dies erklärt sich damit, dass bei Nichtigkeit nach Z 11 der OGH deren Wahrnehmung auch dem OLG überlassen kann, was er iaR auch tut, wobei der OGH in seinem Erkenntnis stets auf die verwirklichte Nichtigkeit hinweist⁷⁰³. Der OGH nahm diesen Nichtigkeitsgrund nur dann selbst wahr, wenn er die Wahrnehmung ausnahmsweise nicht dem Berufungsgericht überlassen konnte. In einem Fall hob er die Anordnung der Unterbringung in einer Anstalt nach § 21 Abs 1 StGB auf⁷⁰⁴, in den beiden übrigen Fällen war das angefochtene Urteil ohnehin aufgrund des ebenfalls verwirklichten Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 10 zu kassieren⁷⁰⁵ bzw abzuändern⁷⁰⁶.

⁶⁹⁸ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 680, 693; F/F, § 281 Rz 76; Pallin, ÖJZ 1988, 386; Burgstaller, RZ 1982,

148.

⁶⁹⁹ F/F, § 281 Rz 76, Seiler, Rz 1002; EvBl 1989/15.

⁷⁰⁰ F/F, § 281 Rz 77.

⁷⁰¹ 14 Os 92/04.

⁷⁰² F/F, § 281 Rz 77.

⁷⁰³ Vgl 14 Os 71/04; 14 Os 123/04; 11 Os 89/04; 15 Os 84/04 uva.

⁷⁰⁴ 11 Os 97/04.

⁷⁰⁵ 12 Os 105/04.

⁷⁰⁶ 14 Os 92/04.

Im Geschworenengericht wurde der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 13 in 9 Fällen geltend gemacht. In einem Fall wurde einer auf diesen Nichtigkeitsgrund gestützten Beschwerde Folge gegeben, wobei die Nichtigkeit sowohl vom Staatsanwalt als auch dem Angeklagten geltend gemacht wurde⁷⁰⁷.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht (Prozent)	Amtswegig wahr= genommen
§ 281 Abs 1 Z. 11	481	55	11,5 %	11 (20,0 %)	3
§ 345 Abs 1 Z 13	70	9	12,86	1 (11,1 %)	0

(3) Erfolglose Beschwerden

Ähnlich wie bei den anderen Nichtigkeitsgründen wurden auch zahlreiche der auf § 281 Abs 1 Z 11 gestützten Beschwerden mangels prozessordnungskonformer Ausführung zurückgewiesen.

Dies ist gerade bei § 281 Abs 1 Z 11 nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen, dass Nichtigkeitswerber Umstände geltend zu machen versuchten, die nach der Rsp des OGH von vornherein keine Nichtigkeit nach der genannten Bestimmung begründen können.

Beispiele: Keine Nichtigkeit vermag nach der Rsp etwa zu begründen, wenn die Bestimmung des § 39 StGB fehlerhaft angewendet oder nicht angewendet wird⁷⁰⁸. Dies ist vielmehr nur mit Berufung bekämpfbar. Nichtig wäre das Urteil nur, wenn auch das durch § 39 StGB erhöhte Strafmaß überschritten wird⁷⁰⁹. Auch bei unterbliebener oder fehlerhafter Anrechnung einer Vorhaft oder einer im Ausland verbüßten Strafe liegt keine Nichtigkeit, sondern nur ein Berufungsgrund vor⁷¹⁰, außerdem kann der Vorsitzende eine fehlerhafte oder unterbliebene Anrechnung mit Beschluss berichtigen (§ 400).

Ebenso vermag die Bezeichnung eines Vergehens als Verbrechen keine Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 zu begründen, weil die Frage, ob ein Verbrechen oder ein Vergehen vorliegt, keine für die Strafbemessung entscheidende Tatsache darstellt⁷¹¹.

Weil es sich bei der Frage, ob eine verhängte Strafe bedingt nachzusehen ist, um eine Ermessensentscheidung handelt, vermag selbst eine unterlassene Begründung für die Nichtgewährung einer bedingten Strafnachsicht keine Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 zu begründen⁷¹².

Keinen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot und somit keine Nichtigkeit begründet etwa auch die erschwerende Berücksichtigung eines weit unter der Altersgrenze liegenden Alters des Tatopfers bei einer Verurteilung nach § 206 StGB⁷¹³.

Ebenfalls keine Nichtigkeit wurde mit dem Vorbringen geltend gemacht, das Gericht habe vier einschlägige Vorverurteilungen erschwerend berücksichtigt, aufgrund dieses Umstandes aber auch die Gewährung bedingter Strafnachsicht abgelehnt und den bedingt nachgesehenen Strafteil einer Vorverurteilung

⁷⁰⁷ 14 Os 136/04.

⁷⁰⁸ 12 Os 55/04; 11 Os 157/03; JBl 1976, 269 mit Anm *Liebscher*; F/F, § 281 Rz 75; *Seiler*, Rz 1000.

⁷⁰⁹ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 671; F/F, § 281 Rz 75.

⁷¹⁰ F/F, § 281 Rz 74; *Seiler*, Rz 998; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 672.

⁷¹¹ 11 Os 70/04.

⁷¹² 11 Os 96/04.

⁷¹³ 13 Os 9/04.

widerrufen. Das Doppelverwertungsverbot gilt nämlich nicht im Verhältnis zwischen Strafbemessung im engeren Sinn einerseits und der Entscheidung über die Gewährung bedingter oder teilbedingter Strafnachsicht andererseits⁷¹⁴. Allerdings läge Nichtigkeit nach Z 11 zweiter Fall vor, wenn eine bedingte Strafnachsicht widerrufen und daneben auch die Begehung von Straftaten während offener Probezeit erschwerend berücksichtigt wird⁷¹⁵, nicht jedoch bei erschwerender Berücksichtigung des raschen Rückfalls⁷¹⁶.

(4)Erfolgreiche Beschwerden

Der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 wurde zwar von nur 11,5 % aller Nichtigkeitsbeschwerden, somit seltener als viele andere, geltend gemacht, wie bereits erwähnt handelt es sich jedoch um den **Nichtigkeitsgrund mit der statistisch gesehen höchsten Erfolgsquote**. Dass er hingegen deutlich seltener als andere materielle Nichtigkeitsgründe amtswegig wahrgenommen wurde, erklärt sich daraus, dass es sich um den einzigen Nichtigkeitsgrund handelt, dessen Wahrnehmung der OGH auch dem OLG im Wege der Strafberufung überlassen kann. Diese Fälle sind von der vorliegenden Statistik nicht erfasst.

Von den drei Fällen des § 281 Abs 1 Z 11 kommt die **höchste praktische Bedeutung** den ersten beiden zu, also der **Überschreitung der Strafbefugnis** sowie der **offenbar unrichtigen Beurteilung für die Strafzumessung maßgebender Tatsachen**.

Die Grenzen der Strafbefugnis überschritten (§ 281 Abs 1 Z 11 erster Fall bzw 345 Abs 1 Z 13 erster Fall) wurden in einem Fall durch die Verhängung einer insgesamt 20 Jahre übersteigenden zeitlichen Freiheitsstrafe.

Wegen § 75 StGB verurteilte das Erstgericht den Angeklagten unter Bedachtnahme gem §§ 31, 40 StGB auf ein Urteil, mit dem dieser zu einer einmonatigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, zu einer Zusatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 20 Jahren. Weil die verhängte Gesamtstrafe somit 20 Jahre und ein Monat betrug, die Summe der Strafen aber die in § 18 Abs 2 StGB vorgesehene längste Dauer einer auf bestimmte Zeit verhängten Freiheitsstrafe von zwanzig Jahren nicht übersteigen darf, war das Urteil nichtig gemäß § 345 Abs 1 Z 13 erster Fall⁷¹⁷. Es handelt sich dabei überhaupt um den einzigen Fall, bei dem ein materieller Nichtigkeitsgrund bei einem schwurgerichtlichen Urteil vorlag.

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall liegt auch dann vor, wenn sich das Gericht im anzuwendenden Strafraumen geirrt hat, etwa indem es § 36 StGB oder § 5 JGG nicht beachtete, und zwar auch dann, wenn die tatsächlich verhängte Strafe im Rahmen des richtigerweise anzuwendenden Strafraumens liegt⁷¹⁸.

Nichtig war daher das Urteil zu 15 Os 68/04⁷¹⁹: Der jugendliche Angeklagte wurde vom Erstgericht wegen § 126 Abs 1 StGB zu einer Geldstrafe von 260 Tagessätzen verurteilt. Die in § 126 Abs 1 StGB vorgesehene Strafdrohung – Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen – ist

⁷¹⁴ 12 Os 31/04; *Ebner* in WK-StGB², § 32 Rz 74.

⁷¹⁵ *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 731.

⁷¹⁶ 13 Os 71/04 uva.

⁷¹⁷ 14 Os 136/04.

⁷¹⁸ 15 Os 59/04; F/F, § 281 Rz 73; *Seiler*, Rz 995; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 670.

⁷¹⁹ Der Entscheidung lag eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes zugrunde.

gemäß § 5 JGG jeweils auf die Hälfte zu reduzieren, sodass von einem Strafraumen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen auszugehen ist. Jedoch ist gemäß § 37 Abs 1 StGB, der auch auf Jugendstraftaten anzuwenden ist, dann, wenn für eine Tat keine strengere Strafe als Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren, sei es auch in Verbindung mit einer Geldstrafe, angedroht ist, statt auf eine Freiheitsstrafe von bis zu 6 Monaten auf eine Geldstrafe bis zu (auch bei Jugendlichen) 360 Tagessätzen zu erkennen, wenn es aus spezial- oder generalpräventiven Gründen nicht der Verhängung einer Freiheitsstrafe bedarf. Im konkreten Fall wäre daher nach § 37 StGB die Verhängung einer Freiheitsstrafe von bis zu 360 Tagessätzen möglich gewesen, jedoch waren dem Urteil keine Anhaltspunkte für die Anwendung des § 37 StGB zu entnehmen. Vielmehr wurde zwar von einer halbierten Freiheitsstrafandrohung von bis zu einem Jahr, rechtsirrig aber von einer unveränderten Geldstrafandrohung von bis zu 360 Tagessätzen ausgegangen, sodass das Urteil nichtig nach § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall war.

Bei Vorliegen einer **mangelhaften Sachverhaltsgrundlage zu den Grenzen der Strafbefugnis** kommt **Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 iVm Z 1-5a** in Betracht⁷²⁰.

Nichtig nach § 281 Abs 1 Z 11 iVm Z 5 war daher ein Schuldspruch wegen §§ 28 Abs 2, 3 SMG aF, bei dem das Gericht festgestellt hatte, dass der Angeklagte zum Tatzeitpunkt jedenfalls zumindest 21 Jahre alt gewesen sei, diese Feststellung jedoch offenbar unzureichend (Z 5 vierter Fall) bloß mit dem persönlichen Eindruck in der (lediglich 20 Minuten dauernden) Hauptverhandlung im Zusammenhang mit der Tatsache, dass der Angeklagte in der Vergangenheit zwei verschiedene Geburtsdaten genannt hatte, begründet hatte, ohne nachvollziehbar darzulegen, welche tatsächlichen, in der Person des Angeklagten liegenden Merkmale hierfür ausschlaggebend waren.

Praktisch ist dies insbesondere im Zusammenhang mit der Unterbringung in einer Anstalt nach §§ 21-23 StGB von Bedeutung. Im untersuchten Zeitraum lag in mehreren Fällen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 iVm Z 3 oder Z 5 vor, weil die Feststellungen hinsichtlich der Grundvoraussetzungen der Unterbringung bzw deren Zustandekommen mangelhaft waren.

Zu 11 Os 31/04 wurde das die Frage der geistigen und seelischen Abartigkeit des Angeklagten betreffende Sachverständigengutachten ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 252 Abs 1 Z 1 und ohne Einverständnis der Parteien verlesen. Der Strafausspruch war daher nichtig gemäß § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall iVm Z 3.

Nichtig nach § 281 Abs 1 Z 11 iVm Z 5 war das zu 13 Os 79/04 bekämpfte Urteil im Ausspruch über die Unterbringung in einer Anstalt nach § 21 Abs 2 StGB. Das Erstgericht hatte zwar festgestellt, dass der Angeklagte die Anlasstat in einem Zustand geistiger oder seelischer Abartigkeit höheren Grades begangen hatte, diese Feststellung jedoch nur mit dem Verweis auf ein als schlüssig erachtetes Gutachten begründet. Auch dem Gutachten war jedoch eine hinreichende Begründung für diese Feststellung nicht zu entnehmen⁷²¹.

Der weitaus **häufigste Fall** der offenbar unrichtigen Beurteilung für die Strafzumessung entscheidender Tatsachen (**§ 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall**) war der **Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot**. Ein solcher liegt dann vor, wenn Umstände, die

⁷²⁰ Dazu schon oben S 156f.

⁷²¹ Siehe dazu oben S 245.

bereits die Strafdrohung bestimmen, bei der Strafbemessung als Erschwerungs- oder Milderungsgrund herangezogen werden⁷²².

Gegen das Doppelverwertungsverbot wurde etwa verstoßen durch die erschwerende Berücksichtigung eines hohen Schadens im Finanzstrafverfahren, weil dort der Verkürzungsbetrag bereits die gesetzliche Strafdrohung bestimmt⁷²³.

Am häufigsten wurde das Doppelverwertungsverbot im Jahr 2004 bei Schuldsprüchen nach § 28 SMG aF verletzt.

Mehrere Urteile verletzen das Doppelverwertungsverbot, indem sie das Inverkehrsetzen eines „besonders gefährlichen Suchtgifts“ bei einer Verurteilung nach § 28 SMG aF als erschwerend werteten⁷²⁴. Da auf die Gefährlichkeit eines Suchtgifts bereits bei der Festlegung der großen Menge (§ 28 Abs 6 SMG aF) in der Suchtgift-Grenzmengenverordnung Bedacht genommen wird, ist dessen Gefährdungspotential bereits in der Strafdrohung des § 28 Abs 2 SMG aF berücksichtigt und verstößt die zusätzliche aggravierende Bewertung gegen das Doppelverwertungsverbot. Dies gilt hingegen nicht bei einer Verurteilung nach § 27 SMG, bei der die Gefährlichkeit des Suchtgifts sehr wohl von Einfluss auf die Strafbemessung ist.

Gegen das Doppelverwertungsverbot wurde auch verstoßen, indem bei einer Verurteilung wegen Inverkehrsetzens einer die Grenzmenge (§ 28 Abs 6 SMG aF) um das 8-fache übersteigenden Menge an Suchtgift sowohl das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen als auch „die die Qualifikation übersteigende Suchtgiftmenge“ erschwerend gewertet wurde. Dies widerspricht dem Doppelverwertungsverbot, weil bei mehrfacher Verwirklichung des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF das mehrfache Überschreiten der Grenzmenge vorausgesetzt wird⁷²⁵.

Weiters wurde Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall durch **unrichtige Anwendung des § 31 Abs 1 StGB** begründet. Liegen zwischen Tatbegehung und Aburteilung mehrere bestrafende Urteile, so ist nach der Rsp nur dann auf alle gemäß § 31 Abs 1 StGB Bedacht zu nehmen, wenn sämtlichen Taten vor dem ersten Urteil liegen. Ansonsten ist nur auf die jeweils tatnächste Verurteilung Bedacht zu nehmen⁷²⁶.

Dies gilt ebenso für die dem § 31 StGB entsprechende Bestimmung nach § 21 Abs 3 FinStrG. Nichtig war daher das zu 11 Os 36/04 bekämpfte Urteil: Der Angeklagte war zwischen den verfahrensgegenständlichen, in den Jahren 1984 bis 1991 begangenen Taten im Oktober 1998 vom Landesgericht für Strafsachen Wien wegen § 33 Abs 5 FinStrG sowie im Jänner 2002 vom Zollamt Kittsee wegen Schmuggels gemäß § 35 Abs 1 FinStrG verurteilt worden. Das Erstgericht nahm jedoch auf das tatfernere Erkenntnis des Zollamtes Kittsee Bedacht und wertete daher die finanzstrafgerichtliche Verurteilung durch das Landesgericht für Strafsachen, auf das richtigerweise Bedacht zu nehmen gewesen wäre, als erschwerend.

⁷²² F/F, § 281 Rz 76a; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 711.

⁷²³ 11 Os 9/04; *Ratz* in WK-StPO, § 281 Rz 711.

⁷²⁴ 14 Os 123/04; 14 Os 11/04; 14 Os 134/03; 13 Os 10/04.

⁷²⁵ 14 Os 71/04;.

⁷²⁶ 13 Os 40/04; 12 Os 126/04; 13 Os 143/04

Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall begründete ferner die erschwerende Bewertung des Zusammentreffens zweier Verbrechen, hinsichtlich derer richtigerweise eine Subsumtionseinheit nach § 29 StGB zu bilden gewesen wäre⁷²⁷.

Das Erstgericht hatte den Angeklagten rechtsirrig sowohl eines Verbrechens nach §§ 127, 129 Z 1, 130 vierter Fall StGB als auch eines Verbrechens nach §§ 127, 131 StGB schuldig erkannt, anstatt – weil auch § 131 StGB eine Qualifikation des Diebstahl darstellt – gemäß § 29 StGB eine Subsumtionseinheit zu bilden. Insofern lag Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 vor. Da das Erstgericht darüber hinaus auch das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen als erschwerend wertete, lag überdies auch Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall vor.

In diesen Fällen des § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall lag die Nichtigkeit in einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhalts.

Nichtig aufgrund eines Feststellungsmangels war hingegen das zu 11 Os 97/04 bekämpfte Urteil: Das Erstgericht hatte den Angeklagten in eine Anstalt nach § 21 Abs 2 StGB eingewiesen, das Urteil enthielt jedoch keine Feststellungen, die eine Beurteilung, ob der prognostizierte Sachverhalt (Prognosestat) als mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen zu werten ist, ermöglichten.

Ein **unvertretbarer Verstoß gegen die Bestimmungen der Strafbemessung (§ 281 Abs 1 Z 11 dritter Fall)** lag zu 14 Os 92/04 vor: Gegen den Angeklagten war neben dem urteilsgegenständlichen Verfahren ein weiteres Strafverfahren anhängig, welches jedoch zum Urteilszeitpunkt noch nicht rechtskräftig beendet war. Dennoch wertete das Erstgericht die Begehung während offener Probezeit als erschwerend, sodass das Urteil gegen die Unschuldsvermutung verstieß.

⁷²⁷

14 Os 92/04.

5. Besondere Nichtigkeitsgründe im Geschworenengericht

a) § 345 Abs 1 Z 6 StPO

(1) Allgemeines

Der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 6 betrifft die **Verletzung der Vorschriften über die Fragestellung** an die Geschworenen nach §§ 312 – 317. Es handelt sich um den **wichtigsten Nichtigkeitsgrund im Geschworenengericht**.

Nichtigkeit kann nur eine unrichtige Fragestellung begründen, niemals aber die Beantwortung richtig gestellter Fragen. Eventual- oder Zusatzfragen müssen durch die Prozesslage oder durch entsprechendes Vorbringen des Angeklagten indiziert sein.

Z 6 ist ein **relativer Nichtigkeitsgrund** (Abs 3) und kann von Amts wegen nicht aufgegriffen werden⁷²⁸.

(2) Statistik

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei § 345 Abs 1 Z 6 um den weitaus bedeutsamsten Nichtigkeitsgrund im Geschworenengericht. Er wurde nicht nur am häufigsten, nämlich **in 39 Fällen, geltend gemacht**, er war auch **in immerhin 3 Fällen** und damit so oft **verwirklicht** wie kein anderer Nichtigkeitsgrund im schwurgerichtlichen Verfahren. Folge gegeben wurde in zwei Fällen von Angeklagten ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerden⁷²⁹ sowie einmal einer Fragenrüge der Staatsanwaltschaft⁷³⁰.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 345 Abs 1 Z. 6	70	39	55,7%	3	7,7%

(3) Analyse

Ein Großteil der auf § 345 Abs 1 Z 6 gestützten Beschwerden behauptet eine Verletzung der §§ 313 oder 314 durch das Fehlen von Zusatz- oder Eventualfragen. Diesbezüglich formuliert der OGH immer wieder, dass Voraussetzung für die Stellung von Eventualfragen das Vorbringen von Tatsachen in der Hauptverhandlung ist, die einen gegenüber der Anklage geänderten Sachverhalt und im Fall ihrer Bejahung die Basis für einen Schuldspruch wegen einer – anklagedifformen – strafbaren Handlung in den Bereich des Möglichen rücken⁷³¹. Die Abgrenzung, wann in der Hauptverhandlung vorgekommene

⁷²⁸ EvBl 1975/251; F/F, § 281 Rz 8; Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 614.

⁷²⁹ 15 Os 49/04; 11 Os 91/04.

⁷³⁰ 15 OS 150/03.

⁷³¹ Vgl etwa 13 Os 158/03; 13 Os 90/04; 15 Os 167/03; 15 Os 47/04; 15 Os 98/04; 15 Os 150/03; Schindler in WK-StGB², Rz 1 zu § 314.

Tatsachen die Stellung einer Zusatz- oder Eventualfrage indizieren, ist mitunter nicht einfach. Dementsprechend lag bei zwei von insgesamt drei erfolgreichen Beschwerden aus § 345 Abs 1 Z 6 die Nichtigkeit in zu Unrecht gestellten⁷³² bzw nicht gestellten⁷³³ Eventualfragen.

Als rechtsirrig unterlassen sah der OGH die Stellung einer Eventualfrage bei einem Schuldspruch wegen Raubes nach § 142 Abs 1 StGB zu 11 Os 91/04 an: Die von Zeugen wiedergegebene Äußerung der Täter, sie wollten nicht lange reden, sonst würden sie „alles zusammenhauen“, lässt nämlich den Schluss zu, die Angeklagten könnten auch nur mit einer Sachbeschädigung, nicht aber mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gedroht haben. Diesfalls wäre bloß der Tatbestand der Erpressung erfüllt, sodass eine Fragestellung nach diesem Delikt indiziert war.

Zu 15 Os 150/03 war hingegen das angefochtene Urteil nichtig, weil zu Unrecht eine – von den Geschworenen tatsächlich bejahte – Eventualfrage nach Totschlag (§ 76 StGB) gestellt wurde, obwohl diese nicht indiziert war: Der Angeklagte hatte angegeben, das sehr religiöse Tatopfer habe ihm Vorhaltungen wegen der Abtreibungen, die es habe durchführen lassen, gemacht. Weil er dies nicht verkraften habe können, sei es zu einem Streit gekommen, der außer Kontrolle geraten sei, wobei das Tatopfer ihm eine Ohrfeige verpasst und der Angeklagte dieses daraufhin bis zur Bewusstlosigkeit gewürgt und sodann in der Neuen Donau ertränkt habe. Nach dieser Aussage des Angeklagten mangelt es – mag dieser auch im Affekt gehandelt haben – an der allgemeinen Begreiflichkeit, zumal das Verhältnis zwischen dem Anlass und dem Ausnahmezustand nicht allgemein verständlich ist. Mangels allgemeiner Begreiflichkeit der Gemütsaufregung war somit die gestellte Zusatzfrage nach Totschlag (obwohl sie von den Geschworenen bejaht wurde) nicht indiziert, sodass dem Urteil Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 6 anhaftete⁷³⁴.

Überhaupt sah der OGH in mehreren Entscheidungen die Stellung von Individualfragen nach Totschlag deshalb als nicht indiziert an, weil selbst unter Zugrundelegung der Verantwortung des Angeklagten in rechtlicher Hinsicht der Affektzustand des Angeklagten keinesfalls als allgemein begreiflich zu beurteilen sei⁷³⁵.

Zahlreiche Beschwerden machten das Fehlen von Zusatz- oder Eventualfragen geltend, die von der subjektiven Tatseite abhängen. Obwohl gerade die subjektive Tatseite eine Frage der Beweiswürdigung darstellt, nimmt der OGH diesbezüglich eine restriktive Haltung ein und sieht Eventual- oder Zusatzfragen selten als indiziert an, weshalb in dieser Hinsicht keiner Beschwerde Erfolg beschieden war.

Beispielsweise verwarf der OGH eine Fragenrüge bei einem Schuldspruch nach §§ 142 Abs 1, 143 dritter Fall StGB⁷³⁶: Der Angeklagte hatte angegeben, er habe sich maskiert in einem Stiegenhaus versteckt, um dem Opfer die Handtasche zu entreißen, als dieses jedoch bei seinem Auftreten zu schreien begonnen habe, sei er in Panik geraten und habe auf schnellstem Weg flüchten wollen. Panik- und stressbedingt habe er das Opfer mit einem Schlag mit der flachen Hand weggeschoben und danach die vor ihm liegenden Taschen unbewusst bzw in einer Art Reaktion weggenommen. Somit stellte der Angeklagte sowohl den Misshandlungs- oder Verletzungswillen bei dem dem Opfer versetzten Schlag als auch den Zueignungs- oder Bereicherungsvorsatz bei der Sachwegnahme in Abrede. Deshalb erachtete der OGH die vom Beschwerdeführer vermissten

⁷³² 15 Os 150/03.

⁷³³ 11 Os 91/04.

⁷³⁴ Vgl auch EvBl 1996/131; F/F, § 281 Rz 8.

⁷³⁵ 12 Os 72/04; 15 Os 107/04.

⁷³⁶ 15 Os 47/04.

Eventualfragen nach Diebstahl gem § 127 StGB und Körperverletzung gemäß §§ 83, 84 Abs 1 StGB als durch dessen Verantwortung in der Hauptverhandlung nicht indiziert und verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde.

Um den Nichtigkeitsgrund prozessordnungskonform geltend zu machen, fordert der OGH deutlich und bestimmt ein vom Inhalt der Hauptfrage abweichendes **tatsächliches Vorbringen in der HV** aufzuzeigen sowie konkret jenes Deliktes zu benennen, nach dem die begehrte Eventualfrage nach Ansicht des Beschwerdeführers hätte gestellt werden sollen⁷³⁷.

Ein konkretes, die Stellung einer Zusatzfrage indizierendes Verfahrensergebnis wird etwa mit dem Vorbringen, „das Beweisverfahren habe ergeben“, dass der Angeklagte den Raubversuch freiwillig beendet habe, nicht einmal behauptet⁷³⁸.

Überdies verlangt der OGH bei der Darstellung eine Eventual- oder Zusatzfrage indizierender Umstände die Bezugnahme auf sämtliche relevanten Beweisergebnisse. Eine Fragenrüge, die die Stellung einer Zusatzfrage nach Zurechnungsunfähigkeit (§ 11 StGB) vermisste, wurde deshalb als prozesswidrig zurückgewiesen, weil sie zwar auf die Einlassung des Angeklagten, er habe bis zuletzt ein Drogensubstitutionsprogramm absolviert und am Tag der Tat „einige Bier“ konsumiert, hinwies, seine weitere Beschreibung des Tattages als „ganz normaler Tag“ – ohne Behauptung von Erinnerungslücken oder anderer auf die Zurechnungsunfähigkeit hindeutender Symptome – aber übergang⁷³⁹.

In die Hauptfrage sind gemäß § 312 alle gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung aufzunehmen, und zwar so, dass einerseits die dem Täter zur Last gelegte Tat derart individualisiert ist, dass die Gefahr neuerlicher Verfolgung und Verurteilung wegen derselben Tat ausgeschalten wird und andererseits die Tat durch Aufnahme der den Deliktsmerkmalen entsprechenden tatsächlichen Gegebenheiten so konkretisiert ist, dass die Subsumtion des von den Geschworenen ihrem Wahrspruch zugrunde gelegten Sachverhalts ermöglicht und eine Überprüfung dieser Subsumtion durch den OGH gewährleistet wird⁷⁴⁰.

Als nicht ausreichend konkretisiert wurde folgender Wahrspruch bei einer Verurteilung wegen Raubes nach § 142 Abs 1 StGB angesehen: „A und B haben am 25. September 2003 im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (§ 89 StGB) fremde bewegliche Sachen, und zwar fünf Mobiltelefone im Wert von 700 Euro, dem X mit dem Vorsatz abgenötigt, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, indem A von X die Ausfolgung der Mobiltelefone forderte, während sich B in bedrohlicher Haltung neben X stellte und rief, sie wollten nicht diskutieren“. Dieses Verdikt lässt nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, ob die vom Zweitangeklagten eingenommene „bedrohliche Haltung“ dem Opfer den Eindruck gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben oder bloß der bevorstehenden Beeinträchtigung sonstiger für die Verwirklichung des § 142 Abs 1 StGB nicht hinreichender Rechtsgüter vermitteln sollte. Aus der Äußerung, die Angeklagten wollten nicht diskutieren, lässt sich – auch wenn die Beurteilung des Bedeutungsinhaltes einer Aussage eine Tatfrage darstellt – schon vom Wortsinn her eine dem Tatbestand des Raubes zu subsumierende Drohung nicht ableiten⁷⁴¹. Somit reichten die in den Wahrspruch aufgenommenen Deliktsmerkmale nicht zur vorgenommenen Subsumtion aus, sodass Nichtigkeit nach Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 6 wegen Verletzung des § 312 vorlag.

⁷³⁷ F/F, § 281 Rz 8; JUS 6/2659, 6/2465.

⁷³⁸ 11 Os 44/04.

⁷³⁹ 12 Os 90/04.

⁷⁴⁰ 11 Os 91/04; *Schindler* in WK-StGB², § 312 Rz 24; vgl auch 15 Os 49/04.

⁷⁴¹ 11 Os 91/04.

b) § 345 Abs 1 Z 7 StPO

Dieser Nichtigkeitsgrund liegt vor, wenn den Geschworenen eine Frage gestellt wird, die den Umfang der Anklage (§ 267) überschreitet und diese Frage bejaht wurde. Der Nichtigkeitsgrund ist **praktisch bedeutungslos**, sein Vorliegen wurde im Jahr 2004 nicht einmal behauptet.

c) § 345 Abs 1 Z 8 StPO

(1) Allgemeines

Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 8 liegt vor, wenn die den Geschworenen nach §§ 321, 323 Abs 1 und 327 zu erteilende **Rechtsbelehrung unrichtig** ist. Die Rechtsbelehrung ist unrichtig, **wenn sie mit den Gesetzen oder Grundsätzen des Strafrechts oder Strafverfahrensrechts in Widerspruch steht**⁷⁴². Dabei kommt es auf den **Gesamtinhalt der Belehrung**, nicht auf einzelne, isoliert herausgegriffene Teile derselben an. Eine unvollständige Belehrung ist der unrichtigen dann gleichzustellen, wenn sie zu rechtlichen Irrtümern über die in den Fragen enthaltenen Rechtsfragen, über das Verhältnis der Fragen zueinander oder über die Folgen der Antwort auf die Fragen geführt hat⁷⁴³. Die schriftliche Rechtsbelehrung hat gem § 321 Abs 2 eine Darlegung der gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung, auf die die Haupt- oder Eventualfrage gerichtet ist, sowie eine Auslegung der in den Fragen vorkommenden Ausdrücke des Gesetzes – somit nach abstrakten Gesichtspunkten ohne Bezugnahme auf konkrete Tatumstände – zu enthalten und das Verhältnis der einzelnen Fragen zueinander sowie der Folgen der Bejahung oder Verneinung jeder Frage klarzustellen.

Gegenstand der Rechtsbelehrung können **nur rechtliche, nicht aber tatsächliche Umstände** sein. Die Zurückführung der in die Fragen aufgenommenen gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung auf den ihnen zu Grunde liegenden Sachverhalt ist vielmehr Gegenstand der im Anschluss an die Rechtsbelehrung durchzuführenden Besprechung nach § 323 Abs 2, deren Inhalt – und selbst deren Unterbleiben⁷⁴⁴ – nach der Rsp nicht zum Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden kann⁷⁴⁵.

(2) Statistik

Der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 8 wurde im Jahr 2004 **in 20 Fällen** und somit von fast 30 % aller gegen schwurgerichtliche Urteile gerichteter Nichtigkeitsbeschwerden – durchwegs nur von den jeweiligen Angeklagten, nicht aber von

⁷⁴² *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 345 Abs 1 Z 8 Rz 9; F/F, § 345 Rz 11.

⁷⁴³ *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 345 Abs 1 Z 8 Rz 15f; F/F, § 345 Rz 11.

⁷⁴⁴ SSt 28/67; F/F, § 323 Rz 1.

