

Eingereicht von  
**Stefan Wiedlroither**

Angefertigt am  
**Institut für**  
**Strafrechtswissenschaften**

Beurteiler / Beurteilerin  
**Univ. Prof. Dr. Einhard**  
**Steininger**

Februar 2016

# **DIE DURCHBRECHUNGEN DER UNMITTELBARKEIT IM STRAFVERFAHREN UND IHRE ANFECHTUNGSMÖGLICHKEITEN.**



Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

Magister der Rechtswissenschaften

im Diplomstudium

der Rechtswissenschaften

## Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt habe beziehungsweise die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Dokument identisch.

Linz, Februar 2016

## Vorwort

Diese Arbeit soll den – heutzutage als selbstverständlich vorausgesetzten - grundlegenden Verfahrensgrundsatz der Unmittelbarkeit in der Strafprozessordnung und dessen Durchbrechungen genauer beleuchten. Die Geltendmachung der Nichtberücksichtigung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Beweisaufnahme gehört zum Standardrepertoire für Berufungen und Nichtigkeitsbeschwerden und findet daher regelmäßig Niederschlag in der Rsp des OGH. Manche Nichtigkeitsgründe bedürfen dabei besonderer Aufmerksamkeit, da für deren spätere Geltendmachung in der Nichtigkeitsbeschwerde oder Berufung bereits im Beweisverfahren durch entsprechende Antragsstellung oder Rügeobliegenheit des Rechtsvertreters das Fundament für eine erfolgreiche Anfechtung gelegt werden muss.

Ich möchte mich auf diesem Wege noch bei *Univ. Prof. Dr. Einhard Steininger* für die Betreuung dieser Diplomarbeit und all die damit verbundenen Mühen bedanken. Er hat mit viel Geduld, Ratschlägen und Hintergrundwissen wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Danken möchte ich auch noch Kathrin und Andrea, die mir bei lektorischen Überarbeitung behilflich waren, sowie meiner Familie, die mich während meines Studiums stets unterstützt hat.

### Sprachliche Gleichbehandlung

Soweit in dieser Arbeit auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf weibliche und männliche Personen in gleicher Weise.

### Normenbezeichnung

Soweit explizit keine Gesetzesbezeichnungen nach Paragraphen angeführt werden, handelt es sich um die Strafprozessordnung 1975 – StPO 1975 idF BGBl I 2015/112

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	2
Inhaltsverzeichnis .....	3
Literaturverzeichnis .....	5
Abkürzungsverzeichnis .....	6
<b>I. Kapitel, Einführung in den Grundsatz der Unmittelbarkeit .....</b>	<b>9</b>
A. Einleitung .....	9
B. Allgemeines zum Unmittelbarkeitsgrundsatz .....	9
C. Die Entwicklung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im 19 Jh. ....	10
D. Formelle Unmittelbarkeit .....	11
1. Verhältnis der formellen Unmittelbarkeit zum Grundsatz der Mündlichkeit .....	13
E. Materielle Unmittelbarkeit .....	13
F. Unmittelbarkeit im Ermittlungsverfahren .....	15
G. Unmittelbarkeit im Rechtsmittelverfahren .....	16
<b>II. Kapitel, Durchbrechungen der Unmittelbarkeit .....</b>	<b>16</b>
A. Allgemeines .....	16
B. allg Verlesungs- und Vorführungsverbot für die ersatzweise Einführung von Personalbeweisen gem § 252 Abs 1 .....	17
C. Sachlicher Anwendungsbereich .....	17
D. Protokolle und sonstige amtliche Schriftstücke über Aussagen von Mitbeschuldigten oder Zeugen .....	17
E. Gutachten von Sachverständigen .....	18
F. Ton- und Bildaufnahmen von Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten. ....	19
G. Ausnahmetatbestände des § 252 Abs 1 .....	20
1. § 252 Abs 1 Z 1 1. und 2. Alternative .....	21
2. § 252 Abs 1 Z 1 3. Alternative – erhebliche Gründe .....	21
3. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 2 – abweichende Zeugenaussage .....	24
4. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 3 – berechnigte Aussageverweigerung .....	25
5. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 2a – berechnigte Aussageverweigerung nach kontradiktorischer Einvernahme .....	25
6. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 4 – bei Einverständnis von Ankläger und Angeklagtem .....	27
7. Allgemeines Umgehungsverbot gem § 252 Abs 4 .....	28
H. Der Vortrag des Vorsitzenden gem § 252 Abs 2a & 3 .....	29
I. Vernehmung mittels Videokonferenz gem §§ 153 Abs 4, 247a .....	32