⁷⁴⁵ 14 Os 177/03; 15 Os 76/04 mwN.

der Staatsanwaltschaft – **geltend gemacht**. Verwirklicht war der Nichtigkeitsgrund jedoch in keinem dieser Fälle.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 345 Abs 1 Z 8	70	20	28,6%	0	0

(3)Analyse

Obwohl der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 8 häufig geltend gemacht wurde, war er **in keinem einzigen Fall verwirklicht**. IdR wurden die Beschwerden zurückgewiesen, weil sie Umstände geltend zu machen versuchten, die eine Nichtigkeit von vornherein nicht begründen können, oder nicht deutlich und bestimmt dartaten, inwiefern die den Geschworenen erteilte Rechtsbelehrung unrichtig war.

Um den Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt darzutun ist ein **Vergleich der tatsächlich erteilten Rechtsbelehrung mit deren in § 321 Abs 2 normierten Inhalt** vorzunehmen. Dabei hat sich die Beschwerde an der Gesamtheit der Belehrung zu orientieren und kann nicht auf einzelne, aus dem Kontext gelöste Passagen gestützt werden⁷⁴⁶.

Diesen Kriterien nicht entsprochen wurde etwa durch die bloße Behauptung

- die Rechtsbelehrung sei hinsichtlich der Gewerbsmäßigkeit und der Qualifikation des Diebstahls als Gewerbsmäßig, „nur schwer verständlich“⁷⁴⁷;
- in der Belehrung würde „die subjektive Tatseite in einer für Laienrichter unverständlichen Weise dargetan“;
- die Rechtsbegriffe des § 102 Abs 4 StGB seien den Geschworenen nicht umfassend erklärt worden;
- die Rechtsbelehrung sei „unvollständig und rudimentär“ und versetze die Geschworenen nicht in Lage, die Tatsachenfrage richtig zu beurteilen, zumal dieses Vorbringen nicht erkennen lässt, wieso dem so sei und welche weiteren Belehrungen erforderlich gewesen seien⁷⁴⁸.

Diese Beschwerden wurden demnach allesamt als nicht mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes zurückgewiesen.

⁷⁴⁶ 12 Os 7/04; 11 Os 57/04; 14 Os 37/04.

⁷⁴⁷ 12 Os 132/03.

⁷⁴⁸ 11 Os 57/04

Zu einer gar nicht gestellten Frage ist keine Rechtsbelehrung zu erteilen. Umgekehrt kann die Rechtsbelehrung nur insoweit angefochten werden, als sie Fragen betrifft, die den Geschworenen tatsächlich unterbreitet wurden⁷⁴⁹.

Wurde den Geschworenen daher eine Hauptfrage nach Mord, nicht aber eine Eventualfrage nach Totschlag gestellt, ist die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag nicht Gegenstand der Rechtsbelehrung⁷⁵⁰. Auch Ausführungen zum Rücktritt vom Versuch⁷⁵¹, zum Rechtfertigungsgrund der Notwehr⁷⁵² oder zum Schuldausschließungsgrund der Zurechnungsunfähigkeit⁷⁵³ sind entbehrlich, wenn den Geschworenen gar keine entsprechende Zusatzfrage gestellt wurde. Die das Fehlen solcher Belehrungen behauptenden Beschwerden blieben demnach erfolglos.

Ebenso begründet nach der Rsp des OGH eine (selbst gänzlich) unterbliebene Rechtsbelehrung dahingehend, dass die Geschworenen eine gestellte Frage auch nur teilweise bejahen können, keine Nichtigkeit⁷⁵⁴ und kann daher im Rechtsmittelverfahren nicht geltend gemacht werden, jedoch könnte dies zu einer außerordentlichen Wiederaufnahme gemäß § 362 Abs 1 Anlass geben⁷⁵⁵.

Demnach wurde durch das Vorbringen, aus der Rechtsbelehrung gehe bloß allgemein hervor, dass die Geschworenen eine Frage auch eingeschränkt bejahen können, eine Nichtigkeit gar nicht behauptet⁷⁵⁶.

Da Gegenstand des Nichtigkeitsgrundes nach § 345 Abs 1 Z 8 **ausschließlich der Inhalt der Rechtsbelehrung** ist, wurde auch mit dem Vorbringen, der Verteidiger habe an der Belehrung der Geschworenen nicht teilnehmen können⁷⁵⁷, eine Nichtigkeit ebenso wenig dargetan wie mit der (im konkreten Fall überdies aktenwidrigen) Behauptung, der Verteidiger habe die Rechtsbelehrung nicht einsehen können, weil sie nicht im Akt erlegen sei⁷⁵⁸.

Auch mit der Behauptung, die Rechtsbelehrung enthalte keinen Hinweis auf den Grundsatz „in dubio pro reo“, wurde kein Nichtigkeitsgrund behauptet, weil sich nach stRsp⁷⁵⁹ die Rechtsbelehrung damit nicht zu befassen hat, zumal es sich um eine Frage der Beweiswürdigung handelt⁷⁶⁰.

Tatsächlich unrichtig war die Rechtsbelehrung im zu 12 Os 8/04 bekämpften Urteil, wonach für die Zurechnung der Erfolgsqualifikation der schweren Verletzung nach § 143 StGB bedingter Vorsatz erforderlich sei. Da diese einschränkende Belehrung dem Angeklagten jedoch zum Vorteil gereichte, blieb – mangels Beschwer – auch diese Beschwerde erfolglos.

⁷⁴⁹ 15 Os 110/04; F/F, § 345 Rz 12.

⁷⁵⁰ 15 Os 110/04.

⁷⁵¹ 13 Os 90/04.

⁷⁵² 12 Os 7/04; 13 Os 90/04.

⁷⁵³ 12 Os 90/04.

⁷⁵⁴ Ratz in WK-StPO, § 345 Rz 54; Philipp in WK-StPO, § 330 Rz 4; 12 Os 155/07x; 13 Os 39/04.

⁷⁵⁵ Ratz in WK-StPO, § 362 Rz 4.

⁷⁵⁶ 13 Os 39/04.

⁷⁵⁷ 12 Os 64/04.

⁷⁵⁸ 13 Os 141/03.

⁷⁵⁹ Mayerhofer, § 345 Z 8 E 39; LSK 1982/48.

⁷⁶⁰ 11 Os 156/03; 15 Os 45/04.

d) § 345 Abs 1 Z 9 StPO

(1) Allgemeines

Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 9 kann geltend gemacht werden, wenn der **Wahrspruch undeutlich, unvollständig oder mit sich selbst in Widerspruch** ist. Undeutlich ist der Wahrspruch, wenn nicht erkennbar ist, welcher strafbaren Handlung der Angeklagte schuldig erkannt wurde, unvollständig, wenn zu Unrecht nicht alle Fragen beantwortet wurden, und mit sich selbst in Widerspruch, wenn die Antworten der Geschworenen logisch nicht vereinbar sind, zB zwei einander ausschließende Fragen bejaht wurden⁷⁶¹.

Die Mangelhaftigkeit des Wahrspruches kann freilich auch aus einer mangelhaften oder unvollständigen Fragestellung folgen. In einem solchen Fall liegt jedoch grundsätzlich der Nichtigkeitsgrund nach Z 6 vor, bei Z 9 muss der Mangel aus der Antwort der Geschworenen auf die Fragen selbst hervorgehen⁷⁶². Die Mängel des Wahrspruches müssen ausschließlich aus diesem selbst hervorgehen und können aus einem Vergleich mit den Ergebnissen des Beweisverfahrens nicht abgeleitet werden⁷⁶³. Auch ein Widerspruch zwischen Wahrspruch und Niederschrift (§ 331 Abs 3) ist aus dem Aspekt der Nichtigkeitsgründe bedeutungslos⁷⁶⁴.

(2) Statistik

Nichtigkeit nach Z 9 wurde im Jahr 2004 von 14 Beschwerden behauptet. Tatsächlich verwirklicht war der Nichtigkeitsgrund in einem Fall⁷⁶⁵.

Nichtigkeitsgrund	Gesamtzahl Nichtigkeitsbeschwerden	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht	Erfolgsquote
§ 345 Abs 1 Z 9	70	14	20%	1	7,1%

(3) Analyse

Der **einzige Fall einer Nichtigkeit** aus § 345 Abs 1 Z 9⁷⁶⁶ lag im untersuchten Zeitraum in der **Unvollständigkeit des Wahrspruches**.

Die Geschworenen bejahten die Hauptfrage nach Mord und verneinten die darauf bezogenen Zusatzfragen nach dem Rechtfertigungsgrund der Notwehr und dem Schuldausschlussgrund der Zurechnungsunfähigkeit. Die weiters gestellte Zusatzfrage nach den Voraussetzungen des § 8 StGB blieb jedoch unbeantwortet. Somit wurde diese Frage zu Unrecht nicht beantwortet, sodass Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 9

⁷⁶¹ *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 345 Abs 1 Z 9 Rz 9; F/F, § 345 Rz 15.

⁷⁶² Vgl im Detail *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 345 Abs 1 Z 9 Rz 14ff.

⁷⁶³ 14 Os 177/03; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 345 Abs 1 Z 9 Rz 4.

⁷⁶⁴ 13 Os 120/04; 12 Os 132/03; EvBl 1974/96; F/F, § 345 Rz 16; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 345 Abs 1 Z 9 Rz 3.

⁷⁶⁵ 11 Os 108/04.

⁷⁶⁶ 11 Os 108/04.

vorlag. Richtigerweise hätte der Gerichtshof den Geschworenen die Verbesserung des Wahrspruches auftragen müssen (§ 332 Abs 3).

Die meisten der übrigen auf § 345 Abs 1 Z 9 gestützten Beschwerden mussten erfolglos bleiben, weil sie Umstände geltend machten, die eine Nichtigkeit nach dieser Bestimmung von vornherein nicht begründen können.

Dies galt etwa für das Vorbringen

- die Geschworenen hätten die Frage nach versuchtem Mord nur stimmenmehrheitlich bejaht, zumal ein Widerspruch iSd § 345 Abs 1 Z 9 nur aus dem Wahrspruch selbst, nicht aber aus dem Stimmverhalten einzelner Geschworener abgeleitet werden kann⁷⁶⁷;
- die Geschworenen hätten den Wahrspruch hinsichtlich der Gewerbsmäßigkeit des Handelns beider Angeklagten unterschiedlich begründet, zumal Widersprüche innerhalb der Niederschrift den Nichtigkeitsgrund nicht herstellen können⁷⁶⁸;
- der Schuldspruch sei in der Niederschrift mit dem bloßen Hinweis auf das DNA-Gutachten unzureichend begründet⁷⁶⁹;
- es sei in sich widersprüchlich, dass die Geschworenen bei einem Angeklagten Tötungs-, beim Mittäter aber nur Verletzungsvorsatz angenommen hätten⁷⁷⁰.

e)§ 345 Abs 1 Z 10 StPO

Dieser Nichtigkeitsgrund liegt vor, wenn den Geschworenen zu Unrecht die Verbesserung des Wahrspruches aufgetragen wurde oder, obwohl von einem oder mehreren Geschworenen ein Missverständnis behauptet wurde, zu Unrecht nicht aufgetragen wurde. Zur Geltendmachung bedarf es eines vorherigen Widerspruchs des Beschwerdeführers gegen den Auftrag zur Verbesserung des Wahrspruchs⁷⁷¹.

Nominell wurde dieser Nichtigkeitsgrund in **4 Fällen geltend gemacht**, jedoch wurden alle Beschwerden vom OGH als nicht prozessordnungskonform ausgeführt zurückgewiesen⁷⁷².

Zu 13 Os 120/04 behauptete der Rechtsmittelwerber Nichtigkeit, weil trotz eines Widerspruchs zwischen der Antwort der Geschworenen und der Niederschrift (§ 331 Abs 3) ein Moniturverfahren unterblieben sei. Dies vermag jedoch nach der Judikatur des OGH keine Nichtigkeit zu begründen⁷⁷³. Ebenso musste eine das Unterbleiben eines Moniturverfahrens rügende Beschwerde erfolglos bleiben, zumal kein Geschworener – wie vom klaren Wortlaut des § 345 Abs 1 Z 10 verlangt – ein Missverständnis behauptet hatte⁷⁷⁴. Die übrigen beiden nominell auf § 345 Abs 1 Z 10 gestützten Beschwerden behaupteten keinen iS dieser Bestimmung

⁷⁶⁷ 15 Os 45/04.

⁷⁶⁸ 12 Os 132/03.

⁷⁶⁹ 12 Os 90/04.

⁷⁷⁰ 13 Os 90/04.

⁷⁷¹ RZ 1975/60; *Seiler*, Rz 955; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe, § 345 Abs 1 Z 10 Rz 15.

⁷⁷² Vgl 13 Os 120/04; 15 Os 87/04; 11 Os 44/04; 14 Os 177/03.

⁷⁷³ F/F, § 345 Rz 16; *Ratz* in WK-StPO, § 345 Rz 66-69 mwN.

⁷⁷⁴ 15 Os 87/04.

nichtigkeitsbegründenden Umstand, sondern versuchten jeweils, die Beweiswürdigung des Erstgerichtes zu bekämpfen⁷⁷⁵.

F. Statistik nach sachlicher Zuständigkeit des Erstgerichts

1. Allgemeines

Die Nichtigkeitsgründe sind für das Schöffен- bzw Geschworenenverfahren getrennt geregelt, für Ersteres in § 281 Abs 1, für Letzteres in § 345 Abs 1. Ein Verweisungszusammenhang besteht zwischen diesen Bestimmungen nicht. Allerdings sind einige der Nichtigkeitsgründe des § 345 Abs 1 jenen des § 281 nachgebildet.

Auch im Rechtsmittelverfahren schlägt sich allerdings eine Besonderheit des Geschworenenverfahrens massiv nieder: **Geschworenenurteile** gründen sich ausschließlich auf den Wahrspruch, enthalten darüber hinaus aber **keine Begründung**, also insbesondere keine Beweiswürdigung und keine über den Wahrspruch selbst hinausgehenden Feststellungen. Das erschwert die Anfechtung von Geschworenenurteilen beträchtlich. So gibt es etwa den im Schöffенverfahren bedeutsamsten Nichtigkeitsgrund, nämlich jenen nach § 281 Abs 1 Z 5, im Geschworenenverfahren nicht, weil ein Urteil, das keine Begründung zu enthalten hat, natürlich auch unter keinem Begründungsmangel leiden kann.

Die **materiellen Nichtigkeitsgründe, die im Schöffенverfahren von großer praktischer Bedeutung** sind, existieren zwar grundsätzlich auch im **Geschworenenverfahren**, erweisen sich dort allerdings als **beinahe bedeutungslos**. Auch dies erklärt sich aus dem strukturellen Unterschied zwischen Schöffен- und Geschworenenurteilen: Bei einem Schöffенurteil liegt es am Vorsitzenden, das Urteil so auszufertigen, dass sich aus den Feststellungen in den Urteilsgründen alle Merkmale der gesetzlich strafbaren Handlung ergeben. Die Nennung der Deliktsmerkmale im Urteilspruch alleine reicht dagegen nicht aus. Auch die Praxis zeigt, dass die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 9 und 10 meist durch Feststellungsmängel verwirklicht werden, weil in den Entscheidungsgründen des Urteils nicht alle für die Subsumtion entscheidenden Tatsachen festgestellt wurden.

Im Geschworenenverfahren hingegen enthalten schon die den Geschworenen gestellten Fragen (meist wörtlich) alle gesetzlichen Merkmale einer gesetzlich strafbaren Handlung, ergänzt um die nötigen Individualisierungsmerkmale (§ 312ff). Aus der Antwort der Geschworenen auf diese Fragen ergibt sich der Wahrspruch und damit unmittelbar das anzuwendende Delikt, ohne dass es weiterer Feststellungen im Urteil bedürfte. Da sich die Nichtigkeitsgründe nach § 345 Abs 11 und 12 aber nur aus dem Vergleich des Wahrspruchs mit dem herangezogenen Delikt ergeben können, kommt eine unrichtige rechtliche

⁷⁷⁵ 11 Os 44/04; 14 Os 177/03.

Beurteilung im Geschworenengericht kaum vor. Dazu kommt, dass auch **Feststellungsmängel**, die sich ebenso nur aus dem Wahrspruch ergeben könnten, **bei Geschworenenurteilen kaum denkbar** sind. Auch verwirklichen (allenfalls dennoch vorliegende) Feststellungsmängel im Geschworenengericht keinen materiellen Nichtigkeitsgrund, sondern sind in § 345 Abs 1 Z 6 und 9 gesondert geregelt und können deshalb auch nicht amtswegig wahrgenommen werden⁷⁷⁶. Im untersuchten Zeitraum waren deshalb die Nichtigkeitsgründe **nach § 345 Abs 1 Z 11 und 12 in keinem einzigen Fall verwirklicht**.

Insgesamt erweisen sich **Geschworenenurteile** daher als **nur sehr schwer bekämpfbar**. Am ehesten Aussicht auf Erfolg bei der Anfechtung von Geschworenenurteilen verspricht der Nichtigkeitsgrund nach § 345 Abs 1 Z 6. Wurden aber die Fragen richtig gestellt, kann das Urteil eines Geschworenengerichts kaum erfolgreich bekämpft werden⁷⁷⁷.

Da bei Geschworenenurteilen materielle Nichtigkeitsgründe iSd § 345 Abs 1 Z 11 und 12 aus den dargestellten Gründen kaum vorliegen können, jener nach Z 6 (unter den gegebenenfalls auch Feststellungsmängel fallen würden) aber nicht von Amts wegen wahrgenommen werden kann, hat die auch die amtswegige Wahrnehmung von Nichtigkeitsgründen zugunsten des Angeklagten im Geschworenengericht kaum praktische Bedeutung. Im Jahr 2004 kam es zu keiner einzigen amtswegigen Maßnahme nach §§ 344, 290 Abs 1.

2.Statistik

Aufgegliedert nach der sachlichen Zuständigkeit des Erstgerichts kam es im Jahr 2004 zu folgenden Entscheidungen:

Entscheidung	Schöffengericht (Gesamt: 479)		Geschworenengericht (Gesamt: 70)		
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	354	73,9	45	64,3	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	21	4,4	17	24,3	
Stattgebung und Zurückverweisung	68	14,2	7	10,0	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	12	2,5	1	1,4	
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	21	4,4	0	0	
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	3	0,6	0	0	
Gesamt:	Erfolglos	375	78,3	62	88,6
	Erfolgreich	104	21,7	8	11,4

⁷⁷⁶ Ratz in WK-StPO, § 281 Rz 614.

⁷⁷⁷ Siehe dazu oben S 163ff.

Insgesamt waren somit, wenn man auch die Fälle amtswegiger Wahrnehmung zugunsten des Angeklagten einbezieht, **knapp 22% aller Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile von Schöffengerichten erfolgreich, hingegen nur 11,4% der gegen Geschworenenurteile gerichteten Beschwerden**. Dies verwundert angesichts der oben dargestellten Unterschiede zwischen Geschworenen- und Schöffengerichtsurteilen nicht.

G. Entscheidungen über Strafberufungen und Beschwerden

Die Strafberufung ist ein ordentliches, aufsteigendes Rechtsmittel, mit dem die Straftat, das Strafmaß oder die Verhängung von Maßnahmen bekämpft werden können. Sie richtet sich grundsätzlich gegen eine **fehlerhafte Ermessensentscheidung**, während ein **Verstoß gegen zwingendes Recht mit Nichtigkeitsbeschwerde** (§§ 281 Abs 1 Z 11 bzw 345 Abs 1 Z 13) zu bekämpfen ist. Allerdings können (seit der StGNov 1989) mit Strafberufung auch Umstände geltend gemacht werden, die den genannten Nichtigkeitsgrund verwirklichen⁷⁷⁸. Eine Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Abs 1 Z 11 ist gem § 290 Abs 1 auch als Berufung zu werten.

In der höchstgerichtlichen Praxis spielt die Strafberufung nur eine untergeordnete Rolle. **Grundsätzlich** ist für die Entscheidung über die Strafberufung das **OLG zuständig** (§ 294 Abs 3). Ist jedoch mit einer Nichtigkeitsbeschwerde eine Strafberufung verbunden, so entscheidet der OGH selbst über die Berufung, wenn er die Nichtigkeitsbeschwerde nicht bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückweist. Auch wenn in der Praxis mit einer Nichtigkeitsbeschwerde fast immer auch eine Berufung verbunden wird – im Jahr 2004 wurde bei 523 von 549 Nichtigkeitsbeschwerden (95,3%) gleichzeitig Berufung erhoben –, entscheidet der OGH nur selten selbst über die Berufung:

Wie bereits mehrfach erwähnt, wird ein Großteil der Nichtigkeitsbeschwerden bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen (399 von 549). Bei diesen ist schon nach § 285i das OLG für die Entscheidung über die Berufung zuständig. Aber auch dann, wenn der OGH einer Nichtigkeitsbeschwerde, wenn auch nur teilweise, Folge gibt oder von Amts wegen materielle Nichtigkeitsgründe wahrnimmt, kommt es idR zu keiner Entscheidung über die Berufung: Im Hinblick auf § 28 StGB wird idR auch bei bloß teilweiser Urteilsaufhebung der gesamte Strafausspruch beseitigt. Verweist der OGH die Strafsache in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde an das Erstgericht zurück, so hebt er idR die gesamte Strafe auf, welche sodann im zweiten Rechtsgang neu festgesetzt wird. Entscheidet der OGH in der Sache selbst, so setzt er die Strafe bereits aufgrund der erfolgreichen Nichtigkeitsbeschwerde (oder aufgrund amtswegig wahrzunehmender materieller Nichtigkeitsgründe) selbst neu fest. Eine Entscheidung über die Berufung erübrigt sich in

⁷⁷⁸ Ratz in WK-StPO, § 283 Rz 1; F/F, § 283 Rz 1.

beiden Fällen, der Beschwerdeführer wird mit seiner Berufung auf die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde verwiesen⁷⁷⁹.

Lediglich in Ausnahmefällen muss der OGH, trotzdem er der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gibt, über die Berufung entscheiden, wenn der Strafausspruch trotz stattgebender Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde ausnahmsweise nicht zur Gänze beseitigt wird. So hat der OGH zu 11 Os 9/04 einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Schuldspruch wegen des Vergehens der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Abgabenhelderei nach §§ 37 Abs 1 lit b, 38 Abs 1 lit a FinStrG wegen eines Verstoßes gegen das Doppelverwertungsverbot (§ 281 Abs 1 Z 11) Folge gegeben und die über den Angeklagten verhängte Geldstrafe selbst neu festgesetzt, musste daneben aber über die Berufung gegen die (mit Nichtigkeitsbeschwerde nicht bekämpfte) Wertersatzstrafe entscheiden.

Im Wesentlichen entscheidet somit der OGH nur dann selbst über eine mit der Nichtigkeitsbeschwerde verbundene Berufung, wenn er Erstere **in öffentlicher Verhandlung verwirft**. Im Jahr 2004 wurden insgesamt 38 Nichtigkeitsbeschwerden nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verworfen. Mit 35 dieser Nichtigkeitsbeschwerden waren Berufungen verbunden, bei den übrigen 3 handelte es sich um Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gegen Freisprüche⁷⁸⁰.

Daneben wurde zu 11 Os 9/04 wie dargestellt über die Berufung (nur) gegen die Wertersatzstrafe entschieden (wobei der Berufung Folge gegeben und die verhängte Wertersatzstrafe deutlich herabgesetzt wurde). Zu 12 Os 48/04 gab der OGH bloß der Nichtigkeitsbeschwerde eines der beiden Angeklagten in öffentlicher Sitzung statt und hatte deshalb über die Berufung des anderen zu entscheiden, wobei er dieser nicht Folge gab.

Insgesamt kam es dabei zu folgenden Entscheidungen:

Entscheidung	Anzahl	Prozent
Berufung nicht Folge gegeben	31	83,8
Strafe herabgesetzt	5	13,5
Strafe erhöht	1	2,7

Die „Erfolgsquote“ von Berufungen – soweit der OGH darüber selbst zu entscheiden hat – liegt somit statistisch betrachtet etwa **gleich hoch wie jene der Nichtigkeitsbeschwerden**⁷⁸¹.

In der öffentlichen Diskussion stößt man immer wieder auf die Behauptung, es gäbe in der österreichischen Rechtsprechung ein Ost-West-Gefälle in dem Sinne, dass in Ostösterreich strengere Strafen verhängt würden als in Westösterreich. Diese Ansicht könnte man dadurch bestätigt sehen, dass bei allen Berufungsentscheidungen, bei denen der OGH die verhängte Strafe herabsetzte, die angefochtenen Urteile aus den OLG-Sprengeln Wien (3 Mal) bzw Graz (2) stammten. Allerdings ist die Anzahl der OGH-Entscheidungen

⁷⁷⁹ Vgl etwa 13 Os 67/04; 14 Os 129/03; 14 O 136/04; 11 Os 140/03; 11 Os 36/04; 11 Os 64/04; 12 Os 114/04; 13 Os 17/04; 14 Os 163/03; 14 Os 11/04; 15 Os 40/04; 15 Os 150/03; 14 Os 86/04; 14 Os 70/04; 14 Os 62/04; 14 Os 10/04; 13 Os 123/04; 13 Os 83/04; 13 Os 78/04; 13 Os 19/04; 12 Os 119/04; 12 Os 74/04; 12 Os 24/04; 11 Os 108/04; 11 Os 91/04; 11 Os 55/04.

⁷⁸⁰ 13 Os 125/03; 15 Os 120/03; 15 Os 75/04.

⁷⁸¹ Siehe dazu oben S 56ff.

über Berufungen selbstverständlich bei weitem zu gering, um zu dieser Frage statistisch Schlüsse ziehen zu können.

Weiters ist der OGH in bestimmten Fällen auch für die Entscheidung über eine Beschwerde gem § 498 zuständig. Gem § 498 Abs 3 letzter Satz entscheidet über eine solche Beschwerde, sofern zugleich Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wird, der für deren Erledigung zuständige Gerichtshof. Der OGH entscheidet über die Beschwerde dann, wenn er auch über die Berufung entscheidet, also iaR bei Verwerfung nach öffentlicher Verhandlung.

Ferner ist der OGH im – höchst seltenen – Fall, dass mit der Nichtigkeitsbeschwerde eine Beschwerde nach § 498, nicht aber eine Berufung verbunden wurde, auch bei Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung für die Entscheidung über die Beschwerde zuständig (§ 498 Abs 3 letzter Satz)⁷⁸². Zu einer Entscheidung des OGH über eine Beschwerde gegen einen Widerrufsbeschluss kam 2004 nur ganz vereinzelt⁷⁸³, wobei im untersuchten Zeitraum keiner Beschwerde Folge gegeben wurde.

H. Sonstige Statistiken zu Nichtigkeitsbeschwerden

1. Nach Delikten

Bisher wurden die Entscheidungen des OGH aus dem Gesichtspunkt der Nichtigkeitsgründe analysiert. Die folgende Statistik befasst sich damit, hinsichtlich welcher Delikte in Ersturteilen besonders häufig ein Nichtigkeitsgrund verwirklicht war. Erfasst sind all jene Delikte, hinsichtlich derer in zumindest 4 Fällen ein Nichtigkeitsgrund vorlag:

Delikt	Erfolgreich geltend gemacht	Amtswegig wahrgenommen
§ 28 SMG aF	26	10
§§ 146, 148 StGB	9	1
§ 33 FinStrG	5	1
§ 75 StGB	4	0
§ 212 StGB	4	0
§ 156 StGB	4	0
§ 27 SMG	1	3

Die Statistik zeigt also, dass **bei Suchtmitteldelikten** ganz besonders **häufig** ein **Nichtigkeitsgrund verwirklicht** ist. Bei Schuldsprüchen nach § 28 SMG aF lag Nichtigkeit in 36 Fällen vor, darüber hinaus bei 4 Schuldsprüchen nach § 27 SMG. Angesichts des Umstandes, dass bei insgesamt 112 angefochtenen Urteilen ein Nichtigkeitsgrund tatsächlich vorlag, waren 37% aller nichtigen Schuldsprüche solche nach diesen beiden Bestimmungen

⁷⁸² Zu einer solchen Entscheidung kam es im Jahr 2004 nur einmal, vgl 14 Os 69/04.

⁷⁸³ 15 Os 176/03; 15 Os 76/04; 14 Os 69/04.

des SMG. Freilich handelt es sich dabei um in der Praxis häufig vorkommende Delikte, lagen doch bei 102 von insgesamt 551 mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochtenen Urteilen den Angeklagten (zumindest auch) Delikte nach § 28 SMG aF zur Last. Dennoch waren aber über 35% aller Urteile nach § 28 SMG aF nichtig – und damit ein wesentlich höherer Prozentsatz als bei den Delikten des StGB.

Dabei sind nur jene Erkenntnisse berücksichtigt, bei denen die Nichtigkeit – in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen – auch tatsächlich wahrgenommen wurde, nicht hingegen Urteile, bei denen zwar ein Nichtigkeitsgrund vorlag, dieser aber nicht wahrgenommen wurde, weil er nicht prozessordnungskonform geltend gemacht wurde und (bei materiellen Nichtigkeitsgründen) mangels eines konkreten Nachteils für den Angeklagten auch nicht von Amts wegen aufzugreifen war⁷⁸⁴.

Dies erklärt sich zum Teil aus der im Jahr 2004 noch relativ jungen Rechtsprechung zu § 28 SMG, insbesondere zum Inverkehrsetzen einer großen und übergroßen Menge an Suchtgift⁷⁸⁵, die von manchen Erstgerichten offenbar mit Verspätung nachvollzogen wurde. Auch die Missachtung des temporären Verfolgungshindernisses nach § 35 Abs 1 SMG begründete in zahlreichen Fällen Nichtigkeit⁷⁸⁶.

Auch Urteile zum Finanzstrafgesetz waren im Vergleich zur Anzahl diese betreffender Beschwerden verhältnismäßig häufig mit Nichtigkeitsgründen behaftet.

Dies verwundert wenig, handelt es sich beim Finanzstrafrecht um ein breites Rechtsgebiet, das sich sowohl im formellen als auch im materiellen Recht deutlich von den Regelungen des allgemeinen Strafrechts unterscheidet. Überdies sind, während beim OGH mittlerweile ein Spezialsenat für Strafsachen nach dem Finanzstrafgesetz eingerichtet wurde⁷⁸⁷, Erstrichter zT nur sporadisch mit Finanzstrafdelikten befasst.

2. Nach Beschwerdeführern

Im Jahr 2004 wurden insgesamt **529 Nichtigkeitsbeschwerden von Angeklagten** und **30 von der Staatsanwaltschaft**⁷⁸⁸ eingebracht. Dass von Ersteren so viel häufiger Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wurde, überrascht nicht. Wie schon die Anzahl der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden zeigt, wird auf Seiten der Staatsanwaltschaft gründlich überlegt, ob gegen ein Urteil Nichtigkeitsbeschwerde eingebracht werden soll und eine solche nur ergriffen, wenn dies wirklich aussichtsreich erscheint. Hingegen beauftragen die Angeklagten ihren Anwalt vielfach auch mit der Erhebung von aussichtslosen Nichtigkeitsbeschwerden gegen (aus dem Gesichtspunkt der Nichtigkeitsgründe) fehlerfreie Urteile, sodass von vornherein zu erwarten ist, dass den Nichtigkeitsbeschwerden der

⁷⁸⁴ Vgl etwa 14 Os 111/04; 14 Os 112/04; 14 Os 71/04.

⁷⁸⁵ Ua 13 Os 1/04; 14 Os 166/03; 14 Os 34/04; 14 Os 70/04; 13 Os 123/04; 14 Os 71/04; 13 Os 60/04; dazu schon oben S 150ff.

⁷⁸⁶ Ua 11 Os 20/04; 11 Os 99/04; 12 Os 116/04; 13 Os 15/04; 14 Os 86/04; 15 Os 21/04; 15 Os 85/04; dazu schon oben S 143ff.

⁷⁸⁷ Derzeit der Senat 13.

⁷⁸⁸ Davon 2 zugunsten der Angeklagten.

Staatsanwaltschaft auch eine insgesamt höhere Erfolgswahrscheinlichkeit zukommt. Dies spiegelt die Statistik wieder⁷⁸⁹:

Entscheidung ⁷⁹²	Angeklagter (Gesamt: 527 ⁷⁹⁰)		Staatsanwalt (Gesamt: 29 ⁷⁹¹)		
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	387	73,4	17	58,6	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	35	6,7	3	10,3	
Stattgebung und Zurückverweisung	69	13,1	7	24,1	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	12	2,3	2	6,9	
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	21	4,0	0	0	
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	3	0,6	0	0	
Gesamt:	Erfolglos	422	80,1	20	69,0
	Erfolgreich ⁷⁹³	105	19,9	9	31,0

Sieht man somit von den Fällen der amtswegigen Wahrnehmung ab, so wurde Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft (31%) fast genau doppelt so häufig Folge gegeben wie von Angeklagten erhobenen (15,4%).

Weiters zeigt die Statistik, dass über Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft wesentlich häufiger in öffentlicher Sitzung entschieden wird als über solche der Verurteilten⁷⁹⁴. Dies erklärt sich schon zum Teil schon daraus, dass Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft (so sie nicht zugunsten des Angeklagten ergriffen wurden) erst nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung Folge gegeben werden kann.

Zur Frage, welche Nichtigkeitsgründe von den Angeklagten bzw der Staatsanwaltschaft erfolgreich geltend gemacht werden konnten, siehe unten im Anhang Statistik S 234.

⁷⁸⁹ Die Gesamtzahl bekämpfter Entscheidungen nach dieser Statistik deckt sich deshalb nicht mit der Anzahl der insgesamt über Nichtigkeitsbeschwerden ergangenen Entscheidungen, weil mehreren Erkenntnissen Nichtigkeitsbeschwerden sowohl des Angeklagten als auch der Staatsanwaltschaft zugrunde lagen

⁷⁹⁰ Über weitere zwei Nichtigkeitsbeschwerden musste nicht entschieden werden, weil der Angeklagte mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde auf die stattgebende Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft verwiesen wurde; vgl 13 Os 79/04; 15 Os 150/03.

⁷⁹¹ Über eine weitere Nichtigkeitsbeschwerden musste nicht entschieden werden, weil die Staatsanwaltschaft mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde auf die stattgebende Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten verwiesen wurde; vgl 13 Os 60/04.

⁷⁹² Ferner wurde eine Nichtigkeitsbeschwerde vom Finanzamt ergriffen (14 Os 94/04). Diese wurde bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen.

⁷⁹³ Hier sind alle Entscheidungen erfasst, bei denen ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wurde, egal ob in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen

⁷⁹⁴ Siehe dazu oben S 33 sowie im Anhang Statistik, S 229.

Auch bei Geschworenendelikten wurde von der Staatsanwaltschaft selten Nichtigkeitsbeschwerden erhoben, allerdings waren diese überdurchschnittlich erfolgreich, zumal von den 4 Nichtigkeitsbeschwerden 2 Erfolg beschieden war.

Erstgericht	Anzahl (Gesamt: 563)	Angeklagter Anzahl (Prozent)	Staatsanwaltschaft Anzahl (Prozent)
Schöffengericht	491 (87,2%)	461 (87,1%)	26 (86,7%)
Schwurgericht	72 (12,8%)	68 (12,9%)	4 (13,3%)

Die nachstehende Statistik zeigt schließlich, aus dem Sprengel welcher Oberstaatsanwaltschaften die seitens der Anklagebehörde ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerden stammten:

	Wien	Graz	Linz	Innsbruck
Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft	12	8	3	6

3. Nach örtlicher Zuständigkeit

Die nachstehende Statistik gibt die Entscheidungen des OGH entsprechend der Zugehörigkeit des Erstgerichts zu den 4 OLG-Sprengeln wieder:

Entscheidung	OLG-Sprengel								
	Wien (Gesamt: 226)		Graz (Gesamt: 128)		Linz (Gesamt: 114)		Innsbruck (Gesamt: 83)		
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	157	69,5	95	74,2	82	71,9	66	79,5	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	21	9,3	5	3,9	8	7,0	4	4,8	
Stattgebung und Zurückverweisung	32	14,2	19	14,8	15	13,2	10	12,0	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	7	3,1	4	3,1	2	1,8	0	0	
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	7	3,1	5	3,9	6	5,3	3	3,6	
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	2	0,9	0	0	1	0,9	0	0	
Gesamt:	Erfolglos	178	78,8	100	78,1	90	78,9	70	84,3
	Erfolgreich ⁷⁹⁵	48	21,2	28	21,9	24	21,1	13	15,7

⁷⁹⁵ Hier sind alle Entscheidungen erfasst, bei denen ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wurde, egal ob in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen.

Es fällt auf, dass der Anteil nichtiger Urteile bei den OLG-Sprengeln Wien, Graz und Linz sehr ausgeglichen ist, während Urteile aus dem OLG-Sprengel Innsbruck weit seltener mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sind. Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass die Judikatur des OGH zu § 28 SMG im Jahr 2004 im OLG-Sprengel Innsbruck offenbar besser umgesetzt wurde als in den anderen Sprengeln. Rechnet man die Entscheidungen zu § 28 SMG heraus, so liegt der Anteil nichtiger Urteile im OLG-Sprengel Innsbruck nicht mehr niedriger als in den anderen Sprengeln.

Eine nach Landesgerichten gegliederte Statistik findet sich im Anhang Statistik, S 240ff.

4.Nach Senaten

Wie bereits oben⁷⁹⁶ dargestellt, sind am OGH 5 Senate in Strafsachen tätig. Wie die nachstehende Statistik zeigt, bestehen, wenn man den Anteil an stattgebenden Entscheidungen über Nichtigkeitsbeschwerden vergleicht, statistisch betrachtet überraschend große Unterschiede zwischen diesen 5 Senaten:

Entscheidung	Senat 11 (Gesamt: 114)		Senat 12 (Gesamt: 95)		Senat 13 (Gesamt: 123)		Senat 14 (Gesamt: 118)		Senat 15 (Gesamt: 101)		
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	83	72,8	71	74,7	91	74,0	76	64,4	79	78,2	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	8	7,0	8	8,4	9	7,3	4	3,4	9	8,9	
Stattgebung und Zurückverweisung	12	10,5	10	10,5	17	13,8	26	22,0	11	10,9	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	5	4,4	2	2,1	2	1,6	4	3,4	0	0,0	
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	5	4,4	2	2,1	4	3,3	8	6,8	2	2,0	
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	1	0,9	2	2,1	0	0,0	0,0	0,0	0	0,0	
Gesamt:	Erfolglos	91	79,8	79	83,2	100	81,3	80	67,8	88	87,1
	Erfolgreich	23	20,2	16	16,8	23	18,7	38	32,2	13	12,9

Während also vom Senat 14 bei über 32% aller angefochtenen Urteile ein Nichtigkeitsgrund (in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen)

⁷⁹⁶

S 5ff.

wahrgenommen wurde, war dies beim Senat 15 nur bei knapp 13% der Fall. Überhaupt ist der Anteil an stattgebenden Entscheidungen beim Senat 14 wesentlich höher als bei allen anderen Senaten.

Zumindest zum Teil lässt sich dieser Unterschied damit erklären, dass der Senat 14 im untersuchten Zeitraum über mehr angefochtene Urteile über die besonders häufig mit Nichtigkeit belasteten Delikte nach § 28 SMG zu entscheiden hatte als dies bei allen anderen Senaten der Fall war⁷⁹⁷.

Divergenzen zwischen der Rsp der einzelnen Senate des OGH gab es bei der Frage, inwieweit eine unterlassene Belehrung nach § 262 nichtigkeitsbegründend ist⁷⁹⁸ sowie bei der Frage, ob bei gewerbsmäßigen Inverkehrsetzen einer die Grenzmenge um mehr als das 25fache übersteigenden Suchtgiftmenge das Vorliegen der Privilegierung nach § 28 Abs 3 zweiter Satz SMG für die Subsumtion relevant ist⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Angefochtene Urteile nach § 28 SMG nach Senaten: Senat 11: 11; Senat 12: 21; Senat 13: 23; Senat 14: 29; Senat 15: 18.

⁷⁹⁸ Dazu näher oben S 117f.

⁷⁹⁹ Siehe dazu näher oben S 8ff.

IV. Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes

A. Allgemeines

Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist ein Rechtsbehelf, mit dem die **Gesetzmäßigkeit der Strafrechtspflege** auch **außerhalb des ordentlichen Rechtsmittelsystems überprüft** und **Rechtsfehler nachträglich festgestellt** werden können⁸⁰⁰. Sie ist einerseits ein besonderes Instrument, um die Einheit der Rechtsprechung sicherzustellen, und kann andererseits zur Korrektur verfehlter Einzelentscheidungen genützt werden⁸⁰¹. Zu einer **Aufhebung der mittels NBzWdG bekämpften Entscheidung** kann es aber **nur zum Vorteil des Angeklagten** kommen. Hat sich dagegen der festgestellte Fehler nicht zu seinem Nachteil ausgewirkt, so bleibt es bei der **Feststellung der Rechtsverletzung** (§ 292).

Im Gegensatz zur außerordentlichen Wiederaufnahme nach § 362, mit der Fehler im Tatsachenbereich beseitigt werden können, dient die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ausschließlich der Feststellung (und uU Beseitigung) von Rechtsfehlern.

Sie kann nicht nur gegen rechtsfehlerhafte **Urteile**, sondern auch gegen **Beschlüsse** und überhaupt **jeden rechtswidrigen „Vorgang“ eines Strafgerichtes** erhoben werden (§ 23 Abs 1⁸⁰²). Dabei muss keineswegs ein Nichtigkeitsgrund verletzt worden sein, sondern genügt **jede unrichtige Anwendung des formellen und materiellen Rechts**, wobei bedeutungslos ist, ob die bekämpfte Entscheidung bereits rechtskräftig ist⁸⁰³. Selbst gegen eine bloß in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommende Rechtsmeinung kann eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes erhoben werden⁸⁰⁴.

Eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes wurde daher beispielsweise auch erhoben gegen eine unrichtige Rechtsbelehrung⁸⁰⁵, die zu Unrecht erfolgte Abfassung eines Urteils bloß in gekürzter Form⁸⁰⁶, das Absehen vom Widerruf hinsichtlich einer bereits widerrufenen Strafnachsicht⁸⁰⁷, die Anordnung der Bewährungshilfe ohne vorherige Anhörung des Angeklagten oder seines gesetzlichen Vertreters⁸⁰⁸, die Vorführung des Angeklagten und eines Zeugen ohne vorhergehende Ladung⁸⁰⁹ oder die Durchführung der

⁸⁰⁰ F/F, § 33 Rz 4; *Seiler*, Rz 1127.

⁸⁰¹ F/F, § 33 Rz 4; *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 4.

⁸⁰² Bis zum Inkrafttreten der StPO-Reform am 1.1.2008: § 33 Abs 2.

⁸⁰³ F/F, § 33 Rz 4; *Ratz* in WK-StPO § 292 Rz 3; *Seiler*, Rz 1128; *Bertel/Venier*, Rz 1082.

⁸⁰⁴ SSt 38/72; F/F, § 33 Rz 4; *Schroll* in WK-StPO, § 23 Rz 4; *Seiler*, Rz 1128; *Bertel/Venier*, Rz 1082.

⁸⁰⁵ 15 Os 177/03.

⁸⁰⁶ 14 Os 66/04.

⁸⁰⁷ 12 Os 92/04; *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 46.

⁸⁰⁸ 15 Os 144/04.

⁸⁰⁹ 15 Os 177/03.

Hauptverhandlung in Abwesenheit gegen einen Angeklagten, der das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (§ 32 Abs 1 iVm 46a Abs 2 JGG)⁸¹⁰.

Ermessensentscheidungen können nur dann Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes sein, wenn sie auf einer **unrichtigen Rechtsansicht** beruhen⁸¹¹ oder einen **willkürlichen Ermessensgebrauch** darstellen⁸¹². Ferner sind diesem Rechtbehelf auch Entscheidungen zugänglich, mit denen die **Grenzen des zulässigen Ermessens überschritten** wurden⁸¹³.

Somit können auch jene Fehler, die die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z 11 bzw § 345 Abs 1 Z 13 verwirklichen⁸¹⁴, mit Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes aufgegriffen werden.

Eine Ermessensfrage stellte etwa die Annahme oder Verneinung der Befangenheit eines Richters (§ 72 aF⁸¹⁵) dar. Die Abweisung eines Ablehnungsantrags konnte zu 15 Os 177/03 deshalb mit Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes bekämpft werden, weil der Gerichtsvorsteher bei der Entscheidung lediglich von der Stellungnahme des Abgelehnten ausgegangen war, ohne das Antragsvorbringen anhand der Aktenlage zu überprüfen, sodass die Ermessensentscheidung auf einer unrichtigen Rechtsansicht – nämlich der alleinigen Bedeutung der Stellungnahme des abgelehnten Richters – beruhte.

Nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes angefochten werden können hingegen etwa **diversionelle Maßnahmen des Staatsanwalts**⁸¹⁶. Nicht zur Verfügung steht der Rechtbehelf auch zur Anpassung einer Entscheidung an eine später geänderte Rechtslage oder modifizierte Wertungsmaßstäbe, weil diesfalls das zum Entscheidungszeitpunkt geltende Gesetz richtig angewendet wurde⁸¹⁷.

Obwohl der OGH selbst als „Strafgericht“ handelt, lässt er die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gegen oberstgerichtliche Entscheidungen nicht zu⁸¹⁸, weil zur Vereinheitlichung der höchstgerichtlichen Judikatur die Einrichtung des verstärkten Senates (§ 8 OGHG) dient⁸¹⁹.

Insgesamt werden mittels NBzWdG zwar **häufig** mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr bekämpfbare **verfehlt Einzelentscheidungen korrigiert**, darüber hinaus aber nimmt die NBzWdG eine **zentrale Rolle in der Rechtsfortbildung und Sicherung der Rechtseinheit** ein. Während sich die Entscheidungen des OGH über „gewöhnliche“ Nichtigkeitsbeschwerden häufig auf deren Zurückweisung samt Begründung beschränken, werden im Rahmen der NBzWdG von der Generalprokuratur **gezielt auch strittige oder ungeklärte Rechtsprobleme** an den OGH herangetragen.

⁸¹⁰ Vgl 11 Os 120/04; 14 Os 25/04; 13 Os 130/04; 13 Os 138/04.

⁸¹¹ EvBl 19080/116; RZ 1980, 39; F/F, § 33 Rz 4; *Bertel/Venier*, Rz 1083.

⁸¹² EvBl 1999/166; F/F, § 33 Rz 4; *Bertel/Venier*, Rz 1083; *Schroll* in WK-StPO, § 23 Rz 5.

⁸¹³ *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 7; *Seiler*, Rz 1129; *Bertel/Venier*, Rz 1083.

⁸¹⁴ Siehe dazu oben S 155ff.

⁸¹⁵ Vgl nunmehr §§ 43 - 45.

⁸¹⁶ *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 2; F/F, § 33 Rz 4; vgl auch *Walter/Zeleny*, ÖJZ 2001, 447ff.

⁸¹⁷ *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 5; F/F, § 33 Rz 4; MR 1992/15.

⁸¹⁸ SSt 58/47; *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 2; aM jedoch F/F, § 33 Rz 4.

⁸¹⁹ Siehe zu den verstärkten Senaten schon oben S 8ff.

B. Die Antragstellung

Zur Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist **ausschließlich** die **Generalprokuratur** berechtigt. Diese kann den Rechtsbehelf von Amts wegen oder im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz erheben.

Die Staatsanwaltschaften sind verpflichtet, den Oberstaatsanwaltschaften jene Fälle, die sie zur Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes für geeignet halten, vorzulegen. Letztere hat in der Folge zu beurteilen, ob die Sache der Generalprokuratur vorzulegen ist (§ 23 Abs 2⁸²⁰).

Darüber hinaus kann **jedermann**, also auch der Angeklagte, **beim Generalprokurator** die Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes **anregen**. Ein subjektiver **Rechtsanspruch** auf Erhebung einer solchen **besteht** jedoch **nicht**⁸²¹. Der Generalprokurator braucht auch keine Gründe anzugeben, wenn er einer solchen Anregung nicht nachkommt⁸²². Umgekehrt kann sich der Angeklagte der Erhebung der Beschwerde nicht widersetzen⁸²³.

Mitunter werden Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes auch von Erstrichtern selbst bei der Generalprokuratur angeregt, wenn diese nachträglich einen Rechtsfehler in ihrer eigenen rechtskräftigen Entscheidung vorfinden⁸²⁴.

Ein Angeklagter kann aber jedenfalls keine NBzWdG selbst einbringen. Ein vom Beschuldigten selbst eingebrachtes, als „Beschwerde“ gegen eine Berufungsentscheidung bezeichnetes Rechtsmittel wurde vom OGH zwar als NBzWdG behandelt, aber als unzulässig zurückgewiesen⁸²⁵.

C. Statistiken

Insgesamt hatte der OGH im Jahr 2004 über **65 NBzWdG** zu entscheiden. In der ganz überwiegenden Zahl davon, nämlich **in 60 Fällen (92,3 %)**, schloss er sich dabei der Ansicht der Generalprokuratur zur Gänze an und gab der NBzWdG **Folge**. **Drei Beschwerden** (4,6%) gab der OGH bloß **teilweise Folge** und verwarf sie im Übrigen. Lediglich **zwei Beschwerden** (3,1 %) wurden **zur Gänze verworfen**.

Entscheidung (Gesamt: 65)	Anzahl	Prozent
Stattgebung	60	92,3
Teilweise Verwerfung, teilweise Stattgebung	3	4,6
Verwerfung	2	3,1

⁸²⁰ Vor dem 1.1.2008: § 33 Abs 2.

⁸²¹ SSt 53/26; *Seiler*, Rz 1128.

⁸²² *Bertel/Venier*, Rz 1081.

⁸²³ *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 4.

⁸²⁴ Vgl etwa 14 Os 25/04.

⁸²⁵ 15 Os 61/04.

In der überwiegenden Zahl der Fälle hatten NBzWdG primär Urteile oder Beschlüsse zum Gegenstand. In **54** Fällen (59,9 %) richtete sich die NBzWdG **gegen ein Urteil**, **26** Mal (40 %) zumindest auch **gegen einen Beschluss** und in nur **zwei** Fällen ausschließlich **gegen einen „sonstigen Vorgang“** iSd § 23 Abs 1⁸²⁶.

Bekämpfte Entscheidung oder Vorgang (Gesamt: 65)	Anzahl	Prozent
Urteil	37	59,9
Beschluss	26	40
Sonstiger Vorgang	2	3,1

Wie erwähnt kommt es zur Aufhebung einer Entscheidung aufgrund einer NBzWdG nur dann, wenn zumindest nicht auszuschließen ist, dass sich der Verstoß zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt hat. Hat sich der Gesetzesverstoß jedoch zu seinem Vorteil ausgewirkt, bleibt es bei dessen Feststellung. Wie die Statistik offenbart, wird ein **Großteil der NBzWdG zum Vorteil des Angeklagten erhoben**, zumal es in der überwiegenden Zahl der Fälle (76,9 %) zu einer Aufhebung der bekämpften Entscheidung kommt:

Entscheidung (Gesamt: 65)	Anzahl	Prozent
Aufhebung	50	76,9
Nur Feststellung der Rechtsverletzung	13	20
Verwerfung	2	3,1

In **27** der insgesamt 63 zumindest teilweise stattgebenden Entscheidungen (42,9 %) verwies der OGH die Rechtssache **zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück**. **23** Mal entschied er **in der Sache selbst** oder behob die angefochtenen Entscheidung ersatzlos (36,5 %). In lediglich **13** Fällen blieb es bei der **Feststellung der Rechtsverletzung**.

Stattgebende Entscheidungen (Gesamt: 63)	Anzahl	Prozent
Stattgebung und Zurückverweisung	27	42,9
Ersatzlose Aufhebung bzw Entscheidung in der Sache	23	36,5
Nur Feststellung der Rechtsverletzung	13	20,6

Die mit Strafrecht befassten Senate des OGH waren mit einer recht unterschiedlichen Anzahl an NBzWdG befasst. Nach Senaten wurden folgende Entscheidungen getroffen:

⁸²⁶

Bis zum 31.12.2007: § 33 Abs 2.

Entscheidung (Gesamt: 65)	Senat 11 (Gesamt: 6)		Senat 12 (Gesamt: 17)		Senat 13 (Gesamt: 11)		Senat 14 (Gesamt: 18)		Senat 15 (Gesamt: 13)	
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Stattgebung	6	100,0	16	94,1	9	81,8	16	88,9	13	100,0
Teilweise Verwerfung, teilweise Stattgebung	0	0	1	5,9	2	18,2	0	0	0	0
Verwerfung	0	0	0	0	0	0	2	11,1	0	0

Eine nach örtlicher Zuständigkeit des Erstgerichtes gegliederte Statistik zeigt – verglichen mit der entsprechenden Auswertung im Kapitel „Nichtigkeitsbeschwerden“⁸²⁷ – überraschende Ergebnisse. Während nämlich etwa die „Fehlerquote“, dh die Anzahl aufgehobener Entscheidungen, im OLG-Sprengel Innsbruck im Rahmen „gewöhnlicher“ Nichtigkeitsbeschwerden mit Abstand am niedrigsten war, wurden im Rahmen der NBzWdG deutlich überproportional viele das Gesetz verletzende Entscheidungen aus diesem Sprengel behandelt.

Entscheidung	OLG-Sprengel							
	Wien (Gesamt: 19)		Graz (Gesamt: 9)		Linz (Gesamt: 12)		Innsbruck (Gesamt: 25)	
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Stattgebung und Zurückverweisung	4	21,1	6	66,7	4	33,3	12	48,0
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	7	36,8	2	22,2	4	33,3	8	32,0
Stattgebung und Feststellung der Rechtsverletzung	5	26,3	1	11,1	3	25,0	4	16,0
Teilweise Verwerfung, teilweise Feststellung der Rechtsverletzung	2	10,5	0	0	1	8,3	0	0
Verwerfung	1	5,3	0	0	0	0	1	4,0

D. Verworfenene Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes

1. Zur Gänze verworfene Beschwerden

Bei lediglich zwei NBzWdG schloss sich der OGH der Ansicht der Generalprokuratur nicht an und verwarf sie zur Gänze.

⁸²⁷

Siehe oben S 178.

Die zu 14 Os 80/04 ergangene Entscheidung hatte das Verhältnis der nachträglichen Strafmilderung zur Wiederaufnahme des Strafverfahrens zum Gegenstand.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte hatte im erstgerichtlichen Verfahren angegeben, am 11.10.1984 geboren und daher im Tatzeitraum (2001) noch Jugendlicher gewesen zu sein. Das Erstgericht glaubte dieser (durch Dokumente nicht belegten) Altersangabe nicht und stellte fest, der Angeklagte sei im Tatzeitpunkt älter als 18, aber wohl (im Zweifel) noch nicht 21. Jahre alt gewesen. Demnach wendete das Erstgericht nicht die für jugendliche Straftäter geltende Bestimmung des § 5 Z 4 JGG, sondern jene des § 36 StGB an. Wenige Tage nach Urteilsrechtskraft legte der Angeklagte neue Dokumente als Beweismittel dafür vor, tatsächlich am 11.10.1984 geboren zu sein. Dazu stellte er (im Ergebnis) den Antrag, die verhängte Strafe unter Anwendung des § 5 JGG gem § 31a StGB nachträglich angemessen zu mildern und beantragte in eventu die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 353 Z 2 StPO) und „die Verurteilung unter Anwendung des § 5 JGG“. Der Drei-Richter-Senat, der von der Echtheit und Richtigkeit der vorgelegten Urkunden ausging, setzte die verhängte Freiheitsstrafe gemäß § 31a Abs 1 StGB unter Anwendung des § 5 Z 4 JGG von acht auf fünf Jahre herab.

Gegen diesen Beschluss erhob die Generalprokuratur NBzWdG, weil eine nachträgliche Strafmilderung nur im Rahmen des schon bisher angewendeten Strafsatzes erfolgen könne. Kämen nachträglich Umstände hervor, die eine Änderung des Strafsatzes bedingten, könnten sie nicht Gegenstand einer nachträglichen Strafmilderung, sondern vielmehr nur der Wiederaufnahme iSd § 353 Z 2 sein. Ein solcher, die Änderung des anzuwendenden Strafsatzes bedingender Umstand sei das jugendliche Alter des Beschuldigten im Tatzeitpunkt, sofern das erkennende Gericht im Tatzeitpunkt davon ausgegangen sei, dass es sich beim Angeklagten um einen Erwachsenen oder jungen Erwachsenen handle. § 5 JGG sei nämlich zwingend anzuwenden und schaffe eigene, gegenüber § 36 StGB herabgesetzte Strafsätze.

Dem schloss sich der OGH nicht an. Ihm zufolge meint der Begriff des anzuwendenden Strafsatzes nur die rechtsrichtige Subsumtion, nicht aber weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen. Die Nichtanwendung des § 5 Z 4 JGG – der eben den sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen zuzurechnen ist – muss demnach nach § 31a Abs 1 StGB beurteilt werden, während eine Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel, die eine Subsumtion unter einen milderen Strafsatz bedingen, zum Gegenstand eines Wiederaufnahmesantrages gemacht werden können.

Zu 14 Os 49/04 machte die Generalprokuratur eine Verletzung des § 7a MedienG durch die Ablehnung eines auf diese Bestimmung gestützten Ersatzanspruches geltend.

Eine Wochenzeitung hatte unter dem Titel "Schlagender Schuldirektor a. D. Josef W***** klagte die Mutter eines Schülers und verlor - VS-Skandal M*****: Statt übler Nachrede gab's klares Urteil!" mit Bezug auf ein zuvor eingestelltes Disziplinarverfahren gegen den früheren Direktor einer Volksschule vom Ausgang eines von diesem angestregten Zivilprozesses berichtet. Die Richterin sei nach einem umfangreichen Beweisverfahren zum Schluss gekommen, dass W*****, dessen Name im Artikel insgesamt sieben Mal erwähnt wurde, dem Sohn der Beklagten zumindest ein Mal mit einem Holzlineal auf den Kopf geschlagen und ihm zumindest ein Mal eine Ohrfeige versetzt habe. Zudem habe er "einen Schlüsselbund nach dem Sohn der Beklagten geworfen, der

diesen hinter dem rechten Ohr traf und verletzte." Der Artikel schloss mit folgenden Worten: "Im Gerichtsverfahren konnte die Mutter aufgrund der engagierten Vertretung ihres Rechtsanwaltes sämtliche Argumente vortragen und auch die notwendigen Beweismittel erbringen, was beim Disziplinarverfahren nicht möglich war. RA P****: 'Für den Volksschuldirektor ergibt sich jetzt die Konsequenz, dass er nun seinerseits mit Schmerzensgeldforderungen des betroffenen Kindes rechnen muss und unter Umständen sogar eine Wiederaufnahme des Disziplinarverfahrens denkbar wäre.'" Sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht verneinten einen Entschädigungsanspruch nach § 7a MedienG, weil angesichts zuvor über Monate erfolgter identifizierender Berichterstattung im Hinblick auf die durch das Urteil eines Zivilgerichtes eingetretene Wende ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit bestanden habe.

In der gegen diese Urteile erhobenen NBzWdG führte die Generalprokuratur aus, dass bei der Preisgabe des Namens der im § 7a Abs 2 Z 1 MedienG genannten Personen ein strenger Maßstab anzulegen und bei der Abwägung zwischen den Interessen des Betroffenen und dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten sei. Vorliegend seien jedenfalls schutzwürdige Interessen des Antragstellers verletzt worden, zumal sich die Verdachtslage bloß auf Vergehen bezogen habe und das Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung des Namens des Antragstellers in den Hintergrund trete, zumal dieser „als einer von zahllosen Schulleitern und angesichts seiner am 1. September erfolgten Pensionierung zur Zeit des inkriminierten Reports keineswegs im Blickpunkt des öffentlichen Lebens“ gestanden habe.

Demgegenüber vertrat der OGH die Auffassung, dass § 7a Abs 1 Z 2 MedienG vorliegend nicht anwendbar sei, weil danach nur anspruchsberechtigt sei, wer „einer gerichtlich strafbaren Handlung verdächtig ist oder wegen einer solchen verurteilt wurde“. Dies sei nur dann der Fall, wenn jemandem eine Tat zur Last liege, die einer strafbaren Handlung subsumierbar sei. Stelle der von der Veröffentlichung angesprochene Leser eine solche Verbindung nicht her, scheide eine Entschädigung nach § 7a Abs 1 Z 2 MedienG aus. Könne daher der berichtete Sachverhalt in den Augen des angesprochenen Lesers nur zu disziplinarischen, nicht aber zu strafrechtlichen Konsequenzen führen, lägen die Anspruchsvoraussetzungen nicht vor. Der Leser müsse dabei über die „strafrechtliche Implikation des behaupteten Sachverhaltes wenigstens so weit Bescheid wissen, dass er, auch ohne juristische Fachkenntnisse zu besitzen, diesen rechtlichen Sinnzusammenhang nach Art eines Aha-Erlebnisses“ verstehe. Vorliegend sei der Veröffentlichung, die an die Allgemeinheit gerichtet sei, kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass die dem Antragsteller angelasteten Taten gerichtlich strafbar sein könnten, sodass ein Anspruch nach § 7a MedienG nicht in Frage käme. Demnach verwarf der OGH die NBzWdG.

Diese Begründung steht und fällt freilich mit der Hypothese, die von der Zeitung angesprochene „Allgemeinheit“ könne den berichteten Sachverhalt (v.a. das Werfen eines Schlüsselbundes auf den Schüler, wodurch dieser verletzt wurde) nicht ohne Weiteres einem strafrechtlichen Tatbestand subsumieren. Dem könnte man entgegenhalten, dass es sich beim Delikt der Körperverletzung um einen derart bekannten, aus dem Kernbereich des StGB stammenden Tatbestand handelt, dass er einem großen Teil der „Allgemeinheit“ auch ohne

besondere juristische Vorkenntnisse bekannt sein dürfte. Daher sollte wohl auch einem Großteil der Allgemeinheit erkennbar sein, dass etwa das Werfen eines Schlüsselbundes auf ein Kind, das zu einer Verletzung führt, einen strafrechtlichen und nicht bloß disziplinären Tatbestand erfüllen kann.

2. Teilweise verworfene Beschwerden

In drei Fällen verwarf der OGH einen Teil der erhobenen NBzWdG, gab ihr im Übrigen aber Folge.

Teilweise verworfen wurde die zu 13 Os 154/03 erhobene NBzWdG.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die StA hatte gegen den Angeklagten Antrag auf Bestrafung wegen des Vergehens der Beleidigung unter Ausnützung einer Amtsstellung nach §§ 115, 117 Abs 3, 313 StGB erhoben, weil dieser als Polizeibeamter im Rahmen einer Fahrzeugkontrolle einen Schwarzafrikaner als „Scheiß-Neger“ bezeichnet hatte. Das Bezirksgericht stellte das Verfahren gemäß § 451 Abs 2 mit Beschluss ein, weil diese Beleidigung „noch nicht die Menschenwürde“ tangiere und deshalb nach § 117 Abs 3 StGB kein Officialdelikt in Betracht käme. Einer gegen diesen Beschluss von der Staatsanwaltschaft erhobenen Beschwerde gab das Landesgericht Linz nicht Folge, wobei es dazu ua ausführte, dass der in Rede stehende Ausspruch zwar eine Beschimpfung darstelle, aber noch nicht die Menschenwürde zu verletzen vermöge, sondern der Unmut über eine bestimmte Person in der Weise kundgetan werde, dass man sie beschimpft „und dabei zufällig Bezug auf die diese Person angehörende Berufsgruppe oder Rasse nehme“. Die Äußerung könne daher nicht unter § 117 Abs 3 StGB subsumiert werden.