2. Videovernehmung aus gesundheitlichen oder anderen erheblichen Gründen gem § 247a Abs 1 .....	32
3. Auslandsaufenthalt eines Zeugen gem § 247a Abs 2 .....	34
4. Schonende Vernehmung während der HV gem §§ 250 Abs 3 iVm 165 Abs 3 .....	34
<b>III. Kapitel, die Anfechtung von unzulässigen Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes</b> .....	<b>35</b>
A. Allgemeines .....	35
B. Das entsprechende Rechtsmittel für die Anfechtung .....	35
C. Rechtsmittelbefugnis .....	36
D. Formelle und materielle Nichtigkeitsgründe .....	37
E. Absolute und relative Nichtigkeitsgründe .....	37
F. Rügepflichtige Nichtigkeitsgründe .....	38
G. Nichtigkeitsgründe für die Anfechtung von Verletzungen der Unmittelbarkeit .....	39
1. § 281 Abs 1 Z 1 fehlende Wahrnehmung des Gerichtes .....	39
1.1. Blinde oder gehörlose Richter .....	41
2. § 281 Abs 1 Z 3, Missachtung der Verfahrensvorschrift § 252 .....	43
3. § 281 Abs 1 Z 4 Verfahrensrüge, Bekämpfung der Ablehnung von in der HV gestellten Beweisanträgen .....	43
4. § 281 Abs 1 Z 5 Mängelrüge, fehlerhafte Begründung einer entscheidungserheblichen Tatsache .....	45
1. § 281 Abs 1 Z 5 – erste Alternative, undeutliche Begründungen .....	46
2. § 281 Abs 1 Z 5 zweite Alternative, unvollständige Begründung .....	46
3. § 281 Abs 1 Z 5 dritte Alternative, widersprüchliche Begründung oder Feststellung .....	47
4. § 281 Abs 1 Z 5 vierte Alternative, keine oder unzureichende Begründung .....	47
5. § 281 Abs 1 Z 5 fünfte Alternative, aktenwidrige Begründung .....	49
6. Begründungsmangel im geschworenengerichtlichen Verfahren .....	49
<b>IV. Conclusio</b> .....	<b>50</b>

## Literaturverzeichnis

- Birklbauer*, Eine Einführung in das Grundstudium, Strafprozessrecht, 2. Auflage (2014)
- Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung – StPO Kurzkommentar, 12. Auflage (2014)
- Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar Strafprozessordnung 1975, (2015)
- Großkopf*, Beweissurrogate und Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung (2007)
- Hager/Meller/Hetlinger*, Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung, 3. neue Auflage (2010)
- Kunkel*, Kleine Schriften: zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte, (1974)
- Leonhardt*, Einführung in die Hörgeschädigtenpädagogik, (1999)
- Ritter*, Die leitenden Grundsätze der österreichischen Strafprozessordnung (1854)
- Schroll/Schillhammer*, Rechtsmittel in Strafsachen, 2. Auflage (2014)
- Seiler*, Strafprozessrecht, 13. Auflage (2014)
- Steininger*, Die Kontrolle der Tatfrage im schöffengerichtlichen Verfahren (1989)
- Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren, 6 Auflage (2015)
- Stüber*, Die Entwicklung des Prinzips der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, (2005)

## Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
allg	allgemeinen
ao	außerordentliches (RM)
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bschw	Beschwerde
bsp	beispielsweise
bsph	beispielhaft
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz idF BGBI I 102/2014
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
dt	deutschen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention idF BGBI III 47/2010
Erl	Erläuterungen
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, veröffentlicht in der ÖJZ
evtl	eventuell
f	der folgende
ff	die folgenden
FN	Fußnote
gem	gemäß
HS	Halbsatz
hL	herrschende Lehre
HV	Hauptverhandlung
idF	in der Fassung
iHv	in der Höhe von
insb	insbesondere

iSe	im Sinne eines
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JBI	juristische Blätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz idF BGBl I 13/2015
Kap	Kapitel
lit	litera [Buchstabe]
lt	laut
RM	Rechtsmittel
Rsp	Rechtssprechung
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
NB	Nichtigkeitsbeschwerde
NkG	Nichtigkeitsgrund
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	österreichischen Juristenzeitung
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RS	Rechtssatz
Rz	Randziffer
RZ	österreichische Richterzeitung
s	siehe
S	Seite
SN	Salzburger Nachrichten
StA	Staatsanwalt/Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch idF BGBl I 113/2015
StPO	Strafprozessordnung 1975 idF BGBl I 112/2015
SV	Sachverständiger
o	ordentliches (RM)
ua	unter anderem



vgl	vergleiche
V-Person	Verbindungs-Person, Verbindungsmann
WK	Wiener Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZMR	Zentrales Melderegister

## **I. Kapitel, Einführung in den Grundsatz der Unmittelbarkeit**

### **A. Einleitung**

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist seit über 150 Jahren einer der wesentlichen Verfahrensgrundsätze der österreichischen Strafprozessordnung. In den letzten Jahrzehnten wurde dieser Grundpfeiler vor allem durch die Rsp des EGMR zur EMRK, Anpassungen hinsichtlich Opferschutzinteressen, technologischen Fortschritten und die Prozessökonomie geprägt. Ziel dieser Arbeit wird sein, die Konfliktfelder aufzuzeigen und deren Auswirkungen und Berücksichtigung im Anfechtungsverfahren ausführlich zu erörtern. Die Behandlung der einzelnen Konfliktzonen setzt eine Auseinandersetzung mit den Kernproblemen und der Entwicklung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes voraus, dementsprechend wurde die Arbeit in drei größere Kernbereiche strukturiert.