In der gegen diese Entscheidung erhobenen NBzWdG machte der Generalprokurator ua geltend, dass dem Beschwerdegericht die Feststellung, wonach bei der inkriminierten Äußerung lediglich „zufällig“ auf die Rasse des Adressaten Bezug, nicht zugestanden wäre. Der OGH schloss sich dieser Auffassung der Generalprokuratur nicht an und führte aus, dass die "Überzeugung" (§ 451 Abs 2) des Richters, dass die dem Antrag zugrunde liegende Tat vom Gesetz nicht mit Strafe bedroht ist oder dass Umstände vorliegen, durch die die Strafbarkeit der Tat aufgehoben oder die Verfolgung wegen der Tat ausgeschlossen ist, nicht nur Rechtsfragen, sondern auch Tatfragen betreffen könne. Bei Prüfung der Frage, ob ein Einstellungsgrund vorliege (§ 451 Abs 2), ist es dem Gericht demnach nicht generell verwehrt, Sachverhaltsannahmen zu treffen, deren Konsequenz die Verfahrenseinstellung sei. Das in § 451 Abs 2 genannte Kriterium der "Überzeugung" des Richters bringt vielmehr nur zum Ausdruck, dass bloße Zweifel am Vorliegen eines vom Ankläger angenommenen Sachverhalts noch keinen Grund für eine Verfahrenseinstellung bilden, sondern der Klärung in der Hauptverhandlung vorbehalten sind. Insoweit verwarf der OGH die NBzWdG, der er aber im Übrigen Folge gab, wobei er in rechtlicher Hinsicht ausführte, dass eine Beschimpfung oder Verspottung iSd § 115 StGB, bei der der Betroffene – wie durch die verfahrensgegenständliche Äußerung – als ethnisch, kulturell oder moralisch schlechthin minderwertig abqualifiziert werde, unter § 117 Abs 1 StGB falle.

Ebenso teilweise verworfen wurde die zu 13 Os 55/04 erhobene NBzWdG, die die Verletzung der Anwaltpflicht und die Neudurchführung der Verhandlung zum Inhalt hatte.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Aufgrund der wegen des Verbrechens der versuchten Erpressung gegen zwei Personen erhobenen Anklage wurde am 9.7.2003 eine Hauptverhandlung durchgeführt, in der einer der Angeklagten – entgegen § 41 Abs 1 Z 2 aF⁸²⁸ – nicht durch einen Verteidiger vertreten war. Dabei wurden beide Angeklagten eingehend zu den Tatvorwürfen einvernommen. In der fortgesetzten Hauptverhandlung vom 13.8.2003, in der auch das (schuldsprechende) Urteil erging, waren beide Angeklagte anwaltlich vertreten. Ein formeller Beschluss auf Neudurchführung des Verfahrens war dem Protokoll nicht zu entnehmen.

Nach Ansicht der Generalprokuratur verletzte nicht nur die Durchführung der HV am 9.7.2003 mangels Vertretung des Angeklagten durch einen Verteidiger das Gesetz, sondern auch das darauf basierende Urteil, zumal eine Neudurchführung oder eine gänzliche Wiederholung des in Abwesenheit des Verteidigers durchgeführten Verfahrensabschnitts, durch die der Mangel saniert wäre, nicht stattgefunden habe. Insbesondere sei es in der Verhandlung vom 13.8.2003 zu keinem neuerlichen Vortrag der Anklage, keiner Gegenäußerung des Verteidigers und keiner zusammenhängenden Verantwortung der Angeklagten gekommen, sondern hätten diese lediglich – in Verbindung mit ergänzenden Befragungen – global auf ihre bisherige, auch nicht verlesene Verantwortung verwiesen.

Der OGH stellte zwar – soweit auch eindeutig – eine Verletzung der Bestimmung des § 41 Abs 1 Z 2 aF⁸²⁹ durch Durchführung der Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten fest, verwarf aber im Übrigen die NBzWdG. In der Verhandlung vom 13.8.2003 seien nämlich die Angeklagten neuerlich zu den ihnen angelasteten Taten befragt bzw ergänzend einvernommen worden. Dabei hätten beide auf ihre bisherigen Verantwortungen verwiesen, womit auch ihre Einlassungen in der HV vom 9.7.2003 Gegenstand der nunmehrigen HV geworden seien. Damit sei aber das ursprünglich in Abwesenheit des Verteidigers des Erstangeklagten durchgeführte Verfahren in dessen Anwesenheit zur Gänze wiederholt worden. Zwar sei ein neuerlicher Vortrag der Anklage in der HV vom 13.8.2003 unterblieben, jedoch begründe dies einerseits keine Nichtigkeit und sei andererseits dem Recht der Verteidigung, dem Anklagevorwurf mittels Gegenäußerung zu erwidern, entsprochen worden, weil es dem Verteidiger offengestanden sei, zu dem bereits in der HV vom 9.7.2003 vorgetragenen Strafantrag, der ihm mit der Ladung zugestellt worden sei, Stellung zu nehmen. Damit sei dem Schutzzweck des § 41 Abs 1 Z 2 aF voll entsprochen worden, zumal das Verfahren inhaltlich neu durchgeführt worden sei und all dies einer formellen Wiederholung des unter Verteidigerpflicht stehenden Verfahrensabschnittes gleich komme. Entgegen der Ansicht des Generalprokurators sei damit das Urteil nicht mit Nichtigkeit iSd §§ 281 Abs 1 Z 1a, 489 Abs 1 belastet.

Im Hinblick darauf, dass der OGH in anderen Fragen häufig durchaus formalistische Auffassungen vertritt, überrascht diese Entscheidung etwas. Jedenfalls aber wird damit der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1

⁸²⁸ Seit 1.1.2008: § 61 Abs 1 Z 2.

⁸²⁹ Seit 1.1.2008: § 61 Abs 1 Z 2 (BGBl 19/2004).

Z 1a – der ohnehin wenig praktische Bedeutung hat – ausgehöhlt, zumal er dann, wenn eine HV über mehrere Tage durchgeführt wird und der Angeklagte trotz Anwaltpflicht anfangs anwaltlich nicht vertreten ist, kaum mehr vorliegen wird.

Zum Teil verworfen wurde schließlich eine NBzWdG⁸³⁰, soweit sie sich gegen die „von der Entscheidung über die Untersuchungshaft gesonderte Fassung des Beschlusses des Untersuchungsrichters“ richtete, mit dem dieser die Aufhebung der U-Haft gegen gelindere Mittel anordnete und den Antrag der StA auf Verhängung der U-Haft auch aus dem Haftgrund der Tatbegehungsgefahr abwies.

Der Untersuchungsrichter hatte mit handschriftlich auf dem AV-Bogen niedergelegten Beschluss die U-Haft (nur) aus dem Haftgrund der Fluchtgefahr verhängt (Punkt 1 des Beschlusses), deren Aufhebung gegen gelindere Mittel angeordnet (Punkt 2) und den Antrag der StA auf Verhängung der U-Haft auch aus dem Haftgrund der Tatbegehungsgefahr abgewiesen. Lediglich die Punkte 2 und 3 dieses Beschlusses wurden in der Folge samt Begründung gesondert ausgefertigt.

Der OGH verwarf die Beschwerde, weil trotz der nach Entscheidungspunkten gesonderten Ausfertigung der Punkte 2.) und 3.) des Haftbeschlusses eine im Einklang mit § 179 Abs 2 und 3 aF⁸³¹ stehende einheitliche Beschlussfassung vorliege, zumal für deren Überprüfung nur die Urschrift maßgebend sei. Es handle sich um uneingeschränkt im Sinne der Urschrift berichtigungsfähige Ausfertigungen des ursprünglichen – handschriftlich im AV-Bogen festgehaltenen – Beschlusses.

E. Stattgebende Erkenntnisse

In den meisten Fällen schloss sich der OGH der Ansicht der Generalprokuratur an und gab der NBzWdG Folge. Nachfolgend werden jene Gesetzesverletzungen, die zur Erhebung der insgesamt 60 NBzWdG führten, denen vom OGH Folge gegeben wurde, überblicksmäßig dargestellt. Zunächst werden einige Gesetzesverstöße behandelt, die **wiederholt Gegenstand von NBzWdG** waren. Allen voran sind in diesem Zusammenhang **Fehler im Widerrufsverfahren nach §§ 494a-496** sowie bei der **Verhandlung und Urteilsfällung in Abwesenheit des Angeklagten** zu nennen.

1. Wiederholt behandelte Gesetzesverletzungen

a) Widerrufsbeschlüsse

Besonders häufig machte die fehlerhafte Anwendung des in § 494a geregelten Verfahrens zur Gewährung einer bedingten Strafnachsicht die Erhebung einer NBzWdG nötig, wobei die genannte Bestimmung verschiedene Fehlerquellen barg:

⁸³⁰ 12 Os 67/04.

⁸³¹ IdF vor der StPO-Reform, BGBl 19/2004.

Unrichtig angewendet wurde in mehreren Fällen die Bestimmung des § 56 StGB, wonach das Gericht eine Verlängerung der Probezeit oder einen Widerruf der bedingten Strafnachsicht wegen einer in der Probezeit begangenen strafbaren Handlung nur in der Probezeit, innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der Probezeit oder nach Beendigung eines bei deren Ablauf bereits anhängigen Strafverfahrens zulässig ist.

Diese Bestimmungen der §§ 53 bzw 56 StGB wurden verletzt:

- zu 15 Os 36/04 durch einen 9 Monate nach Ablauf der Probezeit gefassten Beschluss auf Absehen vom Widerruf und Verlängerung der Probezeit auf fünf Jahre wegen einer in der Probezeit begangenen strafbaren Handlung, obwohl das Verfahren zum Zeitpunkt des Ablaufs der Probezeit noch nicht anhängig war;
- zu 11 Os 40/04 durch einen Beschluss eines LG als Beschwerdegericht, mit dem dieses einer Beschwerde gegen das Unterbleiben einer Beschlussfassung nach § 494a Folge gab, vom Widerruf absah und die Probezeit auf 5 Jahre verlängerte, obwohl das erstgerichtliche Verfahren wegen der – in der Probezeit begangenen – Tat erst etwa ein Monat nach Ablauf der Probezeit eingeleitet worden war und das Berufungsgericht seine Entscheidung erst etwa zehn Monate nach diesem Zeitpunkt traf;
- zu 14 Os 103/04 durch den Widerruf einer bedingten Entlassung, obwohl die dem Schuldspruch zugrunde liegende Straftat bereits vor Beginn der mit der bedingten Entlassung beginnenden Probezeit begangen worden war.

Wiederholt machte ferner die fehlerhafte Anwendung der Regelung des § 55 StGB über den Widerruf bei nachträglicher Verurteilung die Erhebung mehrerer NBzWdG nötig. § 55 Abs 1 StGB sieht nämlich, wenn mehrere Straftaten eines Rechtsbrechers nach der Zeit ihrer Begehung Gegenstand eines Urteils hätten sein können, nur den Widerruf der bedingten Strafnachsicht vor, sofern bei gemeinsamer Aburteilung die bedingte Strafnachsicht nicht gewährt worden wäre. Wird die bedingte Nachsicht nicht widerrufen, dauert nach § 55 Abs 3 StGB jede der zusammentreffenden Probezeiten bis zum Ablauf jener Probezeit, die zuletzt endet, längstens aber fünf Jahre. Eine Verlängerung der Probezeit bei Absehen vom Widerruf ist bei nachträglicher Verurteilung iSd § 31 StGB hingegen nicht vorgesehen – was in drei Fällen übersehen wurde⁸³².

In allen drei Fällen wurde die mit NBzWdG bekämpfte Entscheidung vom OGH aufgehoben. In allen diesen Fällen war überdies die Entscheidung über den Widerruf bzw die Verlängerung der Probezeit von jenem Gericht getroffen worden, das das zweite Urteil, mit dem auf das erste, die bedingte Strafnachsicht enthaltende Urteil Bedacht genommen wurde, gefällt hatte, was der nunmehr gefestigten Judikatur widerspricht, wonach für die Entscheidung über den Widerruf bei nachträglicher Verurteilung jenes Gericht zuständig ist, dessen Urteil die bedingte Nachsicht enthält⁸³³. Dies wurde jedoch in den dargestellten Erkenntnissen nicht thematisiert.

Eine weitere Fehlerquelle im Widerrufsverfahren stellt das Unterlassen der in § 494a Abs 7 angeordneten unverzüglichen und ungeachtet der Rechtskraft durchzuführenden

⁸³² 15 Os 46/04; 12 Os 53/04; 12 Os 52/04.

⁸³³ 11 Os 1/08v; 11 Os 81/07g; 14 Os 68/07t uva; anders noch EvBl 1990/166.

Verständigung aller Gerichte dar, deren Vorentscheidung von einer nach § 494a getroffenen Entscheidung betroffen ist.

Zu 12 Os 126/03 widerrief das Gericht – überdies entgegen § 494a Abs 3, weil in Abwesenheit des Angeklagten – eine diesem zuvor gewährte bedingte Strafnachsicht, ohne § 494a Abs 7 entsprechend das Gericht, das das erste Urteil gefällt hatte, zu verständigen. In der Folge sah Letzteres in Unkenntnis dieser Entscheidung den bereits rechtskräftig widerrufenen Strafteil endgültig nach. Damit nahm es eine ihm nicht zustehende Entscheidungskompetenz in Anspruch, weil zuvor bereits rechtskräftig auf Widerruf entschieden worden war. Die genannte Entscheidung auf endgültige Strafnachsicht konnte daher weder den vorher beschlossenen Widerruf beseitigen noch sonst eine Rechtsfolge hervorrufen, vielmehr blieb der Widerrufsbeschluss wirksam. „Zur Klarstellung“ beseitigte der OGH jedoch diesen – ohnehin wirkungslosen – Beschluss.

Eine Beseitigung „zur Klarstellung“ scheint freilich unlogisch: Immerhin liegt ein rechtskräftiger Beschluss eines Gerichtes, mag dieses auch zur Beschlussfassung nicht mehr zuständig sein, vor, welcher seine Wirkung entfalten müsste. Ist der Beschluss, wovon der OGH offenbar, ohne diese Worte zu verwenden, ausgeht, „absolut nichtig“, so liegt gar kein Rechtsakt vor, der „aufgehoben“ werden könnte. Dennoch wird der Beschluss vom OGH im Spruch ausdrücklich „aufgehoben“⁸³⁴.

Ebenso einen Verstoß gegen § 494a Abs 7 stellte der OGH zu 13 Os 23/04 fest, nachdem das Erstgericht die sofortige Verständigung von einem Beschluss auf Absehen vom Widerruf und Verlängerung der Probezeit auf fünf Jahre unterlassen hatte. Darauf war zurückzuführen, dass in der Folge jenes Gericht, das die Vorentscheidung gefällt hatte, in Unkenntnis der Probezeitverlängerung und daher aktenkonform die endgültige Strafnachsicht beschloss. Anders als in der zuvor dargestellten Konstellation vertrat der OGH in diesem Fall jedoch die Auffassung, dass durch den späteren Beschluss auf endgültige Strafnachsicht die vorhergehende Entscheidung auf Verlängerung der Probezeit wirkungslos wurde⁸³⁵.

Übersehen wurde auch § 494a Abs 3, wonach das Gericht vor der Entscheidung über den Widerruf den Angeklagten anzuhören hat. Davon kann nach dem klaren Wortlaut der genannten Bestimmung nur dann abgesehen werden, wenn das Urteil in seiner Abwesenheit gefällt wird und ein Ausspruch nach Abs 1 Z 1 oder 2 erfolgt, wenn also von einem Widerruf Abstand genommen wird. Ein Widerruf der bedingten Strafnachsicht gem § 494a Abs 1 Z 4 steht, wenn der Angeklagte nicht angehört werden kann und ein Abwesenheitsurteil gefällt wird, hingegen gem § 495 Abs 1 nur jenem Gericht zu, das in dem Verfahren, in dem die bedingte Strafnachsicht gewährt wurde, in erster Instanz erkannt hat⁸³⁶.

Entgegen dieser Gesetzeslage wurde zu 12 Os 126/03 in einem Abwesenheitsurteil ein Beschluss auf Widerruf einer bedingten Strafnachsicht nach § 494a Abs 1 Z 4 gefasst.

Im Zusammenhang mit der bedingten Strafnachsicht wurde in drei Fällen auch der im XX. Hauptstück der StPO verankerte Grundsatz der Bindungswirkung rechtskräftiger Entscheidungen verletzt, indem über den Widerruf einer bereits zuvor rechtskräftig endgültig nachgesehenen Strafe entschieden wurde.

⁸³⁴ Vgl dazu *Fuchs*, JBl 2002, 641.

⁸³⁵ Vgl dazu auch 14 Os 77/98.

⁸³⁶ *Jerabek* in WK-StPO, § 494a Rz 10; SSt 60/17; EvBl 1999/153; 12 Os 126/03; anders noch vereinzelt gebliebene ältere Entscheidungen, zuletzt RZ 1999/14.

- Zu 11 Os 65/04 führte die Unterlassung der Einsichtnahme in die Vorstrafakten vor Beschlussfassung auf Absehen vom Widerruf und Verlängerung der Probezeit auf 5 Jahre dazu, dass übersehen wurde, dass die bedingte Strafnachsicht bereits rechtskräftig (wenn auch zu Unrecht) endgültig nachgesehen worden war⁸³⁷.
- In zwei Fällen verletzte ein Beschluss auf Widerruf der bedingten Strafnachsicht den Grundsatz der Bindungswirkung rechtskräftiger Entscheidungen, weil jeweils bereits zuvor – wie aus den Akten ersichtlich – die bedingt nachgesehene Strafe rechtskräftig endgültig nachgesehen worden war⁸³⁸.

Schließlich machten folgende Fehler im Verfahren nach §§ 494a bis 496 die Erhebung einer NBzWdG nötig:

- Der entgegen der Rsp⁸³⁹, wonach sich die §§ 494a bis 496 nur auf von österreichischen Gerichten gewährte bedingte Strafnachsichten beziehen, gefasste Beschluss auf Absehen vom Widerruf und Verlängerung der Probezeit auf fünf Jahre hinsichtlich einer in Deutschland erfolgten Vorverurteilung⁸⁴⁰.
- Der Ausspruch, dass die neue Verurteilung keinen Anlass zu einem nachträglichen Strafausspruch nach §§ 15, 16 JGG bietet, verbunden mit der Verlängerung der Probezeit auf fünf Jahre, obwohl § 15 Abs 2 JGG – anders als § 53 StGB – eine Probezeitverlängerung nicht vorsieht⁸⁴¹.

b) Abwesenheitsurteile / Verlesungsverbote

Mit dem entgegen § 494a Abs 3 in Abwesenheitsurteilen beschlossenen Widerruf einer bedingten Strafnachsicht wurde ein im Zusammenhang mit Abwesenheitsurteilen wiederholt mit NBzWdG aufgegriffener Fehler bereits oben dargestellt⁸⁴². Häufiger verletzt wurde die Bestimmung des § 32 Abs 1 JGG, wonach bei Jugendlichen die Durchführung der Hauptverhandlung und Urteilsfällung in Abwesenheit unzulässig sind. Gleiches gilt gem §§ 32 Abs 1 iVm 46a Abs 2 JGG für junge Erwachsene.

Ebenfalls mehrfach übersehen wurde, dass ohne Vorliegen der in § 252 Abs 1 Z 1 bis 4 vorgesehenen Ausnahmen die Verlesung amtlicher Schriftstücke, die mit dem Ziel errichtet wurden, Aussagen von Zeugen festzuhalten, unzulässig ist. Auch aus der Missachtung gehörig zugestellter Ladungen kann nicht auf ein schlüssiges Einverständnis zur Verlesung geschlossen werden, sodass bei Durchführung der Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten die Verlesung unzulässig ist, sofern nicht eine der genannten Ausnahmen vorliegt⁸⁴³.

⁸³⁷ 11 Os 65/04
⁸³⁸ 14 Os 99/04; 12 Os 92/04.
⁸³⁹ 14 Os 57/97.
⁸⁴⁰ 13 Os 31/04.
⁸⁴¹ 15 Os 65/04.
⁸⁴² Siehe dazu schon oben S 190f.
⁸⁴³ 14 Os 140/98; RZ 1999/26.

Schließlich wurde bei in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführten Hauptverhandlungen die Bestimmung des § 365 Abs 1 verletzt und Privatbeteiligtenzusprüche vorgenommen, ohne den Angeklagten zuvor zu den geltend gemachten Ansprüchen zu vernehmen.

Alle drei gerade dargestellten Fehler unterliefen in der zu 14 Os 25/04 bekämpften Entscheidung. Das Gericht hatte den Angeklagten, einen jungen Erwachsenen, entgegen §§ 32 Abs 1 iVm 46a Abs 2 JGG, nach einer in seiner Abwesenheit durchgeführten Verhandlung, in der entgegen § 252 Abs 1 Zeugenaussagen verlesen wurden, verurteilt und dabei auch einen Privatbeteiligtenzuspruch vorgenommen. Die NBzWdG war übrigens vom Bezirksrichter selbst bei der Generalprokuratur angeregt worden.

Jeweils gegen §§ 32 Abs 1 iVm 46a Abs 2 JGG wurde in vier Fällen durch die Durchführung der Verhandlung und die Fällung des Urteils in Abwesenheit des iSd § 46a JGG als junger Erwachsener geltenden Angeklagten verstoßen⁸⁴⁴.

Gegen das Unmittelbarkeitsgebot wurde durch die Verlesung von Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten in Abwesenheit des Angeklagten zu 14 Os 18/04, 11 Os 35/04, 14 Os 88/04 und 14 Os 114/04 verstoßen.

Abgesehen von diesen Verlesungen bei in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführten Verhandlungen wurde eine Verletzung des Verlesungsverbots nach § 252 Abs 1 auch zu 11 Os 119/04 aufgegriffen, weil das erkennende Gericht die von der Gendarmerie aufgenommenen Niederschriften zweier Zeugen, die sich in der Verhandlung als Lebensgefährtin bzw Halbbruder des Angeklagten der Aussage berechtigt entschlagen hatten, verlesen hatte.

c) Behandlung von Rechtsmitteln

Auch die zu Unrecht erfolgte⁸⁴⁵ bzw nicht erfolgte⁸⁴⁶ Zurückweisung von Rechtsmitteln war Gegenstand mehrerer NBzWdG:

In drei Fällen wurde ein richtigerweise als Berufung zu wertendes Rechtsmittel zu Unrecht zurückgewiesen. Umgekehrt wurde in einem Fall einer Beschwerde gegen einen Beschluss auf Widerruf einer bedingten Strafnachsicht Folge gegeben, obwohl darüber infolge Zurückziehung der Strafberufung nicht mehr hätte entschieden werden dürfen.

Zu 12 Os 67/04 hatte der Angeklagte nach der Urteilsverkündung mit Ausnahme einer „Beschwerde gegen die Abschöpfung“ auf Rechtsmittel verzichtet. Nachdem die Ausführung des Rechtsmittels unterblieben war, wies das Erstgericht die „Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten“ zurück, weil dieser keinen Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet habe. Da aber die Entscheidung über die Abschöpfung der Bereicherung dem Ausspruch über die Strafe gleichsteht und daher mit Berufung bzw Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 Abs 1 Z 11 bekämpft werden kann, hätte das Erstgericht das Rechtsmittel ungeachtet der unrichtigen Bezeichnung als „Beschwerde“ als Berufung werten und entsprechend § 294 verfahren, also nach Einholung einer Gegenausführung dem Gerichtshof zweiter Instanz vorlegen, sollen.

Zu 12 Os 13/04 hatte der Angeklagte nach der Urteilsverkündung nur „das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde sowie der Strafberufung“ angemeldet, dann aber darüber hinaus auch die Berufung

⁸⁴⁴ 13 Os 130/04; 13 Os 138/04; 11 Os 120/04; 15 Os 128/04.

⁸⁴⁵ 13 Os 4/04; 13 Os 18/04; 12 Os 67/04.

⁸⁴⁶ 12 Os 4/04.

wegen des Ausspruchs über die privatrechtlichen Ansprüche ausgeführt. Das OLG wies die Berufung, soweit sie gegen das Adhäsionserkenntnis gerichtet war, zurück, weil sie nicht rechtzeitig angemeldet worden sei. Diese Entscheidung wurde vom OGH aufgrund einer NBzWdG mit der Begründung aufgehoben, dass es nicht erforderlich ist, bereits bei der Anmeldung die Berufungspunkte erschöpfend anzuführen, sondern es dem Berufungswerber vielmehr freisteht, die Berufung zu ergänzen oder in Richtung eines bei der Anmeldung nicht bezeichneten Berufungspunktes auszuführen. Aus der Bezeichnung eines zulässigen Berufungspunktes darf nach der Judikatur⁸⁴⁷ nämlich kein Verzicht auf andere abgeleitet werden. Schon die fristgerechte Anmeldung (irgend)einer zulässigen Berufung reicht vielmehr aus. In einem weiteren Fall, in dem der Angeklagte zunächst Berufung wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe angemeldet, dann aber auch die Berufung wegen des Ausspruchs über die privatrechtlichen Ansprüche ausgeführt hatte, wies das OLG Linz die Berufung gegen das Adhäsionserkenntnis als verspätet zurück. Aus den eben dargestellten Erwägungen hob der OGH auch diese Entscheidung auf⁸⁴⁸.

Umgekehrt gab das OLG Linz als Berufungsgericht einem Rechtsmittel gegen einen Beschluss auf Widerruf einer bedingten Strafnachsicht Folge, hob diesen auf und sah vom Widerruf ab. Dabei hatte der Angeklagte zunächst „volle Berufung“ angemeldet und Berufung wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe ausgeführt, jedoch die Strafberufung in der Berufungsverhandlung zurückgezogen. Damit war das Berufungsgericht aber auch zu einer Überprüfung des Widerrufsbeschlusses nicht mehr berechtigt. Gem § 498 Abs 3 ist zwar eine zugunsten des Angeklagten ergriffene Berufung auch als Beschwerde gegen den Beschluss nach § 494a zu betrachten, jedoch setzt dies unabdingbar eine zulässiger Weise erhobene Strafberufung voraus. Daran ändert auch die Regelung des § 467 Abs 3, wonach eine zugunsten des Angeklagten erhobene Berufung wegen Nichtigkeit und/oder Schuld auch als Berufung gegen den Strafausspruch zu betrachten ist, nichts. Der Verzicht auf die Anfechtung des Sanktionsausspruchs bewirkt nämlich auch den Wegfall der Fiktion des § 467 Abs 3. Freilich stellte der OGH in diesem Fall die Gesetzesverletzung lediglich fest, weil diese dem Angeklagten zum Vorteil gereichte⁸⁴⁹.

Gegenstand einer NBzWdG war ferner die zu Unrecht erfolgte Zurückweisung einer Beschwerde der StA gegen einen Beschluss, mit dem der Untersuchungsrichter über einen Beschuldigten die Untersuchungshaft allein aus dem Haftgrund der Fluchtgefahr – die er durch gelindere Mittel iSd § 180 Abs 5 Z 1, 3 und 7 aF für substituierbar erachtete – verhängte und den Antrag der StA auf Verhängung der U-Haft auch aus dem Haftgrund der Tatbegehungsgefahr nach § 180 Abs 2 Z 3 lit c aF abwies⁸⁵⁰.

Die Zurückweisung hatte das OLG damit begründet, dass „nur in der Haftfrage selbst der Instanzenzug an das OLG eröffnet“ sei und „gesetzwidrig von der Haftentscheidung losgelöste Begründungen (die auch die Heranziehung einzelner Haftgründe umfassen – SSt 63/104) hingegen nicht an den Gerichtshof zweiter Instanz herangetragen werden“ könnten. Dabei verkannte es, dass die StA durch die Nichtannahme geltend gemachter Haftgründe immer dann beschwert ist, wen dadurch ihren Strafverfolgungsinteressen nicht vollständig entsprochen wurde. Dies war im vorliegenden Fall gegeben, weil aufgrund der Annahme bloß des Haftgrundes der Fluchtgefahr obligatorisch eine Sicherheitsleistung zu bestimmen war, sodass das OLG über die Beschwerde der StA inhaltlich zu entscheiden gehabt hätte.

⁸⁴⁷ RZ 2002/21; *Ratz* in WK-StPO, § 294 Rz 2, 10.

⁸⁴⁸ 12 Os 18/04.

⁸⁴⁹ 12 Os 4/04.

⁸⁵⁰ 12 Os 67/04.

d) §§ 28 und 29 StGB

In drei Fällen machte die Verletzung der Bestimmung des § 29 StGB die Erhebung einer NBzWdG nötig. Danach ist die Summe der Werte oder Schadensbeträge maßgebend, wenn die Höhe der Strafdrohung vom ziffernmäßig bestimmten Wert einer Sache, gegen die sich die strafbare Handlung richtet, oder von der ziffernmäßig bestimmten Höhe des Schadens abhängt, den sie verursacht oder auf den sich der Vorsatz erstreckt, und der Täter mehrere Taten derselben Art begangen hat. Bei Anwendbarkeit des § 29 StGB sind nach stRsp⁸⁵¹ mehrere gleichartige Delikte eines Täters zu einer Subsumtionseinheit „sui generis“ zusammenzufassen, sodass diesfalls stets nur eine „strafbare Handlung“ vorliegt.

Die Bestimmung des § 29 StGB wurde verletzt durch

- einen Schuldspruch wegen des Verbrechens der betrügerischen Krida nach § 156 Abs 1 und 2 StGB und des Vergehens der betrügerischen Krida nach §§ 12 dritter Fall, 156 Abs 1 StGB statt richtig wegen des Verbrechens der betrügerischen Krida nach § 156 Abs 1 und 2 StGB, teils als Beteiligter gem § 12 dritter Fall⁸⁵²,
- eine Verurteilung wegen des Vergehens des versuchten schweren Betruges nach §§ 15, 146, 147 Abs 1 Z 1 und Abs 2 StGB und des Vergehens des Betruges nach § 146 StGB statt richtig wegen des teils versuchten, teils vollendeten schweren Betruges nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 und Abs 2, 15 StGB⁸⁵³,
- einen Schuldspruch wegen mehrerer (arg: der) Verbrechen statt bloß eines (des) Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten gewerbsmäßig schweren Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1 und 2, 130 dritter und vierter Fall und 15 StGB

Umgekehrt verletzte ein Urteil das Gesetz, das den Angeklagten aufgrund einer Tathandlung, bei der sechs Personen schwer verletzt wurden, bloß wegen „des Vergehens“ der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 und Abs 4 erster Fall StGB statt richtig wegen sechs solcher Vergehen schuldig erkannte. Weil sich dieser Verstoß freilich nicht zum Nachteil des Angeklagten auswirken konnte, musste es in diesem Fall bei der Feststellung der Rechtsverletzung bleiben⁸⁵⁴.

e) § 36 StGB

In zwei Fällen unrichtig angewendet wurde auch die Bestimmung des § 36 StGB. Diese stellt nach stRsp nämlich nicht wie §§ 39 und 41 StGB eine fakultativ anzuwendende Strafbemessungsvorschrift dar, sondern bewirkt eine Änderung des Strafrahmens an sich,

⁸⁵¹ RS0107317; F/F, StGB⁹, § 29 Rz 2; Ratz in WK-StGB², § 29 Rz 5f; Leukauf/Steininger, Komm³, § 29 Rz 5 und 6 mwN.

⁸⁵² 13 Os 104/03.

⁸⁵³ 15 Os 36/04.

⁸⁵⁴ 11 Os 11/04.

sodass sie bei jungen Erwachsenen iSd § 46a JGG unabhängig davon anzuwenden ist, ob die für Erwachsene vorgesehene Mindeststrafe unterschritten wird⁸⁵⁵.

Dies wurde übersehen

- bei einem Schuldspruch über eine 20-jährige Angeklagte wegen des Verbrechens nach §§ 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall und Abs 4 Z 3 SMG⁸⁵⁶, wobei das erkennende Gericht § 36 StGB ausdrücklich für unanwendbar erklärte, weil eine Unterschreitung des in § 28 Abs 4 SMG⁸⁵⁷ vorgesehenen Strafrahmens nicht habe erfolgen können⁸⁵⁸.
- bei einem Schuldspruch wegen des Verbrechens des Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127, 129 Z 1 und Z 2 StGB, wobei nach Ansicht des Erstgerichts von § 36 StGB nicht habe Gebrauch gemacht werden können, weil eine „Unterschreitung der in § 129 StGB vorgesehenen Mindeststrafe“ nicht in Betracht gekommen sei⁸⁵⁹.

In beiden Fällen hob der OGH das Urteil aufgrund der NBzWdG auf und verwies die Strafsache an das Erstgericht zurück.

f) Diversion

Zwei NBzWdG hatten Fehler im Rahmen des Diversionsverfahrens zum Gegenstand.

Zu 12 Os 16/04 hatte das Bezirksgericht ein Strafverfahren gem § 90f Abs 1 und 2 iVm § 90b aF unter Bestimmung einer Probezeit von zwei Jahren vorläufig eingestellt und dies mit der „Auflage“ verknüpft, 60 Stunden gemeinnützige Leistungen zu erbringen. Abgesehen davon, dass im Diversionsverfahren keine Weisungen oder Auflagen zu erteilen sind, sondern der Verdächtige freiwillig Pflichten auf sich nimmt, verletzte diese Vorgangsweise das Gesetz deshalb, weil eine Kombination mehrerer Diversionsvarianten nicht zulässig ist, um eine dem Diversionscharakter nicht mehr entsprechende übermäßige Inanspruchnahme des Verdächtigen hintanzuhalten. Überdies gestattet § 90f Abs 2 aF nur die Auferlegung von Pflichten, die auch als Weisung iSd § 51 StGB erteilt werden könnten, was bei gemeinnützigen Leistungen – die nach Ansicht des OGH ausschließlich dem § 90d aF vorbehalten sind – nicht der Fall ist, weil durch den damit verbundenen Zeitaufwand für die Arbeitsleistung Einkommensmöglichkeiten beschränkt werden und die gemeinnützigen Leistungen daher „sanktionssubstituierend“ zwischen Geld- und Freiheitsstrafe stehen.

Zu 15 Os 144/04 verletzte die Anordnung der Bewährungshilfe durch das OLG als Beschwerdegericht die Bestimmungen der §§ 90f Abs 2 und 3 iVm 90b aF, wonach der vorläufige Rücktritt soweit möglich und zweckmäßig davon abhängig zu machen ist, dass sich der Verdächtige bereit erklärt, bestimmte Pflichten zu erfüllen oder sich durch einen Bewährungshelfer betreuen zu lassen. Im vorliegenden Fall, in dem das OLG einer gegen die vorläufige Einstellung des Verfahrens auf eine Probezeit von zwei Jahren gem § 90f Abs 1 iVm 90b aF gerichteten Beschwerde der StA teilweise Folge gab und für die Dauer der Probezeit die Bewährungshilfe gem §§ 50, 52 StGB anordnete, hatte der Angeklagte sein Einverständnis zur Betreuung durch einen Bewährungshelfer jedoch nicht erklärt (und war dazu auch gar nicht befragt worden), sodass das Beschwerdegericht die Bewährungshilfe nicht hätte anordnen dürfen.

⁸⁵⁵ *Ebner* in WK-StGB², § 36 Rz 4; EvBl 2002/106; 11 Os 176/02; 15 Os 59/04; 12 Os 84/04.

⁸⁵⁶ IdF BGBI 2001/51 und BGBI 2002/134.

⁸⁵⁷ IdF BGBI 2001/51 und BGBI 2002/134.

⁸⁵⁸ 15 Os 59/04.

⁸⁵⁹ 12 Os 84/04.

g)Überschreitung der Anklage

In zwei Fällen hatten NBzWdG die Überschreitung der Anklage durch einen Schuldspruch auch in Bezug auf einen nicht von der Anklage erfassten Deliktszeitraum zum Gegenstand.

In beiden Fällen hatte der Bezirksanwalt in der Hauptverhandlung den Bestrafungsantrag wegen Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 198 Abs 1 StGB dahin ausgedehnt, dass dem Angeklagten eine Verletzung der Unterhaltspflicht „bis dato“⁸⁶⁰ bzw „bis zum heutigen Tage“⁸⁶¹ zur Last gelegt werde. Im jeweils an einem späteren Verhandlungstag gefällten Urteil wurden die Angeklagten in der Folge der Verletzung der Unterhaltspflicht bis zum Urteilstag schuldig erkannt. Damit überschritten die erkennenden Gerichte hinsichtlich des Zeitraums zwischen Anklageausdehnung und Urteilsfällung die Anklage, weil die Bestrafungsanträge jeweils nur Tathandlungen bis zur Anklageausdehnung erfassten, zumal künftige Ereignisse nicht Gegenstand einer Anklage sein können und eine weitere Ausdehnung auf den späteren Zeitraum in beiden Fällen nicht vorlag.

2.Sonstiges

Eine Verletzung der §§ 454 und 459 stellte der OGH zu 15 Os 117/03 fest: Das Bezirksgericht Villach hatte den Angeklagten zur Hauptverhandlung vorführen lassen, ohne ihm zuvor eine Vorladung zuzustellen, weil er „unbekannt verzogen“ gewesen sei, sich tatsächlich aber in einem bestimmten Wohnblock aufgehalten habe und „dort mehrfach gesehen“ worden sei. Gem § 459 aF war jedoch eine Vorführung des Beschuldigten nur dann zulässig, wenn dieser trotz gehöriger Ladung nicht erscheint und der Richter seine Vernehmung für nötig erachtet. Ohne vorhergehende Ladung ist die Vorführung nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn sich der Angeklagte verborgen hält (§ 175 Abs 1 Z 2 aF). Eine sofortige Durchführung der Verhandlung nach Vorführung ohne vorherige Ladung gestattet § 451 Abs 3 überdies nur dann, wenn der Angeklagte zustimmt und sich geständig verantwortet. All dies war jedoch im Verfahren des BG Villach nicht der Fall, zumal dem Gericht der – auch im Vorführbefehl genannte – Aufenthaltsort des Angeklagten bekannt war, sodass die Voraussetzungen des § 175 Abs 1 aF nicht gegeben waren und ferner nach dem Verhandlungsprotokoll keine Zustimmung des Angeklagten zur sofortigen Verhandlung vorlag.

Erfolgreich mittels NBzWdG bekämpfte die Generalprokuratur auch einen Beschluss des OLG Innsbruck, mit dem Letzteres einer Haftbeschwerde Folge gegeben und die Untersuchungshaft aufgehoben hatte⁸⁶². Zur Begründung war im bekämpften Beschluss ausgeführt worden, die Aufrechterhaltung der U-Haft sei unverhältnismäßig, weil nicht mit der Verhängung einer mehr als dreimonatigen Freiheitsstrafe zu rechnen sei und die (knapp über 1 ½ Monate dauernde) Freiheitsentziehung im Hinblick auf eine mögliche bedingte Entlassung gemäß §§ 46 Abs 1 StGB, 17 JGG schon mehr als die Hälfte erreicht habe. Diese Begründung steht jedoch im Widerspruch zu der – im Rahmen der Entscheidungen über die GrB noch darzustellenden – stRsp⁸⁶³ des OGH, wonach die Frage, ob eine bedingte Strafnachsicht oder bedingte Entlassung zu erwarten ist, für die Verhältnismäßigkeitsprüfung keine Rolle spielt.

Ebenfalls Gegenstand einer NBzWdG war die Verletzung des § 295 StGB durch einen Schuldspruch wegen Unterdrückung von Beweismitteln gegen den Kraftfahrer eines Sattelzugfahrzeuges, der, nachdem er die vorgegebenen Lenk- und Ruhezeiten nicht eingehalten hatte, die Fahrtenschreiberschaubblätter der gesamten Woche weggeworfen hatte, weil er infolge eines Staus und starker Präsenz der Polizei in Italien mit Kontrollen gerechnet hatte. Nach den Feststellungen des Erstgerichts habe er dabei im Bewusstsein, dass er die

⁸⁶⁰ 14 Os 42/04.

⁸⁶¹ 14 Os 90/04.

⁸⁶² 12 Os 39/04.

⁸⁶³ 13 Os 29/02 mwN.

Schaublätter eigentlich als Beweismittel zur Überprüfung der vorgeschriebenen Lenk- und Ruhezeiten mitführten müsste, sowie mit dem Vorsatz gehandelt, deren Verwendung als Beweismittel im Falle einer Verkehrskontrolle zu verhindern. Das Erst- und das Berufungsgericht hatten dies übereinstimmend dem Tatbestand des § 295 StGB subsumiert. Demgegenüber stellte der OGH aufgrund der von der Generalprokuratur erhobenen NBzWdG klar, dass der Vorsatz zu verhindern, dass ein Beweismittel in einem Verfahren gebraucht wird, sich schon im Tatzeitpunkt auf ein konkretes Verfahren beziehen muss. Bei der Pflicht zur Aufbewahrung von Fahrtschreiberschaublättern für ein nur allfällig stattfindendes Verwaltungsverfahren kann aber noch nicht von einer Bestimmung dieses Beweismittels für ein – eben bloß mögliches – Verwaltungsverfahren gesprochen werden, weil – im Gegensatz zu einem jedenfalls durchzuführenden Verfahren aufgrund einer von Amts wegen zu verfolgenden Straftat – im vorliegenden Fall im Handlungszeitpunkt noch gar nicht feststeht, ob überhaupt ein behördliches Verfahren eingeleitet wird. Der OGH hob deshalb das mit NBzWdG bekämpfte Urteil auf und sprach den Angeklagten frei⁸⁶⁴.

Die zu 12 Os 44/04 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde hatte das in § 149c Abs 3 aF normierte Verwertungsverbot für Zufallsfunde im Zuge einer rechtmäßig angeordneten Telefonüberwachung zum Gegenstand. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Gegen den zunächst Angeklagten (nachfolgend: A) wurde wegen des Verdachts des Verbrechens nach § 28 Abs 2, 3 und 4 Z 3 SMG⁸⁶⁵ eine Tü (einschließlich der „Inhaltsüberwachung nach § 149a Abs 1 Z 1 lit c aF⁸⁶⁶) angeordnet. Zur Begründung führte der Bewilligungsbeschluss an, es bestehe der dringende Verdacht regen Handels mit Suchtgiften, wobei der Angeklagte mehrmals bis zu 50 Gramm Heroin bezogen und dieses sowie Kokain und große Mengen suchtgifthaltiger Medikamente verkauft haben solle. In der Folge wurde Gespräche des A mit einer anderen Person (nachfolgend: B) aufgezeichnet, die darauf hinwies, dass A im Zuge des Verfahrens bei ihm sichergestelltes Cannabisharz von B erhalten haben könnte. Aufgrund dessen wurde gegen B ein Verfahren eingeleitet, in dem dieser – nach einem Freispruch im erstgerichtlichen Verfahren – vom Berufungsgericht des Vergehens nach § 27 Abs 1 sechster Fall SMG schuldig erkannt wurde, wobei auch die Ergebnisse der – gegen A angeordneten – Tü verwertet wurden. Dies begründete das Berufungsgericht damit, dass die Tü auch zur Ausforschung der Mittelsmänner angeordnet worden wäre und es sich bei der Anlieferung des Suchtgiftes an einen Suchtgifthändler nicht um eine andere strafbare Handlung handle als jene, die Anlass der Überwachung gewesen sei, sodass kein Zufallsfund vorliege. Demgegenüber stellte der OGH, der dieses Urteil aufgrund der NBzWdG aufhob, klar, dass es sich vorliegend sehr wohl um einen Zufallsfund handle, weil Gegenstand der Tü die Aufklärung des in der Vergangenheit gelegenen, als strafbare Handlung nach § 28 Abs 2 SMG aF⁸⁶⁷ subsumierten Suchtgifthandels (als historischer Sachverhalt) allein durch A, nicht aber die dazu notwendig konnexen Verdachtsmomente gegen „Mittelsmänner, Kuriere und Abnehmer“ gewesen sei. Damit handle es sich bei den gegen B gewonnenen Verdachtsmomenten aber nicht um jene Tat als historisches Ereignis, die zur Anordnung der Tü Anlass gegeben habe⁸⁶⁸.

In einem weiteren Fall stellte der OGH eine Verletzung der Bestimmungen über die gekürzte Urteilsausfertigung nach § 458 Abs 3 aF fest. Eine Ausfertigung des Urteils in gekürzter Form war nämlich gem § 458 Abs 2 aF nur dann zulässig, wenn – neben anderen Voraussetzungen – die Parteien auf alle Rechtsmittel verzichten oder innerhalb der dafür vorgesehenen Frist kein Rechtsmittel anmelden. Liegen bei einem Endurteil gegen mehrere Personen die Voraussetzung auch nur hinsichtlich einer nicht vor, so ist die Ausfertigung des

⁸⁶⁴ 14 Os 167/03.

⁸⁶⁵ IdF BGBl 2001/51 und BGBl 2002/134.

⁸⁶⁶ Vor der StPO-Reform BGBl 19/2004; nunmehr § 140 Abs 1.

⁸⁶⁷ IdF BGBl 2001/51 und BGBl 2002/134

⁸⁶⁸ Zur dogmatischen Begründung siehe 12 Os 44/04 und RS 0119223.

Urteils in gekürzter Form unzulässig⁸⁶⁹. Dies missachtete ein BG, indem es das Urteil hinsichtlich eines Angeklagten – der einen Rechtsmittelverzicht abgegeben hatte – gesondert in gekürzter Form ausfertigte, obwohl ein Mitbeschuldigter Berufung wegen Nichtigkeit angemeldet hatte.

Gegenstand einer NBzWdG war weiters,

- die Verletzung des § 5 Abs 5 JGG durch Verhängung einer Geldstrafe von 260 Tagessätzen wegen des Vergehens nach § 125, 126 Abs 1 Z 7 StGB⁸⁷⁰;
- die Verletzung des § 170 Abs 1 StGB durch Subsumtion eines Brandes mehrerer Holzstöße mit etwa 2 bis 3 Meter hohen Flammen, der mit herkömmlichen, jedermann zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr bekämpft werden konnte und den Einsatz der Feuerwehr nötig machte, unter diese Bestimmung. Nach der Rsp⁸⁷¹ ist nämlich nicht schon stets dann, wenn ein Brand aufgrund seiner räumlichen Ausdehnung mit herkömmlichen Mitteln nicht mehr beherrscht werden kann, eine Feuerbrunst zu bejahen. Vielmehr muss zu der durch die räumliche Ausdehnung bedingten Unlösbarkeit eine Gefährdung für Leib und Leben oder für fremdes Eigentum in hohem Ausmaß hinzutreten⁸⁷²;
- die Verletzung der Bestimmung des § 43a Abs 3 StGB, wonach eine teilbedingte Strafnachsicht nur bei einer 6 Monate übersteigenden Freiheitsstrafe zulässig ist, durch Verhängung einer Zusatzstrafe von 5 Monaten, von der ein Teil von 3 Monaten bedingt nachgesehen wurde. Die Voraussetzungen des § 43a Abs 3 StGB gelten nämlich auch bei Verhängung einer Zusatzstrafe gem §§ 31, 40 StGB, weil diese einen eigenständigen Strafausspruch bildet⁸⁷³;
- die Verletzung der §§ 27 Abs 1 dritter Fall, 28 Abs 2 erster Fall SMG aF durch ein Urteil, das den Angeklagten des Vergehens nach § 27 Abs 1 dritter Fall SMG aF schuldig erkannte, jedoch keine Feststellungen darüber enthielt, ob dessen Vorsatz auch das Tatbildmerkmal der in objektiver Hinsicht angenommenen großen Menge (§ 28 Abs 6 SMG aF) erfasste, obwohl die Verfahrensergebnisse solche indiziert hätten⁸⁷⁴;
- die Verletzung des § 1 NotzeichenG durch einen Freispruch, bei dem das erkennende Gericht – entgegen der Rsp des OGH – davon ausging, dass das unberechtigte Fahren mit Blaulicht mit einem Privatfahrzeug den Tatbestand nicht erfülle⁸⁷⁵;
- die Verletzung der Bestimmungen des § 6 Abs 3 und 4 StEG aF durch einen Beschluss, mit dem – noch vor einer Antragstellung durch den freigesprochenen Angeklagten – diesem eine Entschädigung für die strafgerichtliche Anhaltung unter Hinweis auf die nicht entkräftete Verdachtslage nicht zuerkannt wurde, ohne dass zuvor eine öffentliche Verhandlung oder Anhörung des Angeklagten stattgefunden hätte. Dazu hielt der OGH fest, dass im Hinblick auf Art 6 Abs 1 EMRK die Vorschrift des § 6 Abs 3 aF StEG verfassungskonform zu interpretieren und jene des § 6 Abs 4 StEG aF um die Worte „nicht kundzumachende“ sowie im Lichte der Rsp des EGMR die Vorschrift des § 2 Abs 1 lit b StEG aF um das Erfordernis

⁸⁶⁹ Rainer in WK-StPO § 458 Rz 9f; F/F § 458 Rz 1.

⁸⁷⁰ 15 Os 68/04.

⁸⁷¹ Vgl dazu 11 Os 37/04.

⁸⁷² 14 Os 59/04.

⁸⁷³ Ratz in WK-StGB², § 31 Rz 7; F/F, StGB, Jerabek in WK-StGB, § 43a Rz 4; 11 Os 12/03.

⁸⁷⁴ 15 Os 43/04.

⁸⁷⁵ 12 Os 125/03.

der Verdachtsentkräftung im Falle eines Freispruchs als Grundlage für einen Entschädigungsanspruch teleologisch zu reduzieren sind⁸⁷⁶;

- die Verletzung der Bestimmungen der §§ 35, 37 SMG durch einen Schuldspruch wegen des Vergehens nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG aF, weil der Angeklagte wiederkehrend Cannabiskraut erworben und besessen hatte. Richtigerweise hätte in diesem Fall schon der Bezirksanwalt und in der Folge das Gericht (§ 37 SMG) das temporäre Verfolgungshindernis des § 35 Abs 1 SMG beachten müssen, zumal eine Zusammenrechnung von zu verschiedenen Zeiten zum eigenen Gebrauch besessenen Suchtmittelmengen nach stRsp⁸⁷⁷ nicht stattfindet und auch eine einschlägige Vorstrafe – die im konkreten Fall überdies zu Unrecht angenommen wurde, weil sie bereits getilgt war – eine Anzeigezurücklegung nicht ausschließt⁸⁷⁸;
- die Verletzung der §§ 70 iVm 130 zweiter Satz StGB durch einen Schuldspruch wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127, 129 Z 1, 130 zweiter Satz zweiter Fall StGB, wobei die Urteilsfeststellungen nicht hinreichend erkennen ließen, ob die Absicht der Angeklagten darauf gerichtet war, sich selbst (was § 70 StGB erfordert⁸⁷⁹) oder aber bloß einen Mitangeklagten zu bereichern⁸⁸⁰;
- die Verletzung der §§ 1, 61 StGB durch die Anordnung einer Abschöpfung der Bereicherung nach § 20 Abs 1 StGB von Vermögensvorteilen in Höhe von unter einer Million ATS, die der Angeklagte im Jahre 1993 durch das Verbrechen der Untreue nach § 153 Abs 1 und 2 zweiter Fall StGB erlangt hatte, obwohl § 20a Abs 1 StGB (idF vor dem StRÄG 1996) eine Abschöpfung nur unter der Bedingung vorsah, dass das Ausmaß der Bereicherung eine Million Schilling überstieg. Da somit nach der alten Rechtslage eine Abschöpfung nicht zulässig gewesen wäre, war diese in ihrer Gesamtauswirkung für die Angeklagten günstiger und wäre daher gem §§ 1, 61 StGB anzuwenden gewesen⁸⁸¹;
- die Verletzung der Bestimmungen der §§ 214 iVm 53 FinStrG durch einen Schuldspruch wegen gewerbsmäßiger Abgabenhehlerei (§§ 37 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG) und Monopolhehlerei (§ 46 Abs 1 FinStrG) bei Vorliegen eines strafsatzbestimmenden Wertbetrages von lediglich ca. 15.000,-- EUR und einer Bemessungsgrundlage von ca. 13.000,-- EUR, sodass lediglich verwaltungsbehördliche Zuständigkeit vorlag⁸⁸²;
- die Verletzung der Bestimmung des § 373b StPO iVm 1 JN durch einen Beschluss, wonach die Ansprüche zweier Privatbeteiligter aus dem vom Bund infolge rechtskräftig angeordneter Abschöpfung der Bereicherung vereinnahmten Geldbetrag zu befriedigen sind. Richtigerweise konnte zwar ein Geschädigter, wenn ihm im Falle einer Abschöpfung der Bereicherung eine Entschädigung rechtskräftig zuerkannt, aber noch nicht geleistet wurde, verlangen, dass seine Ansprüche aus dem vom Bund vereinnahmten Geldbetrag befriedigt werden, doch sind zur Entscheidung über derartige Ansprüche nicht die Strafgerichte

⁸⁷⁶ 15 Os 97/04.

⁸⁷⁷ 13 Os 15/04; 15 Os 128/02 mwN.

⁸⁷⁸ 15 Os 85/04.

⁸⁷⁹ *Jerabek* in WK-StGB², § 70 Rz 14; 11 Os 173/01 mwN.

⁸⁸⁰ 14 Os 110/04.

⁸⁸¹ 14 Os 135/04.

⁸⁸² 14Os 130/04.

berufen, sondern hat vielmehr der Geschädigte den Zivilrechtsweg gegen den Bund zu bestreiten⁸⁸³;

- die Verletzung des § 74 Abs 2 zweiter Satz aF durch die Entscheidung über einen Ablehnungsantrag gegen den Präsidenten und weitere 22 Richter eines Gerichtshofs durch einen der beiden nicht für befangen erklärten Richter, obwohl nach § 74 Abs 2 aF, sofern Befangenheitsanzeige oder Ablehnung ein ganzes Gericht erster Instanz oder dessen Vorsteher betreffen, der Gerichtshof zweiter Instanz darüber zu entscheiden hätte⁸⁸⁴;
- die Verletzung des § 18 Abs 3 MedienG durch den Ausspruch, dass die Entscheidung über die begehrte Geldbuße dem allenfalls fortgesetzten Verfahren vorbehalten bleibt, und des § 9 Abs 3 MedienG durch seine Begründung⁸⁸⁵;
- die Verletzung des § 33 Abs 1 FinStrG und § 2 Abs 3 EStG durch einen Schuldspruch wegen teils versuchter, teils vollendeter Abgabehinterziehung nach §§ 33 Abs 1 und 13 FinStrG, obwohl der Täter die verfahrensgegenständlichen – nicht versteuerten – Vermögensvorteile durch kriminelle Geldbeschaffung (durch Untreue und Veruntreuung) unter Ausnützung einer ihm durch seine Tätigkeit als Rechtsanwalt gebotenen Gelegenheit erworben hatte. Derartige bloß unter Ausnützung der beruflichen Stellung kriminell erlangte Vorteile stellen nämlich keine „Einkünfte aus der Berufstätigkeit“ iSd § 2 Abs 3 EStG dar⁸⁸⁶;
- die Verletzung des § 109 Abs 2 aF und des Art 54 SDÜ durch einen Beschluss, mit dem eine VU gemäß § 109 Abs 2 aF mit der Begründung eingestellt wurde, dass infolge Einstellung eines in Deutschland wegen desselben Sachverhalts geführten Verfahrens wegen absoluter Strafbarkeitsverjährung iSd § 170 Abs 2 dStPO eine rechtskräftige Aburteilung iSd Art 54 SDÜ vorliege, sodass einer weiteren Verfolgung in Österreich das Verbot des ne bis in idem entgegenstehe. Demgegenüber entfaltet nach dem OGH die lediglich ein Prozesshindernis darstellende Einstellungserklärung des StA nach § 170 dStPO (auch schon nach deutschem Recht) keine Rechtskraftwirkung, sodass einer weiteren Strafverfolgung nicht das Verbot des ne bis in idem entgegensteht⁸⁸⁷;
- die Verletzung des Art 4 Abs 1 des 7. ZPEMRK durch den Beschluss auf Einstellung eines wegen des Vergehens nach § 136 StGB geführten Verfahrens mit der Begründung, gegen den Angeklagten erlassene verwaltungsbehördliche Straferkenntnisse wegen Fahrens ohne Lenkerberechtigung (§ 37 Abs 1 iVm 1 Abs 3 FSG) würden im Hinblick auf das Doppelverwertungsverbot nach Art 4 Abs 1 Z 7 EMRK ein – infolge der Weigerung der Bezirkshauptmannschaft, nach § 30 Abs 3 VStG vorzugehen – dauerndes Verfolgungshindernis darstellen. Demgegenüber legte der OGH mit eingehender Begründung dar, dass einer Bestrafung sowohl wegen Fahrens ohne Lenkerberechtigung als auch wegen unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen nach § 136 StGB nicht das Doppelverwertungsverbot entgegenstehe, zumal beide Bestimmungen einander in den jeweils wesentlichen Tatbestandsmerkmalen unterscheiden⁸⁸⁸;

883 12 Os 117/04.
884 13 Os 81/04.
885 14 Os 51/04.
886 15 Os 64/04.
887 12 Os 23/04.
888 12 Os 26/04.

- die Verletzung des § 389 Abs 2 durch einen Beschluss, der den Angeklagten, der nach Ausscheidung einiger Betrugsfakten hinsichtlich der Übrigen anlagekonform verurteilt worden war, zum Ersatz der gesamten Kosten des hinsichtlich aller ursprünglich angeklagten Taten eingeholten SV-Gutachtens verpflichtete, obwohl nach § 389 Abs 2 nur eine Verpflichtung zum Ersatz jenes Teils der Kosten des Gutachtens zulässig gewesen wäre, der sich auf die vom Schuldspruch umfassten Fakten bezog⁸⁸⁹.
- die Verletzung des § 477 Abs 1 durch die amtswegige Aufhebung eines Schuldspruchs wegen des Vergehens nach § 88 Abs 1 und 4 erster Fall StGB „aus Anlass der Berufung wegen Nichtigkeit“, obwohl die festgestellten Urteilsängel lediglich den – nicht amtswegig wahrzunehmenden – Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 5 zu begründen vermochten⁸⁹⁰.
- die Verletzung des § 68 Abs 3 aF durch die Teilnahme eines Richters an der Entscheidung über einen Wiederaufnahmsantrag (§ 357), der bereits an der früheren Hauptverhandlung teilgenommen hatte⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ 14 Os 7/04.

⁸⁹⁰ 15 Os 4/04.

⁸⁹¹ 13 Os 11/04.

V. Die Grundrechtsbeschwerde

A. Allgemeines

Die Grundrechtsbeschwerde ist ein **außerordentliches Rechtsmittel**, das den Schutz des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf persönliche Freiheit (Art. 5 EMRK; BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl. Nr.684/1988) sicherstellen soll. Nach § 1 Abs 1 GRBG kommt jedermann, der sich durch eine strafgerichtliche Entscheidung im Grundrecht auf persönliche Freiheit verletzt fühlt, **nach Erschöpfung des Instanzenzuges** die Grundrechtsbeschwerde an den OGH zu. Erfasst sind **prozessuale Beschränkungen** der persönlichen Freiheit aufgrund einer strafgerichtlichen Entscheidung, also vor allem die U-Haft, aber auch Vorführbefehle, **nicht** hingegen der **Vollzug von Freiheitsstrafen** und vorbeugenden Maßnahmen (§ 1 Abs 2 GRBG)⁸⁹². Da der OGH bei seinen Entscheidungen über Grundrechtsbeschwerden verfassungsrechtlich geschützte Rechte wahrzunehmen hat, wird er diesbezüglich **funktionell als Verfassungsgericht** tätig⁸⁹³.

Das Verfahren über Grundrechtsbeschwerden weist mehrere Besonderheiten auf: Zum einen entscheidet der OGH über Grundrechtsbeschwerden – anders als bei den übrigen praktisch bedeutsamen Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen – **in Senaten von drei Richtern**⁸⁹⁴. Auch § 8 OGHG, der die Entscheidung in einem verstärkten Senat vorsieht, ist nach der Rsp im Grundrechtsbeschwerdeverfahren nicht anwendbar⁸⁹⁵. Zum anderen wird der OGH im Verfahren über Grundrechtsbeschwerden abweichend vom ansonsten im Strafverfahren bestehenden zweigliedrigen Instanzenzug meist, nämlich soweit sich die Beschwerde gegen einen Beschluss auf Verhängung oder Fortsetzung der Untersuchungshaft, gegen den zunächst ein Beschwerderecht an das übergeordnete OLG besteht, richtet, als **dritte Instanz** tätig. Zu beurteilen hat der OGH die behauptete Grundrechtsverletzung dabei grundsätzlich auf Basis des zum Zeitpunkt des Ergehens der angefochtenen Entscheidung gegebenen Sachverhalts⁸⁹⁶.

Insgesamt hatte der OGH im untersuchten Zeitraum über **34 Grundrechtsbeschwerden** zu entscheiden. Ein ganz überwiegender Teil, nämlich 29 (**85,3%**), hatte **Beschlüsse über die Untersuchungshaft** zum Gegenstand. Hievon richteten sich **25** gegen Beschlüsse eines OLG über Beschwerden gegen **die Fortsetzung der U-Haft**, **3** hatten **sowohl Verhängung als auch Fortsetzung** der U-Haft zum

⁸⁹² F/F, § 1 Rz 1 GRBG; 12 Os 51/04; .

⁸⁹³ Ratz, ÖJZ 2005/24.

⁸⁹⁴ Siehe dazu oben S 7f.

⁸⁹⁵ So F/F, § 6 Rz 1 GRBG, wonach allerdings der gegenteilige Standpunkt im Hinblick auf § 10 GRBG vertretbar sei, sowie *Graff*, RZ 1993, 270 und *Reiter*, ÖJZ 2004/34 (392); aA *Tipold*, RZ 1993, 235

⁸⁹⁶ 14 Os 54/04.

Gegenstand und lediglich **einmal** ging es ausschließlich um deren **Verhängung**. In all diesen Fällen wurde der OGH als dritte Instanz tätig.

Bei den übrigen Beschwerden handelte es sich durchwegs um unzulässige Grundrechtsbeschwerden, nämlich gegen einen gar nicht vollzogenen Haftbefehl, einen nicht vollzogenen Vorführbefehl, gegen rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen sowie gegen eine Entscheidung des OLG, mit der keine Freiheitsbeschränkung angeordnet wurde⁸⁹⁷.

Beschwerdegegenstand	Anzahl	Prozent
U-Haft	29	85,3
Haftbefehl	1	2,9
Vorführbefehl	1	2,9
Rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen	2	5,9
Sonstiges	1	2,9

Von den insgesamt 34 Grundrechtsbeschwerden waren – bei 7 zurück- und 23 abweisenden Entscheidungen – immerhin **vier erfolgreich**. Bedenkt man, dass wie bereits erwähnt der OGH im Verfahren über Grundrechtsbeschwerden, anders als etwa bei Nichtigkeitsbeschwerden, größtenteils als dritte Instanz tätig wird, erscheint die Erfolgsquote von etwa 11,8% keineswegs niedrig. Lässt man die sieben zurückgewiesenen Grundrechtsbeschwerden, die ua verspätet waren, sich unzulässig gegen rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen richteten oder gar nicht vollzogene Vorführ- oder Haftbefehle zum Gegenstand hatten, außer Acht, liegt die Erfolgsquote sogar bei immerhin fast 15%.

Statistik: Entscheidungen über Grundrechtsbeschwerden 2004

Entscheidung (Gesamt: 34)	Anzahl	Prozent
Abweisung	23	67,6
Zurückweisung	7	20,6
Stattgebung	4	11,8

B. Zurückgewiesene Grundrechtsbeschwerden

Mit einem Anteil von etwa **20 %** wurde nur ein – verglichen mit den Entscheidungen über Nichtigkeitsbeschwerden – relativ geringer Teil der Grundrechtsbeschwerden **zurückgewiesen**. Der Unterschied erklärt sich va daraus, dass der OGH nicht prozessordnungskonform ausgeführte Grundrechtsbeschwerden – anders als bei Nichtigkeitsbeschwerden – nicht zurück-, sondern abweist. Zu einer Zurückweisung kommt es nur ausnahmsweise, wenn die ergriffene Grundrechtsbeschwerde verspätet oder nach den Bestimmungen des GRBG überhaupt unzulässig ist.

⁸⁹⁷ 15 Os 124/04; 11 Os 79/04; 13 Os 3/04; siehe dazu noch jeweils unten S 205f.

Dementsprechend als unzulässig zurückgewiesen wurden die zu 12 Os 51/04 und 12 Os 123/04 erhobenen Grundrechtsbeschwerden, die sich entgegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 1 Abs 2 GRBG gegen rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen richteten.

Da das GRBG nur auf solche Freiheitsbeschränkungen abstellt, die tatsächlich zum Tragen gekommen sind, wurde auch eine Beschwerde zurückgewiesen, die sich gegen einen noch gar nicht vollzogenen Haftbefehl richtete⁸⁹⁸. Gleiches gilt für eine Beschwerde, die gar nicht vollzogene Vorführbefehle zu bekämpfen versuchte und überdies – formal fehlerhaft (§ 1 Abs 1 GRBG) – den bezirksgerichtlichen Vorführbefehl, nicht aber die Rechtsmittelentscheidung des LG bekämpfen wollte⁸⁹⁹.

Ebenso zurückgewiesen wurde die zu 13 Os 3/04 behandelte Grundrechtsbeschwerde. Der Beschwerdeführer war über telefonische Anordnung des Untersuchungsrichters in vorläufige Verwahrung genommen und am folgenden Tag über neuerliche Anordnung des Untersuchungsrichters enthaftet worden. Ein schriftlicher Haftbefehl war ihm erst über sein Verlangen über drei Monate später zugestellt worden. Das OLG erkannte daraufhin auf Verletzung oder unrichtige Anwendung des Gesetzes wegen verspäteter Erlassung des Haftbefehls, meinte aber, dass gegen die Zulässigkeit eines seiner schriftlichen Erlassung vorangehenden mündlichen Haftbefehls keine Bedenken bestehen. Die gegen diesen Beschluss des OLG erhobene Grundrechtsbeschwerde war unzulässig, weil das Beschwerdegericht mit dem bekämpften Beschluss weder die vorläufige Verwahrung angeordnet (§ 1 Abs 1 GRBG), noch eine Beendigung der Freiheitsbeschränkung verfügt hatte (§ 2 Abs 2 GRBG).

Die zu 12 Os 58/04 behandelte Grundrechtsbeschwerde wurde als verspätet zurückgewiesen.

Schließlich wurde zu 15 Os 173/03 in einer Maßnahmensache (§ 429) eine vom OGH als Grundrechtsbeschwerde behandelte vom Betroffenen selbst verfasste Eingabe zurückgewiesen, die hauptsächlich aus Verbalinjurien bestand.

Teilweise zurückgewiesen, im Übrigen aber abgewiesen, wurden ferner drei Beschwerden, die sich nicht nur gegen den Beschluss eines OLG richteten, sondern – insoweit unzulässig – auch gegen den zugrunde liegenden Fortsetzungsbeschluss des Erstgerichtes⁹⁰⁰.

C. Abgewiesene Grundrechtsbeschwerden

Mit einem Anteil von über 2/3 aller Grundrechtsbeschwerden (**67,4 %**) war die **Abweisung** die weitaus **häufigste Entscheidung** des OGH **über Grundrechtsbeschwerden**. Schon angesichts der Tatsache, dass der OGH diesbezüglich meist als dritte Instanz tätig wird, überrascht dies wenig. Darüber hinaus erweisen sich aber bei näherer Betrachtung viele der erhobenen Beschwerden als von vornherein aussichtslos.

So ging etwa die zu 13 Os 176/03 erhobene Grundrechtsbeschwerde entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut davon aus, dass die in § 429 Abs 4 genannten Gründe für eine vorläufige Anhaltung kumulativ vorliegen müssen.

Vorauszuschicken ist, dass auch im Verfahren über die Grundrechtsbeschwerde die oben dargestellten **Nichtigkeitsgründe von Bedeutung** sind. Nach § 10 GRBG sind nämlich, soweit das GRBG nichts anderes vorsieht, im Verfahren über

⁸⁹⁸ 15 Os 124/04.

⁸⁹⁹ 11 Os 79/04.

⁹⁰⁰ 14 Os 54/04; 13 Os 13/04; 13 Os 176/03.

Grundrechtsbeschwerden die für das gerichtliche Strafverfahren geltenden Bestimmungen sinngemäß anzuwenden. Auf Grundlage dieser Bestimmung werden die Nichtigkeitsgründe **zur Prüfung** der Sachverhaltsgrundlage **des dringenden Tatverdachts (§ 281 Abs 1 Z 5 und 5a)** sowie der rechtlichen Beurteilung der zu dieser Haftvoraussetzung getroffenen Sachverhaltsannahmen herangezogen, während es hinsichtlich der Haftgründe und der Verhältnismäßigkeit keines Rückgriffs auf die Nichtigkeitsgründe bedarf⁹⁰¹. Die Anwendung des § 281 Abs 1 Z 5 zweiter (Unvollständigkeit) und letzter Fall (Aktenwidrigkeit) und § 281 Abs 1 Z 5a als Prüfungsmaßstab hinsichtlich des dringenden Tatverdachts führt nach *Ratz*⁹⁰² zu einer signifikanten **Verschärfung der Begründungserfordernisse** letztinstanzlicher Haftbeschlüsse, wobei insbesondere alle Entlastungsmomente in der Entscheidung zu berücksichtigen sind. Die rechtliche Annahme der Haftgründe wird vom OGH im Rahmen des Grundrechtsbeschwerdeverfahrens nur dahingehend geprüft, ob sie aus den angeführten bestimmten Tatsachen abgeleitet werden durfte, ohne dass die darin liegende Ermessensentscheidung als willkürlich anzusehen ist⁹⁰³.

Tatsächlich wird **in nahezu jeder Grundrechtsbeschwerde das Nichtvorliegen der Haftvoraussetzung des dringenden Tatverdachts behauptet**, ohne dabei jedoch Begründungsmängel iSd § 281 Abs 1 Z 5 aufzuzeigen oder erhebliche Bedenken iSd Z 5a zu wecken⁹⁰⁴. Mitunter findet sich deshalb auch in Entscheidungen über Grundrechtsbeschwerden der aus solchen über Nichtigkeitsbeschwerden hinlänglich bekannte Satz, der Beschwerdeführer bekämpfe unzulässig die Beweiswürdigung nach Art einer Schuldberufung⁹⁰⁵.

Kein Erfolg konnte deshalb Beschwerden beschieden sein, die bloß auf eigene, nur entlastende Momente berücksichtigende Beweiserwägungen verwiesen, ohne Mängel iSd der genannten Nichtigkeitsgründe aufzuzeigen⁹⁰⁶ bzw ohne sich mit der Argumentation des OLG auseinanderzusetzen⁹⁰⁷. Ebenso von vornherein aussichtslos war eine – bereits vor Zustellung der Ausfertigung des Beschlusses des OLG verfasste – Beschwerde, die die Verhängung der U-Haft als mutwillig bezeichnete, jedoch auf jegliche Befassung mit der Argumentation des OLG verzichtete und gar nicht erst versuchte aufzuzeigen, inwiefern dieses den Tatverdacht anhand der Akten unrichtig beurteilt habe.

Weitere Bsp: Zu 14 Os 54/04 stützte das OLG die Annahme des dringenden Verdachts gewerbsmäßigen Inverkehrsetzens einer übergroßen Menge Cannabis logisch und empirisch einwandfrei auf die belastenden Angaben eines Mitbeschuldigten, wonach er in den letzten beiden Jahren vom Beschwerdeführer ca 10 bis 40 kg Cannabisharz bezogen hatte. Zu Recht hob die Beschwerde zwar hervor, dass die darüber hinaus bestehende Verdachtslage in Bezug auf eine in der vom Beschuldigten angemieteten Garage sichergestellte Suchtgiftmenge

⁹⁰¹ Vgl dazu mit eingehender dogmatischer Begründung *Ratz*, ÖJZ 2005/24; krit *Venier*, JBl 2000, 811 sowie JBl 2000, 259.

⁹⁰² ÖJZ 2005/24.

⁹⁰³ 15 Os 34/04; 14 Os 82/03; 11 Os 146/03; 13 Os 13/04.

⁹⁰⁴ Vgl etwa 12 Os 86/04; 14 Os 61/04; 14 Os 54/04;

⁹⁰⁵ 11 Os 2/04.

⁹⁰⁶ So etwa 12 Os 86/04; 14Os 61/04

⁹⁰⁷ 13 Os 89/04

von 59 kg Cannabisharz mangels konkreter Anhaltspunkte für ein unmittelbar bevorstehendes Inverkehrsetzen lediglich in Richtung des Vergehens nach § 28 Abs 1 SMG aF wies. Mit dem Hinweis auf mengenmäßige Divergenzen in den Angaben des Mitbeschuldigten, die sich auf die Qualifikation nach § 28 Abs 4 Z 3 SMG aF nicht auswirkten, und der Hypothese, es könne auch ein unbekannter Dritter das Suchtgift in der vom Beschuldigten angemieteten Garage "gebunkert" haben, vermochte die Beschwerde weder eine unzureichende Begründung der Entscheidung des Oberlandesgerichtes noch erhebliche Bedenken gegen dessen Tatsachenannahmen aufzuzeigen.

Zu 12 Os 25/04 versuchte der Beschwerdeführer mit „weitwendigen, im Detail kaum nachvollziehbaren Ausführungen“, insbesondere der Wiedergabe aus dem Zusammenhang gelöster Aktenteile, die Annahme des dringenden Tatverdachtes zu bekämpfen, obwohl er bereits in erster Instanz, wenn auch nicht rechtskräftig, verurteilt worden war.

In einer weiteren Grundrechtsbeschwerde⁹⁰⁸ wurde die Annahme eines dringenden Tatverdachtes iR § 28 Abs 2, 3 erster Fall SMG aF lediglich mit dem Hinweis bekämpft, es sei kein Suchtgift sichergestellt worden und es könne daher der Reinheitsgehalt nicht mehr festgestellt werden. Damit wiederholte sie jedoch lediglich die Argumente der Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Beschluss, ohne sich mit der diesbezüglichen, auf die Verantwortung des Beschuldigten gestützten Begründung auseinanderzusetzen. Auch diese Beschwerde musste daher erfolglos bleiben.

Häufig stützten sich Grundrechtsbeschwerden auch auf die Behauptung der **Unverhältnismäßigkeit der U-Haft** iSd § 180 Abs 1 letzter Satz aF⁹⁰⁹. Diesbezüglich sind Entscheidungen des OGH regelmäßig von der nunmehr in stRsp⁹¹⁰ vertretenen Auffassung dominiert, dass der Frage, ob eine **Freiheitsstrafe bedingt nachgesehen** wird und inwieweit die Voraussetzungen der **bedingten Entlassung** gegeben wären, für die Verhältnismäßigkeitsprüfung iSd § 180 Abs 1 letzter Satz aF⁹¹¹ **keine Bedeutung** zukommt. Dies leitet der OGH daraus ab, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der Bedeutung der Sache oder „der zu erwartenden Strafe“ vorzunehmen sei, worunter nach Wortlaut und Sinn dieser Bestimmung die nach den Regeln des vierten Abschnittes des allgemeinen Teiles des StGB zu bemessende Strafe zu verstehen sei. Kein Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei hingegen die im fünften Abschnitt des allgemeinen Teiles des StGB geregelte Frage, ob und unter welchen Bedingungen es zum Vollzug der Strafe komme⁹¹². Keine Bedeutung kommt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung demnach auch der Frage zu, ob nach Urteilsrechtskraft die Gewährung eines Strafaufschubes nach § 39 SMG zu erwarten ist⁹¹³.

So machte zu 12 Os 98/04 der Beschwerdeführer, der in erster Instanz nicht rechtskräftig zu einer im Ausmaß von 16 Monaten teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von insgesamt 24 Monaten verurteilt worden war und sich zum Zeitpunkt der bekämpften OLG-Entscheidung über 5 Monate in U-Haft befand,

⁹⁰⁸ 14 Os 21/04

⁹⁰⁹ Seit In-Kraft-Treten der StPO-Reform inhaltlich unverändert: § 173 Abs 1.

⁹¹⁰ Vgl dazu etwa 15 Os 34/04; 12 Os 39/04; 11 Os 2/04 = EvBl 2004/114; 15 Os 160/02; 12 Os 98/04; 15 Os 117/04; 14 Os 139/04; anders noch 14 Os 30/94.

⁹¹¹ Seit In-Kraft-Treten der StPO-Reform inhaltlich unverändert: § 173 Abs 1.

⁹¹² So nahezu wortgleich 15 Os 117/04, 15 Os 34/04 und 12 Os 98/04.

⁹¹³ 11 Os 2/04; 15 Os 160/02.

unverhältnismäßige Dauer der U-Haft geltend. Der OGH wies die Beschwerde ab, weil nach der dargestellten Judikatur von einer Unverhältnismäßigkeit nicht die Rede sein könne.

Ebenso unter Verweis auf diese stRsp abgewiesen wurde die Grundrechtsbeschwerde eines jugendlichen Beschuldigten, der die zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung nicht einmal einen Monat dauernde U-Haft als unverhältnismäßig rügte, weil er Ersttäter sei und deshalb nur eine bedingte Strafe zu erwarten habe (und dabei überdies eine, wenn auch nicht rechtskräftige, Verurteilung in einem getrennt geführten Verfahren übergang)⁹¹⁴.

Nicht als Unverhältnismäßig beurteilte der OGH auch die Untersuchungshaft eines Angeklagten, der sich nach Aufhebung des in erster Instanz ergangenen Schuldspruches und des im zweiten Rechtsgang erfolgten Freispruchs wegen § 28 Abs 2, 3 und 4 Z 1 und 2 SMG aF bereits rund viereinhalb Jahre in U-Haft befand. Zur Begründung verwies der OGH auf den Strafraum von 1 bis 15 Jahren und die im ersten Rechtsgang für angemessen erachtete Freiheitsstrafe von 9 Jahren⁹¹⁵. In dieser Entscheidung billigte der OGH auch die Annahme eines dringenden Tatverdachts durch das OLG trotz des im zweiten Rechtsgang ergangenen Freispruchs (vgl dazu die nicht unproblematische Bestimmung des § 284 Abs 3 zweiter Satz).

Die dargestellte Rsp des OGH ist in weiten Teilen der Lehre auf begründete Kritik gestoßen⁹¹⁶. Selbst von untergeordneten Gerichten ist diese Judikaturlinie zT nicht nachvollzogen worden. So hielt der OGH zu 12 Os 39/04 im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes fest, die dargestellte stRsp sei vom OLG Innsbruck „abermals ignoriert“ worden.

Weiters wurden mehrere Grundrechtsbeschwerden abgewiesen, weil sie zu Unrecht das **Nichtvorliegen eines angenommenen Haftgrundes** relevierten. Diesbezüglich weist der OGH regelmäßig darauf hin, dass er im Rahmen des Grundrechtsbeschwerdeverfahrens die rechtliche Annahme von Haftgründen nur dahingehend prüfe, ob sie aus den im bekämpften Beschluss angeführten Tatsachen **ohne Verletzung des Willkürverbotes abgeleitet** werden können.

Auch die unberechtigte Annahme der Haftgründe wurde von einem Großteil der Beschwerden behauptet – wie die folgenden Beispiele zeigen sollen, jedoch meist mit untauglichen Argumenten:

Nicht zur Entkräftung des angenommenen Haftgrundes der Fluchtgefahr konnte selbstverständlich die isolierte Behauptung hinreichen, der Beschwerdeführer plane, nach seiner Enthftung in Österreich zu bleiben⁹¹⁷. Ebenso wenig zielführend konnte eine gegen die Annahme dieses Haftgrundes gerichtete Beschwerde sein, die behauptete, dass sich der Beschluss des OLG diesbezüglich “letztlich ausschließlich“ auf die bereits nicht rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafe von 7 Jahren gestützt habe, dabei aber die ausführlichen, weiteren zur Begründung angestellten Überlegungen des OLG – die auch im Akteninhalt Deckung fanden – übergang⁹¹⁸.

Zu 14 Os 139/04 war der Beschwerdeführer wegen §§ 127, 128 Abs 2, 129 Z 1, 130 zweiter, dritter und vierter Fall StGB bereits nicht rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Seine Grundrechtsbeschwerde gestand zwar ausdrücklich das Vorliegen des (allein angenommenen) Haftgrundes der

⁹¹⁴ 15 Os 34/04.

⁹¹⁵ 11 Os 7/04.

⁹¹⁶ Vgl dazu *Kier/Soyer*, JSt 2003, 203; *Reindl*, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention, S 130f; *Graff*, AnwBl 1993/440; *Venier*, AnwBl 2004, 567; dagegen 14 Os 139/04; 12 Os 39/04.

⁹¹⁷ 13 Os 89/04.

⁹¹⁸ 14 Os 139/04.

Fluchtgefahr zu, machte aber geltend, der Beschuldigte hätte gegen Kautions enthaftet werden müssen. Der OGH deutete zwar an, dass § 190 Abs 1 aF im Hinblick auf Art 5 Abs 3 EMRK grundrechtskonform einschränkend dahingehend auszulegen sei, dass auch bei einer Strafdrohung von mehr als 5 Jahren die bloß wegen Fluchtgefahr fortgesetzte Untersuchungshaft jedenfalls gegen Kautions und Gelöbnis aufgehoben werden müsse, wies aber die Beschwerde – in einem für eine Entscheidung über eine Grundrechtsbeschwerde vergleichsweise ausführlich argumentierten Erkenntnis – dennoch ab. Dies begründete er ua damit, dass sich die Bestimmung des Art 5 Abs 3 EMRK nur auf die Haftgründe des Art 5 Abs 1 lit c EMRK beziehe, nach Verurteilung in einer Hauptverhandlung jedoch die Fortsetzung der Untersuchungshaft ihre Grundlage nach der Rsp des EGMR in Art 5 Abs 1 lit a EMRK fände, sodass Art 5 Abs 3 EMRK daher nicht zur Anwendung gelange.

Abgewiesen wurde auch eine Beschwerde, die den vom OLG angenommenen und sorgfältig begründeten Haftgrund der Tatbegehungsgefahr ua mit der Überlegung in Zweifel zu ziehen versuchte, die Zeit zwischen Beendigung der U-Haft und der Hauptverhandlung stelle die „sicherste Periode“ dar – womit freilich kein Begründungsmangel aufgezeigt wurde⁹¹⁹.

Ebenso abgewiesen wurde eine Beschwerde eines wegen §§ 146, 147 Abs 2, 148 StGB rk angeklagten Beschwerdeführers, der das Nichtvorliegen des Haftgrundes der Tatbegehungsgefahr geltend machte. Das OLG hatte die Annahme dieses Haftgrundes ua aus der Verdachtslage der aufwändigen Vorbereitung der angelasteten Straftaten, deren gewerbsmäßiger Abwicklung, dem Fehlen sonstiger Einkünfte des Angeklagten, der oftmaligen Tatwiederholung und aus zwei massiv einschlägigen Vorstrafen abgeleitet und sich dabei auch mit der medialen Präsenz des Falles auseinandergesetzt. Mit der Beschwerdebehauptung, eine weitere Betätigung des Angeklagten sei infolge der Einleitung des Strafverfahrens und des medialen Interesses nicht mehr möglich, zeigte der Angeklagte keine Begründungsmängel der bekämpften Rechtsmittelentscheidung auf⁹²⁰.

Zu 13 Os 13/04 kritisierte der Beschwerdeführer die Annahme des Haftgrundes der Tatbegehungsgefahr nach § 180 Abs 2 Z 3 lit b und c aF mit der skurrilen Behauptung, die Gesellschaft steuere angesichts der Fortsetzung der U-Haft „in Verabschiedung der Errungenschaften der Aufklärung und des Humanismus wieder finsternen Zeiten“ entgegen. Angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer im Alter von knapp 23 Jahren bereits fünffach überwiegend einschlägig vorbestraft war, auch eine bei einer Vorverurteilung über ihn verhängte teilbedingte Freiheitsstrafe keine Wirkung gezeigt hatte und ihm nunmehr gewerbsmäßig schwerer Betrug in 13 Angriffen zur Last lag, überrascht die Erfolglosigkeit auch dieser Beschwerde wohl kaum.

Abgewiesen wurde schließlich auch eine Grundrechtsbeschwerde, die ua das Vorliegen der eines dringendes Tatverdachtes und der Tatbegehungsgefahr hinsichtlich eines Delikts – nämlich der kriminellen Vereinigung nach § 278 Abs 1 StGB - bestritt, das im konkreten Fall gar nicht haftbegründend war⁹²¹.

Liegt zumindest ein Haftgrund tatsächlich vor, so verzichtet der OGH bisweilen auf die Prüfung auch des Vorliegens der übrigen Haftgründe⁹²².

So bejahte der OGH zu 14 Os 104/04 das Vorliegen des Haftgrundes der Fluchtgefahr und verzichtete demgemäß auf die Erörterung der an der Annahme von Verdunkelungs- und Tatbegehungsgefahr geäußerten Kritik.

Ein Großteil der Grundrechtsbeschwerden behauptete das Nichtvorliegen des dringenden Tatverdachts oder eines Haftgrundes oder machte Unverhältnismäßigkeit der

⁹¹⁹ 14 Os 61/04.

⁹²⁰ 13 Os 33/04.

⁹²¹ 14 Os 15/04.

⁹²² 14 Os 104/04; F/F, § 2 GRBG Rz 4; NRsp 1993/51; JUS 2/2885.

Haft geltend. Nur **vereinzelt** wurde hingegen **behauptet**, es sei „**sonst ein Gesetz bei der Festnahme oder Anhaltung unrichtig angewendet**“ worden (§ 2 Abs 1 GRBG):

Zu 11 Os 66/04 war über den Beschuldigten wegen des Verdachtes des versuchten Mordes die bedingt-obligatorische Untersuchungshaft verhängt worden, ohne dass dieser entsprechend § 180 Abs 1 aF zuvor hätte einvernommen werden können, weil er sich nach einem anlässlich seiner Festnahme verübten Selbstmordversuches in künstlichem Tiefschlaf befand. Die Beschwerde vertrat im Ergebnis die Auffassung, dass die Verhängung der Untersuchungshaft überhaupt nicht zulässig sei, wenn der Beschuldigte vernehmungsunfähig sei. Der OGH wies die Beschwerde mit der Begründung ab, dass § 180 Abs 1 aF analog zu § 182 Abs 2 aF und § 429 Abs 2 Z 5 dahingehend zu verstehen sei, dass eine Vernehmung nur dann eine unabdingbare Voraussetzung der U-Haftverhängung darstelle, wenn sie nicht wegen des Gesundheitszustandes des Beschuldigten faktisch unmöglich sei.

Zu 11 Os 158/03 sah sich der Beschwerdeführer im Grundrecht auf persönliche Freiheit dadurch verletzt, dass er über die nach Art 16 des EuAIÜbk vorgesehene Dauer von 40 Tagen hinaus in Auslieferungshaft angehalten worden sei. Die Beschwerde schlug indes fehl, weil die genannte Bestimmung im konkreten Fall gar nicht anwendbar war. Nach dem EuAIÜbk können nämlich die Behörden des ersuchenden Staates in dringenden Fällen um vorläufige Verwahrung des Beschuldigten ersuchen, sofern eine der in Art 12 Z 2 lit a dieses Übereinkommens genannten Urkunden vorhanden ist und die Absicht besteht, ein Auslieferungsbegehren zu stellen. Im vorliegenden Fall hatte jedoch der ersuchende Staat gar nicht um vorläufige Verhaftung zur Sicherung einer beabsichtigten Auslieferung ersucht, sondern einen formellen Auslieferungsantrag gestellt.

Ebenso erfolglos wurde zu 14 Os 15/04 die Verletzung der Sechs-Monate-Frist des § 194 Abs 3 aF⁹²³ geltend gemacht, wobei die Beschwerdeführer zwar zutreffend darlegten, dass die umfangreichen durchgeführten Rufdatenrückeinfassungen zwar keine besonderen Schwierigkeiten des Verfahrens begründeten, dabei aber den besonderen Umfang der (übrigen) Untersuchung übergingen.

Mitunter relevieren Grundrechtsbeschwerden auch Umstände, die von vornherein keine Verletzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit darstellen können – so zB die Rüge, die Verteidigerin habe nicht bei den Vernehmungen durch den Untersuchungsrichter dabei sein dürfen⁹²⁴ (was im Übrigen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 97 Abs 2 aF entsprach⁹²⁵).

D. Erfolgreiche Grundrechtsbeschwerden

Folge gibt der OGH einer Grundrechtsbeschwerde, wenn er zur Auffassung gelangt, dass der Beschwerdeführer im Grundrecht auf persönliche Freiheit verletzt wurde. In diesem Fall **stellt** er die erfolgte **Grundrechtsverletzung fest** und **hebt erforderlichenfalls den angefochtenen Beschluss auf**. Auch im Falle einer stattgebenden Entscheidung **ordnet** der OGH **nicht selbst die Enthaftung an**, vielmehr haben die Untergerichte den seiner

⁹²³ Nunmehr § 178 Abs 2.

⁹²⁴ 11 Os 2/04.

⁹²⁵ Seit In-Kraft-Treten der StPO-Reform am 1.1.2008 sieht § 164 Abs 2 hingegen ein Recht des Angeklagten, seiner Vernehmung einen Verteidiger beizuziehen, ausdrücklich vor.

Rechtsanschauung entsprechenden Zustand unverzüglich herzustellen und den Beschuldigten gegebenenfalls zu enthaften⁹²⁶.

In drei der insgesamt vier stattgebenden Entscheidungen hob der OGH den angefochtenen Beschluss auf⁹²⁷, in einem Fall begnügte er sich damit, dem Erstgericht die Herstellung einer begründeten Beschlussausfertigung aufzutragen⁹²⁸.

Der Spruch einer stattgebenden Entscheidung über eine Grundrechtsbeschwerde lautet idR: „XY wurde im Grundrecht auf persönliche Freiheit verletzt. (*meist auch*: Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.) Gemäß § 8 GRBG wird dem Bund der Ersatz der Beschwerdekosten in Höhe von XY Euro zuzüglich der darauf entfallenden Umsatzsteuer auferlegt.“

Immerhin **vier**⁹²⁹ **der insgesamt 34** im Jahr 2004 erhobenen **Grundrechtsbeschwerden** waren **erfolgreich** (11,8%). Lässt man die als unzulässig zurückgewiesenen Beschwerden außer Acht, errechnet sich sogar eine Erfolgsquote von 14,8%.

In allen vier Fällen ging es um **Beschlüsse** eines OLG als **Beschwerdegericht auf Fortsetzung der Untersuchungshaft**. Die vom OGH festgestellten Grundrechtsverletzungen waren verschiedener Natur. In zwei Fällen – wobei es sich um zwei aufeinanderfolgende Beschwerden in der selben Haftsache handelte – erachtete der OGH die Dauer der U-Haft für unangemessen⁹³⁰, einmal verneinte er das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts⁹³¹ und schließlich erkannte er eine Grundrechtsverletzung in einer unzureichenden bzw fehlenden Begründung⁹³².

Die zu 14 Os 12/04 erhobene Grundrechtsbeschwerde richtete sich gegen einen Beschluss eines OLG, mit dem dieses einer Beschwerde gegen die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft nicht Folge gab. Den dringenden Tatverdacht stützte das Beschwerdegericht auf „die Ergebnisse der Voruntersuchung“, wobei drei Zeuginnen gerichtlich vernommen worden seien. Dabei setzte sich das OLG, wie der Beschwerdeführer in seiner Grundrechtsbeschwerde zurecht geltend machte, nicht mit deutlichen Widersprüchen in den Aussagen der genannten Zeugen für sich genommen und untereinander auseinander. Mit diesen Aussagen war daher ein dringender Tatverdacht entgegen der Ansicht des OLG nicht zu begründen. Mangels Vorliegens eines dringenden Tatverdachtes nach der Begründung des bekämpften Beschlusses stellte der OGH daher die Grundrechtsverletzung fest und hob den angefochtenen Beschluss auf.

Zu 11 Os 115/04 richtete sich die erhobene Grundrechtsbeschwerde gegen eine Entscheidung des OLG Wien, mit dem dieses eine Beschwerde gegen einen im Rahmen einer Hauptverhandlung verkündeten, nicht schriftlich ausgefertigten Beschluss, mit dem ein Enthaltungsantrag abgewiesen wurde, aktenkonform, aber objektiv zu Unrecht (weil sich der von der Gerichtskanzlei handschriftlich angebrachte Datumsvermerk als unrichtig herausgestellt hatte) als verspätet zurückgewiesen hatte. Obwohl das Erstgericht seine Entscheidung

⁹²⁶ F/F; § 7 Rz 1 GRBG.

⁹²⁷ 14 Os 12/04; 15 Os 117/04; 15 Os 120/04.

⁹²⁸ 11 Os 115/05.

⁹²⁹ 2 davon betrafen aufeinanderfolgende Fortsetzungsbeschlüsse in derselben Haftsache, vgl 15 Os 117/04 und 15 Os 120/04.

⁹³⁰ 15 Os 117/04; 15 Os 120/04.

⁹³¹ 14 Os 12/04.

⁹³² 11 Os 115/04.

lediglich mit einem Verweis „auf die bisherigen Haftgründe“ begründet hatte, sah sich das OLG nicht zu einem amtswegigen Vorgehen nach § 114 Abs 4 aF veranlasst. Der OGH gelangte zur Auffassung, dass das OLG in dieser Entscheidung vernachlässigt habe, dass die erstgerichtliche Entscheidung mit dem bloßen Verweis auf die bisherigen Haftgründe mangels Ausfertigung keine überprüfbare Tatsachengrundlage iSd §§ 179 Abs 4, 182 Abs 3 aF enthielt. Das OLG hätte daher dem Erstgericht die Herstellung einer begründeten Beschlussausfertigung aufzutragen gehabt. Im Fehlen einer dem Beschuldigten zustehenden Begründung für die Fortsetzung seiner U-Haft erkannte der OGH die festgestellte Grundrechtsverletzung. Den angefochtenen Beschluss hob der OGH zwar nicht auf, trug aber dem Erstgericht auf, unverzüglich neuerlich über die Fortsetzung der U-Haft zu entscheiden.

Zu 15 Os 117/04 und 15 Os 120/04 lag schließlich die Verletzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit in einer unverhältnismäßigen Dauer der U-Haft. Der Beschuldigte hatte sich seit 8.2.2004 in Untersuchungshaft befunden, wobei diese auch noch zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung des OLG Wien am 10.8.2004 aufrecht war. Wegen des Vergehens der gefährlichen Drohung nach § 107 Abs 1 StGB war der Beschuldigte zu diesem Zeitpunkt bereits nicht rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 7 Monaten verurteilt worden. Der OGH verwarf zu 15 Os 117/04 zwar zunächst unter Hinweis auf seine – oben dargestellte⁹³³ – nunmehr stRsp den Beschwerdeeinwand, das OLG hätte in seiner Entscheidung die Möglichkeit einer bedingten Entlassung zu berücksichtigen gehabt, erkannte aber, dass in concreto dennoch der Grundsatz, dass die Untersuchungshaft ein angemessenes Maß in Bezug auf die Bedeutung der Sache nicht überschreiten darf, verletzt wurde. Im Hinblick darauf, dass der Beschuldigte wegen eines bloß mit einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten Delikts in erster Instanz zu einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt worden war, bezeichnete der OGH die zum Zeitpunkt der bekämpften Entscheidung bereits mehr als 6 Monate dauernde Untersuchungshaft als nicht mehr angemessen zur Bedeutung der Sache und daher als im Ergebnis nicht mehr verhältnismäßig. Diese Erwägungen trafen freilich umso mehr auch auf die zu 15 Os 120/04 vom selben Beschuldigten erhobene Grundrechtsbeschwerde zu, mit der eine weitere abweisende Entscheidung des OLG über die Beschwerde gegen einen darauffolgenden Fortsetzungsbeschluss bekämpft wurde. Der OGH stellte daher in beiden Fällen eine Grundrechtsverletzung fest und hob die angefochtenen Beschlüsse auf.

Drei der aufgehobenen Entscheidungen stammten vom OLG Wien⁹³⁴, eine vom OLG Graz⁹³⁵.

⁹³³ Siehe dazu oben S 208f.

⁹³⁴ 11 Os 115/05; 15 Os 117/04; 15 Os 120/04.

⁹³⁵ 14 Os 12/04.

VI. Sonstige Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

A. Die außerordentliche Wiederaufnahme nach § 362

Zu einer außerordentlichen Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten ist der OGH berechtigt (§ 362 Abs 1), wenn sich für ihn im Zuge der Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde⁹³⁶ (Z 1) oder bei einer auf besonderen Antrag der Generalprokuratur vorgenommenen Prüfung der Akten (Z 2) erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Urteil zugrunde gelegten Tatsachen ergeben. Es handelt sich um einen subsidiären Rechtsbehelf, der nur in Betracht kommt, wenn sich der Fehler durch kein ordentliches Rechtsmittel und auch nicht im Wege der ordentlichen Wiederaufnahme beseitigen lässt⁹³⁷.

Voraussetzung für die Wiederaufnahme sind „**erhebliche Bedenken**“ **gegen die Feststellung entscheidender Tatsachen** im Urteil, wobei der Begriff der erheblichen Bedenken jenem in § 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a entspricht⁹³⁸.

Durch die Einführung der Nichtigkeitsgründe nach §§ 281 Abs 1 Z 5a bzw 345 Abs 1 Z 10a mit dem StRÄG 1987 hat die außerordentliche Wiederaufnahme an Bedeutung verloren, weil erhebliche Bedenken gegen die dem Schuldspruch zugrunde liegenden Tatsache nunmehr einen Nichtigkeitsgrund verwirklichen. Eine außerordentliche Wiederaufnahme im Zuge der Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde (§ 362 Abs 1 Z 1) kommt daher nur noch dann in Betracht, wenn die erheblichen Bedenken gegen den Schuldspruch vom Nichtigkeitswerber nicht geltend gemacht wurden und daher nicht in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde aufgegriffen werden können. Von praktischer Bedeutung ist daher heute primär die Wiederaufnahme auf besonderen Antrag der Generalprokuratur (Z 2).

Von der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes unterscheidet sich die außerordentliche Wiederaufnahme dadurch, dass Erstere die Verletzung oder unrichtige Anwendung des Gesetzes, also Rechtsfragen, betrifft, während Letztere erhebliche Bedenken gegen die getroffenen Feststellungen voraussetzt und somit den **Tatsachenbereich** betrifft.

Eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die außerordentliche Wiederaufnahme kommt in Betracht, wenn eine letztinstanzliche Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht von einer objektiv falschen Verfahrensgrundlage ausgegangen ist. Bsp: Zu 13 Os 63/03 brachte die Generalprokuratur eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gegen ein Berufungsurteil des OLG Wien ein. Dieses hatte, weil der Angeklagte in der Slowakei aufhältig gewesen war, das Rechtshilfegericht in Bratislava um Zustellung der Ladung ersucht. Zur Berufungsverhandlung war der Verurteilte nicht erschienen, sein Rechtsmittel von seinem Verfahrenshelfer verlesen worden. Nachträglich stellte sich jedoch heraus, dass eine rechtswirksame Ladung des Verurteilten nicht erfolgt war. Wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Durchführung der Berufungsverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten (vgl §§ 489 Abs 1 2. Satz, 479 Abs 1 und 2) erhob die Generalprokuratur Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes. Diese wurde vom OGH verworfen, weil

⁹³⁶ Auch bei der Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes; vgl 13 Os 63/03.

⁹³⁷ SSt 32/80; RS 0101117; F/F, § 362 Rz 1; Ratz in WK-StPO, § 362 Rz 12.

⁹³⁸ Bertel/Venier, Rz 1092.

dem OLG kein Rechtsfehler anzulasten sein. Vielmehr sei dieses in tatsächlicher Hinsicht von einer falschen Verfahrensgrundlage, nämlich einer ordnungsgemäßen Zustellung, ausgegangen. Deshalb verfügte der OGH von Amts wegen in analoger Anwendung des § 362 mit Beschluss die außerordentliche Wiederaufnahme des Berufungsverfahrens⁹³⁹.

Die außerordentliche Wiederaufnahme kann von Amts wegen oder auf Antrag der Generalprokuratur erfolgen. Privaten, also vor allem dem Verurteilten, kommt hingegen kein Recht zu, eine außerordentliche Wiederaufnahme zu beantragen. Anträge von Privatpersonen sind nach der ausdrücklichen Anordnung des § 362 Abs 3 nicht zurück-, sondern abzuweisen⁹⁴⁰, obwohl es sich dabei um keine Sach-, sondern eine Formalentscheidung aufgrund fehlender Legitimation des Antragstellers handelt.

Im Jahr 2004 wurden von 3 Anträgen auf außerordentliche Wiederaufnahme 2 von Verurteilten eingebracht und dementsprechend vom OGH abgewiesen⁹⁴¹.

Der OGH entscheidet über Anträge auf außerordentliche Wiederaufnahme in nichtöffentlicher Sitzung. Verfügt er die Wiederaufnahme, so tritt die Sache grundsätzlich in das Stadium des Ermittlungsverfahrens zurück (§§ 362 Abs 4 iVm 358). Einstimmig kann der OGH aufgrund der Aktenlage aber auch in der Sache entscheiden und den Angeklagten freisprechen oder eine mildere Strafe über ihn verhängen (Abs 2).

Während die Abweisung in diesem Fall mit Beschluss erfolgt⁹⁴², ergeht eine stattgebende Entscheidung, mit der die außerordentliche Wiederaufnahme verfügt und die Sache an das Erstgericht zurückverwiesen wird, idR mit Urteil⁹⁴³.

Im Jahr 2004 wurden insgesamt 3 Anträge auf außerordentliche Wiederaufnahme eingebracht. Davon wurden zwei von (dazu nicht legitimierten) Verurteilten eingebracht und deshalb abgewiesen⁹⁴⁴.

Dem einzigen von der Generalprokuratur eingebrachten Antrag auf außerordentliche Wiederaufnahme wurde hingegen vom OGH Folge gegeben, das betroffene Urteil aufgehoben und die Strafsache zur Durchführung der Voruntersuchung an das Erstgericht zurückverwiesen⁹⁴⁵.

B. Beschwerden in Auslieferungssachen

Bis zum 1.5.2004 war der OGH vorübergehend auch zuständig für die Entscheidung über Beschwerden gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte, mit denen eine begehrte Auslieferung nicht für unzulässig erklärt wurde.

Die Aufgaben im Zuge des Auslieferungsverfahrens sind nach dem ARHG zwischen den Gerichten und dem Bundesminister für Justiz aufgeteilt. Die Justiz prüft die rechtlichen Voraussetzungen der Auslieferung, die

⁹³⁹ Vgl dazu *Ratz* in WK-StPO, § 292 Rz 16.

⁹⁴⁰ 15 Os 48/04; 15 Os 101/06; 15 Os 161/96; 14 Os 55/03 uva.

⁹⁴¹ 15 Os 48/04; 15 Os 116/03.

⁹⁴² 15 Os 48/04; 15 Os 116/03.

⁹⁴³ Vgl 11 Os 60/04; 11 Os 16/05w; zu 13 Os 63/03 wurde hingegen die Wiederaufnahme mit Beschluss verfügt.

⁹⁴⁴ 15 Os 48/04; 15 Os 116/03.

⁹⁴⁵ Vgl 11 Os 60/04.

endgültige Entscheidung aber bleibt dem Justizminister vorbehalten. Dieser hat die Auslieferung allerdings jedenfalls abzulehnen, wenn sie gerichtlich rechtskräftig für unzulässig erklärt wurde (§ 34 Abs 1 ARHG). Im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens hatte früher allerdings, bevor der BM für Justiz endgültig über die Auslieferung entschied, der Untersuchungsrichter lediglich die nötigen Erhebungen zu pflegen, die (gerichtliche) Entscheidung aber, ob die Auslieferung für unzulässig erklärt wird, kam dem OLG zu⁹⁴⁶. Gegen den Beschluss des OLG, mit dem die Auslieferung (nicht) für unzulässig erklärt wurde, war gem. § 33 Abs 5 aF ARHG kein Rechtsmittel zulässig. Dieser Rechtsmittelausschluss wurde vom VfGH mit Erkenntnis vom 22.12.2002, G 151, 152/02, wegen des damit verbundenen Verstoßes sowohl gegen Art 13 EMRK als auch gegen das Rechtsstaatlichkeitsprinzip aufgehoben.

Vorübergehend wurde deshalb angesichts der Aufhebung des Rechtsmittelausschlusses gegen die Entscheidung des OLG ein Rechtszug an den OGH eröffnet. Dieser prüfte dabei allerdings in analoger Anwendung des Grundrechtsbeschwerdegesetzes lediglich, ob ein als Auslieferungshindernis in Betracht kommendes Grundrecht verletzt wurde, nämlich § 19 Abs 1 ARHG (Art 3 und Art 6 EMRK), § 20 ARHG (Art 16 ZPEMRK) und § 22 ARHG (Art 8 EMRK)⁹⁴⁷.

Mit BGBl I Nr 15/2004, in Kraft getreten mit 1.5.2004, wurde das Auslieferungsverfahren neu geregelt: Nunmehr kommt die Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung (soweit sie in die gerichtliche Zuständigkeit fällt) zunächst dem Haft- und Rechtsschutzrichter beim Gerichtshof erster Instanz zu, gegen dessen Entscheidung ein Rechtsmittel an das OLG zulässig ist (§ 31 ARHG). Ein Rechtszug zum OGH besteht seitdem nicht mehr.

Vor Inkrafttreten dieser Neuregelung des Auslieferungsverfahrens im ARHG hatte der OGH im Jahr 2004 noch über **3 Beschwerden**, mit denen eine Auslieferung jeweils nicht für unzulässig erklärt wurde, zu entscheiden⁹⁴⁸.

Obwohl der OGH auf Beschwerden gegen derartige Beschlüsse die Bestimmungen der Grundrechtsbeschwerde analog anwendete, entschied er über diese, anders als über Grundrechtsbeschwerden, nicht als Dreiersenat, sondern als einfacher Senat, weil solche Beschwerden in § 7 OGHG nicht genannt werden.

Der OGH entschied über Beschwerden gegen Beschlüsse, mit denen die Auslieferung nicht für unzulässig erklärt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss. Von den drei Beschwerden im Jahr 2004 wurde eine **zurückgewiesen**, weil sie eine Grundrechtsverletzung nicht einmal behauptete⁹⁴⁹, während die anderen beiden Beschwerden **abgewiesen** wurden⁹⁵⁰.

Die zu 13 Os 34/04 erhobene Beschwerde behauptete einerseits unsubstantiiert, der Angeklagte sei durch die Verbüßung einer Haftstrafe in Polen psychischer und physischer Folter ausgesetzt, führte dabei jedoch keine Umstände an, aufgrund derer die behauptete Grundrechtsverletzung zu besorgen sei. Auch die weitere Behauptung eines unfairen Auslieferungsverfahrens in Österreich schlug schon deshalb fehl, weil eine Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK nur im Bezug auf den ersuchenden Staat ein Auslieferungshindernis darstellen könnte.

⁹⁴⁶ Vgl zum früheren Verfahren noch *Schwaighofer*, Auslieferung, S 131ff.

⁹⁴⁷ 15 Os 51/03; 13 Os 34/04; 12 Os 111/03;

⁹⁴⁸ 11 Os 160/03; 12 Os 122/03; 13 Os 34/04.

⁹⁴⁹ 12 Os 122/03.

⁹⁵⁰ 13 Os 34/04; 11 Os 160/03.

Die zu 11 Os 160/03 eingebrachte Beschwerde behauptete mit dem Einwand, die im dem Auslieferungsersuchen zugrunde liegenden ungarischen Haftbefehl genannte Tat sei weder nach österreichischem noch nach ungarischem Recht strafbar, (der Sache nach) eine Verletzung des Art 7 EMRK. Richtigerweise begründete jedoch das im Haftbefehl beschriebene Verhalten nach ungarischem Recht eine mit einer Freiheitsstrafe von fünf bis zehn Jahren bedrohte Unterschlagung im Bezug auf einen erheblichen Vermögenswert und nach österreichischem Recht entweder das Verbrechen der Veruntreuung nach § 133 Abs 2 zweiter Strafsatz StGB oder jenes der Untreue nach § 153 Abs 2 zweiter Strafsatz StGB mit einer Strafdrohung von jeweils 1 bis 10 Jahren.

C. Die Erneuerung des Strafverfahrens

Zu einer Erneuerung des Strafverfahrens kommt es, wenn in einem **Urteil des EGMR** eine **Verletzung der EMRK** oder eines ihrer Zusatzprotokolle durch eine Verfügung oder Entscheidung eines Strafgerichtes **festgestellt** wird, sofern nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verletzung einen nachteiligen Einfluss auf den Inhalt einer strafgerichtlichen Entscheidung ausüben konnte (§ 363a Abs 1).

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die Rsp des Jahres 2004. Seit der Entscheidung 13 Os 135/06m sieht der OGH ein Urteil des EGMR nicht mehr als notwendige, sondern bloß als hinreichende Bedingung für eine Erneuerung des Strafverfahrens an, und kann daher auch eine vom OGH selbst festgestellte Verletzung der MRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle aufgrund eines entsprechenden Antrags zur Erneuerung des Strafverfahrens führen⁹⁵¹.

Der Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens kann **unbefristet** vom von der Verletzung Betroffenen oder von der Generalprokuratur gestellt werden (Abs 2).

Die Möglichkeit der Erneuerung des Strafverfahrens wurde mit BGBl 1996/762 eingeführt, weil die Vertragsstaaten der EMRK zwar verpflichtet sind, sich nach den Urteilen des EGMR zu richten (Art 53 EMRK), diese aber keine unmittelbare innerstaatliche Wirkung haben. Eine Anpassung der die EMRK verletzenden Entscheidung an das Urteil des EGMR wäre zwar im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes möglich, jedoch reicht dies nicht aus, weil dem Betroffenen kein Antragsrecht auf eine solche zukommt⁹⁵². Für die Generalprokuratur geht nunmehr der Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens aus Gründen der Spezialität der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes vor⁹⁵³.

Über den Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens entscheidet der OGH, der dabei **von der Rechtsansicht des EGMR auszugehen** hat⁹⁵⁴. Der OGH entscheidet über Antrag des Berichterstatters oder der Generalprokuratur dann in nichtöffentlicher Sitzung (§ 363b Abs 1), wenn schon vor einer öffentlichen Verhandlung feststeht, dass dem Antrag stattzugeben sein wird (Abs 3) oder wenn der Antrag zurückgewiesen wird, weil er von einer nicht berechtigten Person gestellt, nicht von einem Verteidiger unterschrieben wurde oder vom OGH einstimmig als nicht begründet erachtet wird (Abs 2). Andernfalls entscheidet der

⁹⁵¹ Vgl dazu *Rieder*, JBl 2008, 23; *Reindl-Krauskopf*, JBl 2008, 130; *Kirchbacher*, ÖJZ 2007/64.

⁹⁵² Vgl *Seiler*, Rz 1136; F/F, § 363a Rz 1.

⁹⁵³ F/F, § 363a Rz 3.

⁹⁵⁴ F/F, R 363a Rz 2; *JUS* 6/2425; *Seiler*, Rz 1138; *Reindl* in *WK-StPO*, §§ 363a-c Rz 8.

OGH nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung, auf welche sinngemäß die Vorschriften der §§ 286 und 287 über die öffentliche Verhandlung über eine Nichtigkeitsbeschwerde anzuwenden sind (§ 363c Abs 1).

In der Praxis ist die **Entscheidung** über einen Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens bereits **in nichtöffentlicher Sitzung die Regel**. Insgesamt wurden seit Einführung des Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens mit 1.3.1997 bis zum Jahr 2005 20 Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens eingebracht. Davon wurden 17⁹⁵⁵ (85%) in nichtöffentlicher Sitzung und nur drei⁹⁵⁶ nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung entschieden.

Gibt der OGH dem Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens statt, so entscheidet er idR kassatorisch und verweist die Sache an das Erstgericht zurück (§ 363c Abs 2). Nur wenn eine Entscheidung des OGH selbst von der Konventionsverletzung betroffen ist, kommt eine meritorische Entscheidung in Betracht⁹⁵⁷. Während die Zurückweisung eines Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens gem § 363b Abs 2 stets mit Beschluss erfolgt, ist die Entscheidungsform bei stattgebenden Erkenntnissen uneinheitlich: Entscheidet der OGH meritorisch, so erfolgt die Entscheidung stets mit Urteil⁹⁵⁸. Eine kassatorische Entscheidung erfolgt hingegen manchmal mit Beschluss⁹⁵⁹, teilweise (va in jüngster Zeit) aber mit Urteil⁹⁶⁰.

Im Jahr 2004 hatte der OGH über **zwei Anträge** auf Erneuerung des Strafverfahrens zu entscheiden, wobei **beiden** bereits in nichtöffentlicher Sitzung **Folge gegeben** wurde⁹⁶¹.

Mit Urteil aufgehoben wurde aufgrund eines Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens ein Schuldspruch wegen des Verbrechens der gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Personen unter 18 Jahren nach § 209 StGB idF BGBl 60/1974⁹⁶². Diesbezüglich hatte der EGMR mit Erkenntnis vom 9. Jänner 2003⁹⁶³ eine in der Verurteilung wegen § 209 aF StGB gelegene Verletzung des Art 14 iVm Art 8 EMRK festgestellt, weil die in der Strafbestimmung normierte Beschränkung der Strafbarkeit sexueller Kontakte auf nur (männliche) homosexuelle Partner sachlich nicht gerechtfertigt sei und außerdem das Recht auf Achtung des Privatlebens verletze.

Ferner wurde aufgrund eines Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens ein Schuldspruch wegen des Vergehens der üblen Nachrede nach § 111 Abs 1 und Abs 2 StGB sowie die Verurteilung zur Zahlung einer

⁹⁵⁵ 11 Os 44/05p; 14 Os 46/05d; 15 Os 112/04; 13 Os 106/03; 13 Os 77/03; 15 Os 154/02; 11 Os 44/03; 11 Os 167/02; 11 Os 40/03; 13 Os 24/03; 14 Os 48/02; 14 Os 109/01; 12 Os 51/01; 13 Os 29/01; 12 Os 63/97; 15 Os 150/98.

⁹⁵⁶ 11 Os 101/03; 12 Os 8/01; 15 Os 89/00.

⁹⁵⁷ F/E, § 363c Rz 2; JUS 6/3009; vgl 12 Os 8/01; 15 Os 89/00; 11 Os 101/03.

⁹⁵⁸ Vgl 12 Os 8/01; 15 Os 89/00; 11 Os 101/03.

⁹⁵⁹ Vgl 15 Os 154/02; 11 Os 44/03; 11 Os 167/02; 15 Os 112/04.

⁹⁶⁰ Vgl 11 Os 44/05p; 14 Os 46/05d; 13 Os 106/03.

⁹⁶¹ 13 Os 106/03; 15 Os 112/04.

⁹⁶² 13 Os 106/03.

⁹⁶³ *Lausch* und *Vasat* gegen Österreich, Applikations nos. 39392/98 und 39829/98; vgl ÖJZ 2003, 294.

Entschädigung gemäß § 6 Abs 1 MedienG in der Höhe von 30.000 Schilling (mit Beschluss) aufgehoben⁹⁶⁴, nachdem der EGMR in der Verurteilung eine Verletzung des Art 10 EMRK erkannt hatte⁹⁶⁵.

D. Entschädigungssachen

Das StEG wurde mit BGBl Nr. I 125/2004 zur Gänze neu gefasst. Die Neuregelung trat mit 1.1.2005 in Kraft, sodass den hier analysierten Entscheidungen des Jahres 2004 noch die alte Rechtslage zugrunde liegt. Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich daher zur Gänze auf die aF des StEG⁹⁶⁶.

Der OGH war für die Entscheidung über **Entschädigungsansprüche** nach dem StEG einerseits **als erste (und einzige) Instanz** und andererseits als **Rechtsmittelinstanz** zuständig.

Gem § 6 Abs 1 aF StEG obliegt der Ausspruch, ob die in § 2 Abs 1 lit a und Abs 3 aF StEG bezeichneten Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind und ob einer der in § 3 lit a und b aF StEG genannten Anspruchsvoraussetzungen vorliegt, jenem Gerichtshof, der dem Gericht übergeordnet ist, das die Anhaltung angeordnet, verlängert oder durch sein Auslieferungersuchen veranlasst hat oder das zur Führung des Strafverfahrens zuständig gewesen wäre. Der OGH entscheidet somit als erste und einzige Instanz über Ersatzansprüche nach § 2 Abs 1 lit a aF StEG, wenn die Haft von einem OLG gesetzwidrig verlängert oder angeordnet wurde.

Der OGH wäre daher grundsätzlich zur Entscheidung über den Ersatzanspruch berufen, wenn er einer Grundrechtsbeschwerde Folge gibt, da eine solche eine Ausschöpfung des Instanzenzuges und somit eine Entscheidung eines OLG voraussetzt (§ 1 Abs 1 GRBG). Nach § 11 GRBG bedarf es jedoch bei der Anwendung des StEG keines Antrages und keiner Beschlussfassung des übergeordneten Gerichtshofes nach § 6 aF StEG, soweit der Oberste Gerichtshof aus Anlass einer Grundrechtsbeschwerde festgestellt hat, dass der Geschädigte im Grundrecht auf persönliche Freiheit verletzt wurde. Zu entfallen hat aber nach der Rsp nur der Ausspruch darüber, ob die Anspruchsvoraussetzungen nach § 2 Abs 1 aF StEG vorliegen, nicht hingegen jener über die Ausschlussgründe nach § 3 aF StEG, zumal deren Vorliegen im Grundrechtsbeschwerdeverfahren nicht geprüft werden kann. Der OGH beschränkt sich daher bei einem Antrag auf Feststellung der Voraussetzungen des StEG nach einer erfolgreichen Grundrechtsbeschwerde darauf auszusprechen, ob die Ausschlussgründe nach § 3 lit a und b aF StEG vorliegen.

Zu einer solchen Entscheidung kam es im Jahr 2004 nur einmal⁹⁶⁷. Dabei stellte der OGH fest, dass die Ausschlussvoraussetzungen des § 3 lit a und b aF StEG nicht vorlagen.

⁹⁶⁴ 15 Os 112/04.

⁹⁶⁵ *Scharsach* und News Verlagsgesellschaft gegen Österreich, Nr. 39394/98, EGMR 13.11.2003; vgl MR 2003, 365; ÖJZ 2004, 512.

⁹⁶⁶ BGBl 1969/270 idF BGBl 1988/233, BGBl 1989/343, BGBl 1993/91.

⁹⁶⁷ 14 Os 68/04; vorangehende Grundrechtsbeschwerde: 14 Os 12/04.

Richtet sich hingegen ein Antrag auf Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen nach dem StEG gegen die Fortsetzung oder Verlängerung der Untersuchungshaft durch das OLG, ohne dass es zuvor zu einer stattgebenden Entscheidung über eine dagegen erhobene Grundrechtsbeschwerde gekommen ist, so entscheidet der OGH auch über die Anspruchsvoraussetzungen nach § 2 Abs 1 StEG aF.

Auch dies war im Jahr 2004 einmal der Fall⁹⁶⁸. Dabei hatte das OLG Graz einer gegen einen Beschluss des LG für Strafsachen Graz auf Fortsetzung der Untersuchungshaft nicht Folge gegeben und die Verlängerung der U-Haft für weitere zwei Monate angeordnet. In der Folge wurde der Anspruchswerber vom LG für Strafsachen Graz gegen gelindere Mittel nach § 180 Abs 5 aF enthaftet und schließlich das Verfahren gegen ihn gem § 109 Abs 1 aF eingestellt, nachdem sich herausgestellt hatte, dass das aus einem Einbruch stammende Diebsgut, das im Auto des Anspruchswerbers aufgefunden worden war, nicht aus einer Beteiligung an diesem Delikt herrührte, sondern ohne sein Wissen von seinem Bruder im Auto verstaubt worden war. Der OGH verneinte das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs 1 lit a und Abs 3 aF StEG, weil die Anhaltung weder gesetzwidrig angeordnet noch verlängert worden sei. Bei der Prüfung der Frage, ob die genannten Anspruchsvoraussetzungen des StEG vorlägen, komme es nämlich auf den Erhebungsstand im Zeitpunkt der Beschlussfassung an⁹⁶⁹. Zu diesem Zeitpunkt habe jedoch ein dringender Tatverdacht jedenfalls bestanden und sei daher die Untersuchungshaft zu Recht verlängert worden.

Ferner entscheidet der OGH als Rechtsmittelinstanz über Beschwerden gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte über das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 6 StEG. Dies ist jedoch nur in den in § 2 Abs 1 lit b und c aF StEG geregelten Fällen denkbar⁹⁷⁰, weil bei gesetzwidrig angeordneter oder verlängerter Haft nach § 2 Abs 1 lit b aF StEG die Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen, wenn die Haft vom Gerichtshof erster Instanz angeordnet wurde, nicht dem OLG, sondern der Ratskammer obliegt (§ 6 Abs 1 aF StEG) und für Entscheidung über eine Beschwerde gegen einen solchen Beschluss daher das OLG zuständig ist.

Insgesamt kam es im Jahr 2004 zu **drei Entscheidungen** des OGH über das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach dem StEG⁹⁷¹. In einem Fall stellte der OGH fest, dass die Ausschlussgründe nach § 3 lit a und b aF StEG nicht vorliegen⁹⁷², einmal stellte er das Nichtvorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 2 Abs 1 lit a und Abs 3 aF StEG fest⁹⁷³ und im dritten Erkenntnis gab der OGH einer Beschwerde gegen einen Beschluss des OLG, mit dem dieses den Zuspruch einer Entschädigung abgelehnt hatte, nicht Folge⁹⁷⁴.

⁹⁶⁸ 15 Os 56/04.

⁹⁶⁹ Vgl 14 Os 122/03; SSt 58/24; EvBl 1994/50; NRsp 1998/11 uva.

⁹⁷⁰ Vgl jedoch 11 Os 114/04.

⁹⁷¹ 11 Os 114/04; 15 Os 56/04; 14 Os 68/04.

⁹⁷² 14 Os 68/04.

⁹⁷³ 15 Os 56/04.

⁹⁷⁴ 11 Os 114/04.

E. Beschwerden gegen Gebührenbestimmungsbeschlüsse

Vereinzelt hat der OGH auch über Beschwerden gegen Beschlüsse, mit denen eine Sachverständigengebühr bestimmt wurde, zu entscheiden. Gem § 41 GebAG können nämlich jene Personen, denen ein Gebührenbestimmungsbeschluss zuzustellen ist (das sind in Strafasachen der Sachverständige selbst, der Angeklagte bzw sein Verteidiger sowie der Ankläger; § 40 GebAG⁹⁷⁵), gegen jeden Gebührenbestimmungsbeschluss binnen 14 Tagen Beschwerde an den übergeordneten Gerichtshof erheben.

Dass auch gegen Gebührenbestimmungsbeschlüsse eines Berufungsgerichtes ein Rechtsmittel zulässig ist, wurde durch die Einfügung des Wortes „jeden“ mit der GebAG Novelle 1994 klargestellt⁹⁷⁶.

Da ein Rechtsmittel an eine dritte Instanz nicht vorgesehen ist, entscheidet der OGH nur dann über Beschwerden gegen Gebührenbeschlüsse, wenn mit dem angefochtenen Beschluss eines Oberlandesgerichtes eine Sachverständigengebühr erstmals bestimmt wurde, also *va dann*, wenn das OLG selbst einen Dolmetscher oder im Zuge einer Beweiswiederholung einen Sachverständigen zugezogen hat.

Im Jahr 2004 hatte der OGH lediglich über eine Beschwerde eines Sachverständigen über einen solchen Gebührenbestimmungsbeschluss zu entscheiden. Dabei gab er der Beschwerde des vom OLG Graz im Berufungsverfahren beigezogenen Sachverständigen gegen die Abweisung eines Teiles der verzeichneten Mühewaltungsgebühr Folge und sprach dem Beschwerdeführer die von ihm verzeichneten Gebühren zur Gänze zu⁹⁷⁷.

F. Wiedereinsetzungsanträge

Gem § 364 Abs 1 steht dem Angeklagten gegen die Versäumung der Frist zur Anmeldung, Ausführung oder Erhebung eines Rechtsmittels der binnen 14 Tagen ab Wegfall des Hindernisses einzubringende Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu, sofern er nachweist, dass es ihm durch ein unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis unmöglich war, die Frist einzuhalten oder die Verfahrenshandlung vorzunehmen, es sei denn, dass ihm (oder seinem Vertreter) ein Versehen nicht bloß minderen Grades zur Last liegt. Über einen solchen Antrag entscheidet jenes Gericht, das über das Rechtsmittel oder den Rechtsbehelf zu entscheiden hätte (§ 364 Abs 2 Z 3).

Der OGH erkennt daher über Wiedereinsetzungsanträge, sofern er auch zur Entscheidung über jenes Rechtsmittel, dessen Frist versäumt wurde, zuständig wäre, *va also* gegen die **Versäumung der Frist zur Anmeldung oder Ausführung einer Nichtigkeitsbeschwerde**.

⁹⁷⁵ Nach neuer Rechtslage bei Gebührennoten über €200,-- auch dem Revisor.

⁹⁷⁶ Vgl zur früheren Judikatur *Krammer*, SV 1991/2, 26.

⁹⁷⁷ 14 Os 153/03.

Im Jahr 2004 entschied der OGH über **zwei Wiedereinsetzungsanträge**, welche sich gegen die Versäumung der Frist zur Anmeldung⁹⁷⁸ bzw Ausführung⁹⁷⁹ der Nichtigkeitsbeschwerde und der damit verbundenen Berufung richteten.

In einem Fall verweigerte der OGH die beantragte Wiedereinsetzung. Der Wiedereinsetzungswerker machte geltend, die ansonsten verlässliche Kanzleikraft seines Verteidigers habe zwar den Eingangsstempel auf der am 19.2.2004 zugestellten Urteilsabschrift korrekt vermerkt, als vorletzten Tag der Rechtsmittelschrift jedoch irrig anstelle des 17.3. den 18.3. vermerkt. Der Verteidiger habe deshalb davon ausgehen müssen, dass mit der Aufgabe der Rechtsmittelschrift am 19.3.2005 die vierwöchige Frist gewahrt sei. Der OGH verweigerte die Wiedereinsetzung, weil nach der ständigen Rsp ein Versehen des Verteidigers nicht bloß minderen Grades vorliege, zumal es Aufgabe des gewählten Verteidigers gewesen sei, sich aufgrund der korrekt angebrachten Eingangsstampiglie selbst von der richtigen Fristberechnung zu überzeugen und den Vorgang nicht unkontrolliert einer Kanzleikraft zu überlassen⁹⁸⁰.

Zu 15 Os 47/04 bewilligte der OGH hingegen die Wiedereinsetzung in die Frist zur Anmeldung einer Nichtigkeitsbeschwerde. Dabei war, nachdem sich der Angeklagte nach der Urteilsverkündung am Freitag, den 9.1.2004, Bedenkzeit erbeten hatte, der Schriftsatz, mit dem die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung angemeldet wurden, erst am 13.1.2004 und somit nach Ablauf der dreitägigen Frist (§ 284 Abs 1) überreicht worden. In seinem Wiedereinsetzungsantrag machte der Angeklagte geltend, sein Verteidiger habe am 12.1.2004 die von der seit ca. 2 Jahren bei diesem beschäftigten und stets zuverlässigen Konzipientin schriftlich vorbereitete Rechtsmittelanmeldung unterschrieben und dieser den Auftrag zu fristgerechter Einbringung gegeben, wobei er von unverzüglicher Postaufgabe ausgegangen sei. Die Genannte habe allerdings infolge eines einmaligen Versehens die Tage des vorangegangenen Wochenendes nicht mitgezählt und deshalb irrig den Fristablauf mit 14. Jänner 2004 berechnet, weshalb sie den Schriftsatz erst am 13. Jänner 2004 beim Landesgericht Innsbruck überreicht und gegenüber dem Verteidiger die fristgerechte Einbringung bestätigt habe. Der OGH bewilligte die Wiedereinsetzung, weil das einmalige Fehlverhalten einer seit zwei Jahren beschäftigten und stets zuverlässigen Rechtsanwaltsanwätterin ein unvorhersehbarer, demnach unabwendbarer Umstand sei, an dem den Verteidiger kein Verschulden treffe und der es ihm unmöglich gemacht habe, innerhalb offener Frist die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und der Berufung anzumelden⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ 15 Os 47/04.

⁹⁷⁹ 14 Os 76/04.

⁹⁸⁰ 14 Os 76/04.

⁹⁸¹ Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde allerdings in der Folge verworfen. Auch der Berufung wurde nicht Folge gegeben; vgl 15 Os 98/04 = 15 Os 47/04-18.

VII.Zusammenfassung:

Insgesamt entschied der OGH im Jahr 2004 in Strafsachen über **551 Nichtigkeitsbeschwerden**, **65 Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes**, **34 Grundrechtsbeschwerden**, drei Anträge auf außerordentliche Wiederaufnahme nach § 362, drei Beschwerden in Auslieferungssachen⁹⁸², zwei Anträge auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a, zwei Anträge nach dem StEG, eine Beschwerde gegen einen Beschluss des OLG nach dem StEG, eine Beschwerde gegen einen Gebührenbeschluss des OLG sowie über zwei Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Somit befassten sich im Jahr 2004 über **77% aller Entscheidungen** des OGH in Strafsachen mit **Nichtigkeitsbeschwerden** gegen Urteile von Schöffen- oder Geschworenengerichten.

Von den insgesamt 551 Nichtigkeitsbeschwerden wurde 89, das sind rund **16%, Folge gegeben**, in weiteren 24 Fällen wurden materielle Nichtigkeitsgründe gemäß § 290 Abs 1 von Amts wegen wahrgenommen. In 76 der 89 stattgebenden Erkenntnisse entschied der OGH kassatorisch, hob das Urteil auf und verwies die Sache zur neuerlichen Verhandlung an das Erstgericht zurück, in den übrigen 13 Fälle entschied er in der Sache selbst.

Am häufigsten Folge gegeben wurde dabei Nichtigkeitsbeschwerden aus den Nichtigkeitsgründen nach § 281 Abs 1 Z 10 (in 33 Fällen), nach Z 9b (in 21 Fällen) sowie nach Z 10 (in 16 Fällen). Der letztgenannte Nichtigkeitsgrund wurde überdies in 27 Fällen gemäß § 290 Abs 1 von Amts wegen wahrgenommen und war somit insgesamt am häufigsten verwirklicht. Die mit Abstand höchste Anzahl nichtiger Urteile entstammt dabei Schuldsprüchen nach dem SMG, alleine Urteile nach § 28 aF SMG waren in insgesamt 36 Fällen nichtig.

Die überwiegende Zahl der insgesamt 551 Nichtigkeitsbeschwerden blieb hingegen erfolglos, wobei 400, das sind **72,6%**, bereits **in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen** wurden.

Die Zurückweisung erfolgte dabei fast durchwegs, weil in der Nichtigkeitsbeschwerde kein Nichtigkeitsgrund deutlich und bestimmt bezeichnet wurde oder weil der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde – soweit sie sich auf § 281 Abs 1 Z 1 bis 8 und 11 bzw § 345 Z 1 bis 5, 10a und 13 stützte – einstimmig als offenbar unbegründet verwarf. Da – anders als bei den zuletzt genannten Nichtigkeitsgründen – bei jenen nach auf § 281 Abs 1 Z 9, 10 und 10a bzw § 345 Z 11, 12 und 12a eine Zurückweisung als offenbar unbegründet nicht möglich ist, wies der OGH auf diese Nichtigkeitsgründe gestützte Nichtigkeitsbeschwerden besonders

⁹⁸² Ein Rechtszug zu OGH bestand diesbezüglich bis zum 30.4.2004, siehe dazu oben S 215ff.

häufig mangels „prozessordnungskonformer Ausführung“, dh mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes zurück, wobei viele Beschwerden am vom OGH für die Geltendmachung materieller Nichtigkeitsgründe aufgestellten Erfordernis der „methodengerechten Argumentation“ scheiterten⁹⁸³.

Die dabei gestellten hohen Anforderungen an die prozessförmige Ausführung materieller Nichtigkeitsgründe sind für den Angeklagten jedoch nicht von Nachteil, weil materielle Nichtigkeitsgründe, sofern sie sich zu dessen Nachteil auswirken, gem § 290 Abs 1 ohnehin von Amts wegen wahrzunehmen sind, was im Jahr 2004 in immerhin 36 Fällen erfolgte (6,5%). Soweit hingegen im Bereich der prozessualen Nichtigkeitsgründe hohe Anforderungen an die prozessordnungskonforme Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen gestellt werden, könnte dies hingegen insofern bedenklich sein, als der Angeklagte von der Qualität seines Verteidigers abhängig gemacht wird, wenn es letzterem nicht gelingt, einen tatsächlich vorliegenden Nichtigkeitsgrund prozessordnungskonform auszuführen⁹⁸⁴.

Freilich darf jedoch die Tatsache, dass ein Großteil aller Nichtigkeitsbeschwerden mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes bzw mangels „prozessordnungskonformer Ausführung“ zurückgewiesen wurde, nicht zu dem Schluss verleiten, die meisten Beschwerden seien lediglich wegen der vom OGH gestellten Anforderungen an die Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden gescheitert. Vielmehr kann es idR dann, wenn dem erstinstanzlichen Verfahren und Urteil keine Nichtigkeitsgründe anhaften, gar nicht gelingen, einen solchen – ohne aktenwidriges Vorbringen zu erstatten – prozessordnungskonform darzustellen.

Insgesamt ist die hohe Anzahl der zurückweisenden Entscheidungen über Nichtigkeitsbeschwerden systembedingt: Die StPO sieht im kollegialgerichtlichen Verfahren nur eine Tatsacheninstanz vor und ermöglicht keine Bekämpfung der Beweiswürdigung nach Art einer im Einzelrichterverfahren vorgesehenen Schuldberufung. Gerade das versuchten jedoch die Nichtigkeitswerber meist, besonders häufig in jenen 351 Beschwerden (73,0% aller Nichtigkeitsbeschwerden), in denen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5, und jenen 218 Fällen (45,3%), in denen Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5a behauptet wurde.

Während demnach der insgesamt überwiegende Teil der **Entscheidungen** des OGH über **Nichtigkeitsbeschwerden von der (prozessualen) Frage des Zulässigkeit des Rechtsmittels** geprägt waren, wurden **strittige Rechtsfragen** an den OGH primär im Wege der **Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes** an den OGH herangetragen. Zwar diene damit die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes in diesen Fällen in

⁹⁸³ Siehe dazu oben S 121ff.

⁹⁸⁴ Ob und allenfalls wie oft ein (formeller) Nichtigkeitsgrund tatsächlich vorgelegen wäre, jedoch nicht prozessordnungskonform geltend gemacht wurde, lässt sich alleine aufgrund der OGH-Erkenntnisse freilich nicht beurteilen.

besonderem Maße auch der Rechtseinheit bzw -fortbildung, der zahlenmäßig überwiegende Teil aller Währungsbeschwerden diene jedoch schlicht der **Korrektur** mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr bekämpfbarer **verfehlter Einzelentscheidungen**.

VIII.Anhang: Statistiken

A.Allgemeines

1.Zusammensetzung der Senate:

Gesamt	713
Einfacher Senat	679
Dreiersenat	34
Verstärkter Senat	0

2.Erledigungen nach Senaten:

	Senat				
	Senat	Senat	Senat	Senat	Senat
	Anzahl	Anzahl	Anzahl	Anzahl	Anzahl
Nichtigkeitsbeschwerden	114	95	123	118	101
Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes	6	17	11	18	13
Grundrechtsbeschwerden	6	7	6	8	7
Unzulässige Eingaben	7	7	8	8	19
Beschwerden gg. Beschlüsse, mit dem die Auslieferung nicht für unzulässig erklärt wurde	1	1	1	0	0
außerordentliche Wiederaufnahme	1	0	0	0	2
Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens	0	0	1	0	1
Beschwerde gg Gebührenbeschluss	0	0	0	1	0
Entschädigungssache	1	0	0	1	1
Wiedereinsetzung	0	0	0	1	1

B.Nichtigkeitsbeschwerden:

1.Beschwerdeführer

Beschwerdeführer:	Anzahl:
Angeklagter	529
Staatsanwalt zum Nachteil des Angeklagten	28
Staatsanwalt zugunsten des Angeklagten	2
Finanzamt	1

2.Anzahl der mit Nichtigkeitsbeschwerden verbundenen Berufungen:

Beschwerdeführer:	Nichtigkeitsbeschwerde	Davon mit Berufung verbunden (Prozent)
Angeklagter	529	522 (98,7%)
Staatsanwalt	30	2 (6,7%)
Finanzamt	1	1 (100%)
Gesamt:	560	525 (93,8%)

3.Entscheidungen

Entscheidung	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	400	72,6	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	38	6,9	
Stattgebung und Zurückverweisung ⁹⁸⁵	76	13,8	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache ⁹⁸⁶	13	2,4	
(Ausschließlich) Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	21	3,8	
Verwerfung/Zurückverweisung und amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	3	0,5	
Gesamt:	Erfolglos	441	79,0
	Erfolgreich ⁹⁸⁷	110	20,0

⁹⁸⁵ Hier sind auch jene Fälle erfasst, in denen der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben wurde, darüber hinaus aber auch von Amts wegen materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden.

⁹⁸⁶ Siehe Fn 985.

⁹⁸⁷ Hier sind alle Entscheidungen erfasst, bei denen ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wurde, egal ob in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen

4. Entscheidungen nach sachlicher Zuständigkeit des Erstgerichts

Entscheidung	Schöffverfahren (Gesamt: 481)		Geschworenverfahren (Gesamt: 70)		
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	355	73,8	45	64,3	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	21	4,4	17	24,3	
Stattegebung und Zurückverweisung ⁹⁸⁸	69	14,3	7	10,0	
Stattegebung und Entscheidung in der Sache ⁹⁸⁹	12	2,5	1	1,4	
(Ausschließlich) amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	21	4,4	0	0	
Verwerfung/Zurückweisung, aber amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	3	0,6	0	0	
Gesamt:	Erfolglos	379	78,8	62	88,6
	Erfolgreich	102	21,2	8	11,4

⁹⁸⁸ Hier sind auch jene Fälle erfasst, in denen der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben wurde, darüber hinaus aber auch von Amts wegen materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden.

⁹⁸⁹ Siehe Fn 988.

5. Entscheidungen in öffentlicher / nichtöffentlicher Sitzung

Gesamt

	Anzahl	Prozent
Nichtöffentliche Sitzung	487	88,4
Öffentliche Sitzung	64	11,6
Gesamt	551	100

Nach Schöffen- /Geschworenenzuständigkeit

Erstgericht	Anzahl (Gesamt)	Nichtöff. Sitzung Anzahl (Prozent)	Öff. Verhandlung Anzahl (Prozent)
Schöffengericht	481	436 (90,6%)	45 (9,4%)
Schwurgericht	70	51 (72,9%)	19 (27,1%)

Nach Beschwerdeführern:

Beschwerdeführer	Anzahl gesamt	In nö. Sitzung erledigt (Prozent)	In öff. Verhandlung erledigt (Prozent)
Angeklagter	529	474 (89,6%)	55 (10,4%)
Staatsanwalt	30 ⁹⁹⁰	19 (63,3%)	11 (36,7%)

Entscheidungen in nichtöffentlicher Sitzung (Gesamt: 487)

Entscheidung	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung	400	82,1	
Zurückweisung, aber amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO hinsichtlich des Beschwerdeführers	11	2,3	
Zurückweisung, aber amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO bei anderem Angeklagten	2	0,4	
Stattgebung + Zurückverweisung ⁹⁹¹	70	14,4	
Amtswegige Wahrnehmung (ohne Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde)	4	0,8	
Gesamt:	Erfolglos	402	82,5
	Erfolgreich	85	17,5

⁹⁹⁰ Davon zweimal zugunsten des Angeklagten.

⁹⁹¹ Hier sind auch jene Fälle erfasst, in denen der Nichtigkeitsbeschwerde Folge gegeben wurde, darüber hinaus aber auch von Amts wegen materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden.

Entscheidungen in öffentlicher Verhandlung (Gesamt: 64):

Entscheidung	Anzahl	Prozent	
Verwerfung	38	59,4	
Verwerfung, aber amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO hinsichtlich des Beschwerdeführers	6	9,4	
Amtswegige Wahrnehmung gem. § 290 StPO hins. anderem Angeklagten ⁹⁹²	1	1,6	
Stattgebung + kassatorische Entscheidung ⁹⁹³	6	9,4	
Stattgebung + meritorische Entscheidung ⁹⁹⁴	13	20,3	
Gesamt:	Erfolglos	39	60,9
	Erfolgreich	25	39,1+

Erfolgreiche Nichtigkeitsbeschwerden

Erfolgreiche Nichtigkeitsbeschwerden:		Anzahl	Erfolgsquote
In nichtöffentlicher Sitzung (Gesamt: 487)	Stattgebung	70	14,4
	Amtswegige Wahrnehmung zugunsten des Beschwerdeführers	15	3,1
In öffentlicher Verhandlung (Gesamt: 64)	Stattgebung	13	20,3
	Amtswegige Wahrnehmung zugunsten des Beschwerdeführers	6	9,4

⁹⁹² Vgl. 11 Os 112/04, wobei die Nichtigkeitsbeschwerde bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen wurde, die amtswegige Wahrnehmung nicht den Beschwerdeführer betreffender materieller Nichtigkeitsgründe aber gem § 285d Abs 2 einem Gerichtstag vorbehalten wurde.

⁹⁹³ In 5 Fällen wurde zur Gänze, in einem Fall teilweise stattgegeben. Einmal wurde zusätzlich der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 10 amtswegig wahrgenommen.

⁹⁹⁴ Davon wurde 5 Nichtigkeitsbeschwerden zur Gänze, 8 teilweise stattgegeben. Bei 4 der zuletzt genannten, teilweise stattgebenden Erkenntnissen wurden darüber hinaus amtswegig materielle Nichtigkeitsgründe wahrgenommen.

Gegenüberstellung: Entscheidungen in nichtöffentlicher Sitzung/öffentlicher Verhandlung nach Beschwerdeführern

Entscheidung	Angeklagter ⁹⁹⁵		Staatsanwalt ⁹⁹⁶	
	Öffentliche Verhandlung Anzahl (Prozent ⁹⁹⁷)	Nichtöffentliche Sitzung Anzahl (Prozent)	Öffentliche Verhandlung Anzahl (Prozent)	Nichtöffentliche Sitzung Anzahl (Prozent)
Verwerfung/Zurückweisung	35 (6,7%)	387(73,4%)	3 (10,3%)	17 (58,6%)
Stattgebung+kassatorische Entscheidung	0	69 (13,1%)	6 (20,7%)	1 (3,4%) ⁹⁹⁸
Stattgebung+meritorische Entscheidung	12 (2,3%)	0	2 (6,9%)	0
Zurückweisung/Verwerfung, aber aW mat. NG (§ 290 Abs 2)	6 (1,1%)	15 (2,9%)	0	0
Amtswegige Wahrnehmung nur hins. anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	1 (0,2%)	2 (0,4%)	0	0

⁹⁹⁵ Mit zwei Beschwerden wurde der Angeklagte auf die jeweils stattgebenden Erkenntnisse über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft verwiesen.

⁹⁹⁶ Mit einer Beschwerde wurde die Staatsanwaltschaft auf das kassatorische Erkenntnis über die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten verwiesen.

⁹⁹⁷ Die Prozentzahlen beziehen sich auf die Gesamtheit der Nichtigkeitsbeschwerden des jeweiligen Beschwerdeführers.

⁹⁹⁸ Zugunsten des Angeklagten.

6. Nichtigkeitsgründe

§ 281

Angefochtene Schöffengerichte: 481 (Beschwerdeführer: Angeklagter 461; Staatsanwaltschaft 26)				
Nichtigkeitsgrund	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht (Erfolgsquote)	Amtswegig wahrgenommen
Z. 1	9	1,9%	0	
Z. 1a	3	0,6%	0	
Z. 2	5	1,0%	0	
Z. 3	71	14,8%	5 (7,0%)	
Z. 4	145	30,1%	4 (2,8%)	
Z. 5	351	73,0%	33 (9,4%)	-
Z. 5a	218	45,3%	1 (0,4%)	
Z. 6	3	0,6%	0	
Z. 7	0	0	0	
Z. 8	9	1,9%	1 (11,1%)	
Z. 9a	220	45,7%	21 (9,6%)	9
Z. 9b	60	12,3%	9 (15,3%)	7
Z. 9c	3	0,6%	0	0
Z. 10	134	27,8%	16 (12,0%)	27
Z. 10a	7	1,5%	0	0
Z. 11	55	11,5%	11 (20,0%)	3 ⁹⁹⁹
§ 281a	1	0,2%	0	-

⁹⁹⁹ Im Bezug auf die amtswegige Wahrnehmung lässt sich die Statistik zu § 281 Abs 1 Z 11 insofern nicht mit jener zu den anderen materiellen Nichtigkeitsgründen vergleichen, als es sich beim zuerst genannten Nichtigkeitsgrund um den einzigen handelt, dessen amtswegige Wahrnehmung der OGH auch dem OLG im Zuge der Erledigung der Straferufung überlassen kann, was er iaR auch tut. Derartige Fälle sind von der gegenständlichen Statistik nicht erfasst.

§ 345

Angefochtene Geschworenenurteile: 70 (Beschwerdeführer: Angeklagter 68; Staatsanwaltschaft 4)				
Nichtigkeitsgrund	Geltend gemacht	Geltend gemacht in Prozent aller NB	Erfolgreich geltend gemacht (Erfolgsquote)	Amtswegig wahrgenommen
Z. 1	5	7,14%	1 (20%)	
Z. 2	0	0	0	
Z. 3	0	0	0	
Z. 4	11	15,71%	1 (9,09%)	
Z. 5	24	34,29%	0	
Z. 6	39	55,71%	3 (7,69%)	-
Z. 7	0	0	0	
Z. 8	20	28,57%	0	
Z. 9	14	20%	1 (7,14%)	
Z. 10	4	5,71%	0	
Z. 10a	32	45,71%	1 (3,13%)	
Z. 11a	8	11,43%	0	0
Z. 11b	4	5,71%	0	0
Z. 12	14	20%	0	0
Z. 12a	0	0	0	0
Z. 13	9	12,86%	1 (11,1%)	0

Erfolgreich geltend gemachte Nichtigkeitsgründe nach Beschwerdeführern

Nichtigkeitsgrund	Erfolgreich geltend gemacht	Beschwerdeführer	
		Angeklagter	Staatsanwalt
§ 281 Abs 1 Z 3	5	5	0
§ 281 Abs 1 Z 4	4	4	0
§ 281 Abs 1 Z 5	33	33	0
§ 281 Abs 1 Z 5a	1	1	0
§ 281 Abs 1 Z 8	1	1	0
§ 281 Abs 1 Z 9a	21	17	4
§ 281 Abs 1 Z 9b	9	8	1
§ 281 Abs 1 Z 10	16	15	1 ¹⁰⁰⁰
§ 281 Abs 1 Z 11	11	10	1
§ 345 Abs 1 Z 1	1	1	0
§ 345 Abs 1 Z 4	1	1	0
§ 345 Abs 1 Z 6	3	2	1
§ 345 Abs 1 Z 9	1	1	0
§ 345 Abs 1 Z 10a	1	1	0
§ 345 Abs 1 Z 13	1 ¹⁰⁰¹	1	1

¹⁰⁰⁰ Zugunsten des Angeklagten.

¹⁰⁰¹ In diesem wurde die Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 13 sowohl vom Angeklagten als auch von der Staatsanwaltschaft geltend gemacht.

Wahrnehmung der Nichtigkeitsgründe in nichtöffentlicher Sitzung bzw öffentlicher Verhandlung¹⁰⁰²:

Nichtigkeitsgrund	Nichtöffentliche Sitzung		Öffentliche Verhandlung	
	Folge gegeben	amtswegig wahrgenommen	Folge gegeben	amtswegig wahrgenommen
§ 281 Abs 1 Z 3	5		0	
§ 281 Abs 1 Z 4	4		0	
§ 281 Abs 1 Z 5	32	-	1	-
§ 281 Abs 1 Z 5a	1		0	
§ 281 Abs 1 Z 8	1		0	
§ 281 Abs 1 Z 9a	17	6	4	3
§ 281 Abs 1 Z 9b	6	6	3	1
§ 281 Abs 1 Z 10	13	19	3	8
§ 281 Abs 1 Z 11	6	2	5	1
§ 345 Abs 1 Z 1	1		0	
§ 345 Abs 1 Z 4	1		0	
§ 345 Abs 1 Z 6	1	-	1	-
§ 345 Abs 1 Z 9	1		0	
§ 345 Abs 1 Z 10a	1		0	
§ 345 Abs 1 Z 13	0	0	1	0

¹⁰⁰² Die Nichtübereinstimmung der Anzahl erfolgreich geltend gemachter Nichtigkeitsgründe mit der Gesamtzahl stattgebender Erkenntnisse ergibt sich daraus, dass in einigen Entscheidungen mehrere Nichtigkeitsgründe wahrgenommen wurden.

Welche Nichtigkeitsgründe führten bei Entscheidung in öffentlicher Verhandlung¹⁰⁰³ zu kassatorischer/ meritorischer Entscheidung

Nichtigkeitsgrund	Meritorische Entscheidung	Kassatorische Entscheidung
§ 281 Abs 1 Z 5 ¹⁰⁰⁴	1	0
§ 281 Abs 1 Z 9a	2	2
§ 281 Abs 1 Z 9b	2	1
§ 281 Abs 1 Z 10	3	0
§ 281 Abs 1 Z 11	4	1
§ 345 Abs 1 Z 6	0	1
§ 345 Abs 1 Z 13	1	0

7. Entscheidung über Berufungen (insges. 37):

Entscheidung	Anzahl	Prozent
Berufung nicht Folge gegeben	31	83,8
Strafe herabgesetzt	5	13,5
Strafe erhöht	1	2,7

¹⁰⁰³

In nichtöffentlicher Sitzung wurde durchwegs kassatorisch entschieden (vgl § 285e).

¹⁰⁰⁴

12 Os 48/04; siehe dazu oben S 49.

8. Delikte

Nichtige Urteile nach Delikten

Die nachstehende Statistik bezieht sich auf die Frage, bei welchen Delikten besonders häufig ein Nichtigkeitsgrund vorlag. Erfasst sind all jene Delikte, bei denen zumindest in 4 Fällen Nichtigkeitsgründe vom OGH aufgegriffen wurden.

Delikt	Erfolgreich geltend gemacht	Amtswegig wahrgenommen
§ 28 SMG	26	10
§§ 146, 148 StGB	9	1
§ 33 FinStrG	5	1
§ 75 StGB	4	0
§ 212 StGB	4	0
§ 156 StGB	4	0
§ 27 SMG	1	3

Nichtige Urteile zum SMG nach OLG-Sprengeln

	OLG-Sprengel			
	Wien	Graz	Linz	Innsbruck
Anzahl	8	16	10	2

9. Senate

Entscheidung	Senat 11 (Gesamt: 114)		Senat 12 (Gesamt: 95)		Senat 13 (Gesamt: 123)		Senat 14 (Gesamt: 118)		Senat 15 (Gesamt: 101)	
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	83	72,8	71	74,7	91	74,0	76	64,4	79	78,2
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	8	7,0	8	8,4	9	7,3	4	3,4	9	8,9
Stattgebung und Zurückverweisung	12	10,5	10	10,5	17	13,8	26	22,0	11	10,9
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	5	4,4	2	2,1	2	1,6	4	3,4	0	0,0
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	5	4,4	2	2,1	4	3,3	8	6,8	2	2,0
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	1	0,9	2	2,1	0	0,0	0,0	0,0	0	0,0

10.Nach Beschwerdeführern:

Entscheidungen

Entscheidung	Angeklagter (Gesamt: 527 ¹⁰⁰⁵)		Staatsanwalt (Gesamt: 29 ¹⁰⁰⁶)		
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	387	73,4	17	58,6	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	35	6,7	3	10,3	
Stattgebung und Zurückverweisung	69	13,1	7	24,1	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	12	2,3	2	6,9	
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	21	4,0	0	0	
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	3	0,6	0	0	
Gesamt:	Erfolglos	422	80,1	20	69,0
	Erfolgreich ¹⁰⁰⁷	105	19,9	9	31,0

Ergriffene Nichtigkeitsbeschwerden nach sachlicher Zuständigkeit des Erstgerichts

Erstgericht	Anzahl (Gesamt: 563)	Angeklagter (Prozent)	Anzahl	Staatsanwaltschaft Anzahl (Prozent)
Schöffengericht	491 (87,2%)		461 (87,1%)	26 (86,7%)
Schwurgericht	72 (12,8%)		68 (12,9%)	4 (13,3%)

Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft nach OStA-Sprengeln:

	Wien	Graz	Linz	Innsbruck
Nichtigkeitsbeschwerden der Staatsanwaltschaft	12	8	3	6

¹⁰⁰⁵ Über weitere zwei Nichtigkeitsbeschwerden musste nicht entschieden werden, weil der Angeklagte mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde auf die stattgebende Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft verwiesen wurde; vgl 13 Os 79/04; 15 Os 150/03.

¹⁰⁰⁶ Über eine weitere Nichtigkeitsbeschwerden musste nicht entschieden werden, weil die Staatsanwaltschaft mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde auf die stattgebende Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten verwiesen wurde; vgl 13 Os 60/04.

¹⁰⁰⁷ Hier sind alle Entscheidungen erfasst, bei denen ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wurde, egal ob in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen

11.Nach örtlicher Zuständigkeit

Nach OLG-Sprengel des Erstgerichts

	OLG-Sprengel								
	Wien (Gesamt: 226)		Graz (Gesamt: 128)		Linz (Gesamt: 114)		Innsbruck (Gesamt: 83)		
Entscheidung	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	157	69,5	95	74,2	82	71,9	66	79,5	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	21	9,3	5	3,9	8	7,0	4	4,8	
Stattgebung und Zurückverweisung	32	14,2	19	14,8	15	13,2	10	12,0	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	7	3,1	4	3,1	2	1,8	0	0	
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	7	3,1	5	3,9	6	5,3	3	3,6	
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	2	0,9	0	0	1	0,9	0	0	
Gesamt:	Erfolglos	178	78,8	100	78,1	90	78,9	70	84,3
	Erfolgreich ¹⁰⁰⁸	48	21,2	28	21,9	24	21,1	13	15,7

¹⁰⁰⁸

Hier sind alle Entscheidungen erfasst, bei denen ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wurde, egal ob in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen.

Nach Landesgerichten

	Landesgericht								
	Wien (Gesamt: 156)		Graz (Gesamt: 89)		Linz (Gesamt: 30)		Innsbruck (Gesamt: 61)		
Entscheidung	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung	112	71,8	62	69,7	23	76,7	47	77,0	
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung	13	8,3	5	5,6	2	6,7	3	4,9	
Stattgebung und Zurückverweisung	19	12,2	17	19,1	3	10,	9	14,8	
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	5	3,2	3	3,4	0	0	0	0	
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe	6	3,8	2	1,6	2	6,7	2	3,3	
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers	1	0,6	0	0	0	0	0	0	
Gesamt:	Erfolglos	125	80,1	67	75,3	25	78,9	50	82,0
	Erfolgreich ¹⁰⁰⁹	31	19,9	22	24,7	5	21,1	11	18,0

¹⁰⁰⁹ Hier sind alle Entscheidungen erfasst, bei denen ein Nichtigkeitsgrund wahrgenommen wurde, egal ob in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde oder von Amts wegen.

		Landesgericht							
		Korneuburg (Gesamt: 14)		Wr. Neustadt (Gesamt: 14)		St. Pölten (Gesamt: 19)		Krems (Gesamt: 8)	
Entscheidung		Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung		9	64,3	10	71,4	10	52,6	6	75,0
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung		1	7,1	2	14,3	4	21,0	1	12,5
Stattgebung und Zurückverweisung		4	28,6	2	14,3	5	26,3	1	12,5
Stattgebung und Entscheidung in der Sache		0	0	0	0	0	0	0	0
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe		0	0	0	0	0	0	0	0
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers		0	0	0	0	0	0	0	0
Gesamt:	Erfolglos	10	71,4	12	85,7	14	73,7	7	87,5
	Erfolgreich	4	28,6	2	14,3	5	26,3	1	12,5

		Landesgericht							
		Steyr (Gesamt: 12)		Wels (Gesamt: 12)		Leoben (Gesamt: 20)		Klagenfurt (Gesamt: 19)	
Entscheidung		Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung		7	58,3	8	66,7	17	85,0	16	84,2
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung		1	8,3	2	16,7	0	0	0	0
Stattgebung und Zurückverweisung		2	16,7	0	0	0	0	2	10,5
Stattgebung und Entscheidung in der Sache		2	16,7	0	0	1	5,3	0	0
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe		0	0	1	8,3	2	10,5	1	5,3
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers		0	0	1	8,3	0	0	0	0
Gesamt:	Erfolglos	8	66,7	10	83,3	17	85,0	16	84,2
	Erfolgreich	4	33,3	2	16,7	3	15,0	3	15,8

		Landesgericht							
		Feldkirch (Gesamt: 22)		Eisenstadt (Gesamt: 15)		Salzburg (Gesamt: 43)		Ried i. Innkreis (Gesamt: 17)	
Entscheidung		Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung		19	86,4	10	66,7	28	65,1	16	94,1
Verwerfung in öffentlicher Verhandlung		1	4,5	0	0	3	7,0	0	0
Stattgebung und Zurückverweisung		1	4,5	1	6,7	9	20,9	1	5,9
Stattgebung und Entscheidung in der Sache		0	0	2	13,3	0	0	0	0
Amtswegige Wahrnehmung materieller Nichtigkeitsgründe		1	4,5	1	6,7	3	7,0	0	0
Amtswegige Wahrnehmung nur hinsichtlich anderer Angeklagter, nicht aber hins. des Beschwerdeführers		0	0	1	6,7	0	0	0	0
Gesamt:	Erfolglos	20	90,9	10	66,7	31	72,1	16	94,1
	Erfolgreich	2	9,1	5	33,3	12	27,9	1	5,9

C.Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes

1.Bekämpfte Entscheidungen/Vorgänge

Bekämpfte Entscheidung oder Vorgang (Gesamt: 65)	Anzahl	Prozent
Urteil	37	59,9
Beschluss	26	40
Sonstiger Vorgang	2	3,1

2.Entscheidungen

Entscheidung (Gesamt: 65)	Anzahl	Prozent
Stattgebung	60	92,3
Teilweise Verwerfung, teilweise Stattgebung	3	4,6
Verwerfung	2	3,1

Entscheidung – Wirkung (Gesamt: 65)	Anzahl	Prozent
Aufhebung	50	76,9
Nur Feststellung der Rechtsverletzung	13	20
Verworfen	2	3,1

Stattgebende Entscheidungen (Gesamt: 63)	Anzahl	Prozent
Stattgebung und Zurückverweisung	27	42,9
Ersatzlose Aufhebung bzw Entscheidung in der Sache	23	36,5
Nur Feststellung der Rechtsverletzung	13	20,6

3.Entscheidungen nach Senaten

Entscheidung (Gesamt: 65)	Senat 11 (Gesamt: 6)		Senat 12 (Gesamt: 17)		Senat 13 (Gesamt: 11)		Senat 14 (Gesamt: 18)		Senat 15 (Gesamt: 13)	
	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Stattgebung	6	100,0	16	94,1	9	81,8	16	88,9	13	100,0
Teilweise Verwerfung, teilweise Stattgebung	0	0	1	5,9	2	18,2	0	0	0	0
Verwerfung	0	0	0	0	0	0	2	11,1	0	0

4. Entscheidungen nach OLG-Sprengel des Erstgerichts

	OLG-Sprengel							
	Wien (Gesamt: 19)		Graz (Gesamt: 9)		Linz (Gesamt: 12)		Innsbruck (Gesamt: 25)	
Entscheidung	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent	Anzahl	Prozent
Stattgebung und Zurückverweisung	4	21,1	6	66,7	4	33,3	12	48,0
Stattgebung und Entscheidung in der Sache	7	36,8	2	22,2	4	33,3	8	32,0
Stattgebung und Feststellung der Rechtsverletzung	5	26,3	1	11,1	3	25,0	4	16,0
Teilweise Verwerfung, teilweise Feststellung der Rechtsverletzung	2	10,5	0	0	1	8,3	0	0
Verwerfung	1	5,3	0	0	0	0	1	4,0

D.Grundrechtsbeschwerden

Beschwerdegegenstand	Anzahl	Prozent
U-Haft	29	85,3
Haftbefehl	1	2,9
Vorföhrbefehl	1	2,9
Rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen	2	5,9
Sonstiges	1	2,9

Entscheidung (Gesamt: 34)	Anzahl	Prozent
Abweisung	23	67,6
Zurückweisung	7	20,6
Stattegebung	4	11,8

	Senat 11 (Gesamt: 6)		Senat 12 (Gesamt: 7)		Senat 13 (Gesamt: 6)		Senat 14 (Gesamt: 8)		Senat 15 (Gesamt: 7)	
	Anzahl	Prozent								
Entscheidung (Gesamt: 65)										
Abweisung	4	66,7	4	57,1	5	83,3	7	87,5	3	42,9
Zurückweisung	1	16,7	3	42,9	1	16,7	0	0	2	28,6
Stattegebung	1	16,7	0	0	0	0	1	12,5	2	28,6

Der Autor:
Patrick Aulebauer
Geboren 1977 in Wien

1996	Matura in Wien
2002	Sponsion zum Mag. iur.
2002-2003	Gerichtspraxis in Wien und Korneuburg
2003-2006	Richertamtsanwärter im Sprengel des OLG-Wien
seit 2006	Richter am Landesgericht für Strafsachen Wien