Im ersten Kapitel wird auf den historischen Kontext und die allgemeinen Grundlagen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes eingegangen. Anschließend werden im zweiten Kapitel die derzeitigen Möglichkeiten der Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes näher betrachtet und daraus resultierende Konfliktpotentiale einer genaueren Untersuchung unterzogen. Im dritten Kapitel werden die Anfechtungsmöglichkeiten im Rechtsmittelverfahren näher behandelt.

### **B. Allgemeines zum Unmittelbarkeitsgrundsatz**

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz wurde mit dem Strafprozessreformgesetz 2004 BGBl I 2004/19 ausdrücklich in § 13 StPO verankert. Er lässt sich in eine formelle und materielle Komponente aufteilen. Dem formellen Unmittelbarkeitsgrundsatz wird das Strafverfahren gerecht, wenn alle Richter während der HV anwesend waren und die aufgenommenen Beweise auch sinnlich wahrgenommen haben. Abwesende, abgelenkte oder nicht wahrnehmungsfähige Richter genügen dem formellen Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht. Als Unmittelbarkeit im materiellen Sinn bezeichnet man das Grundprinzip, dass nur die tatnächsten Beweismittel in der Hauptverhandlung herangezogen werden sollen. Damit soll es dem Gericht ermöglicht werden die entscheidungserheblichen Beweise selbst zu würdigen. Hinter dem formellen und materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatz verbirgt sich ein dynamisches Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf ein faires Verfahren für den Angeklagten einerseits und dem Grundsatz der materiellen Wahrheitsermittlung andererseits. Darüber hinaus sind noch der Opfer- bzw Zeugenschutz und prozessökonomische Interessen zu berücksichtigen. Um dieses Spannungsfeld mit all seinen Interessensgruppen in einem ausgewogenen Gleichgewicht zu halten, hat der Gesetzgeber zahlreiche Durchbrechungen des formellen und materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes

geschaffen. Diese Durchbrechungen und ihr Verhältnis zu den soeben genannten Interessen gilt es in der folgenden Arbeit näher zu untersuchen.

### **C. Die Entwicklung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes im 19 Jh**

Um die Tragweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes für das österreichische Strafverfahren zu erfassen und die Gefahren und Chancen aktueller Veränderungen in all ihrer Komplexität besser einschätzen zu können, ist eine überblicksmäßige Befassung mit der historischen Entwicklung empfehlenswert.

Das römische Strafverfahren ist - aus Sicht des Unmittelbarkeitsgrundsatzes - in seinen Grundzügen durchaus mit dem heutigen Verfahren vergleichbar.<sup>1</sup> War das römische Strafverfahren jedoch noch von den Prinzipien des Anklageprozesses geprägt, so hat sich das Strafverfahren im Hoch- und Spätmittelalter unter dem maßgeblichen Einfluss der kanonischen Rechtslehre<sup>2</sup> zum Inquisitionsprozess gewandelt. Im Inquisitionsprozess hatte der Inquisitor dem Gericht schriftlich über das Beweisverfahren Bericht zu erstatten. Das Gericht nahm die Beweismittel nicht selbst wahr, sondern urteilte anhand der Aktenlage. Darüber hinaus wurde mittelbaren gegenüber unmittelbaren Beweismitteln ein höherer Beweiswert eingeräumt. Das Verfahrensrecht des Inquisitionsrichters war vom Grundsatz der materiellen Wahrheitsermittlung geprägt, so wurde oftmals bereits im Ermittlungsverfahren zur –vermeintlich besseren- Beweismittelgewinnung systematisch auf die Peinigung zurückgegriffen. Die Unmittelbarkeit war - sowohl in formeller, als auch in materieller Hinsicht - nicht länger Bestandteil des Verfahrensrechts. Der Inquisitionsprozess hatte bis in das 18. Jh hinein Bestand. Erst durch die von der französischen Revolution geprägte Strafprozessordnung von 1850 fand der Anklageprozess, und mit ihm untrennbar verbunden auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz, wieder Einzug in das österreichische Strafverfahren. Freilich konnte sich die StPO von 1850 nicht von Beginn an dem fortwährenden Einfluss des Inquisitionsprozesses entziehen. Übertretungen (leichte Vergehen) waren weiterhin nach dem inquisitionellen Verfahren abzuhandeln<sup>3</sup> und auch das Rechtsmittelverfahren trug dem Unmittelbarkeitsgrundsatz noch nicht Rechnung. So waren die Rechtsmittelgerichte mit einer erheblichen Ermessensfülle ausgestattet, indem sie nach bloßer Beweiswürdigung der Akten - ohne die darin enthaltenen Beweismittel jemals selbst wahrgenommen zu haben - eine reformatorische Entscheidung fällen konnten.<sup>4</sup> Erst mit der Strafprozessordnung von 1873 wurde die reformatorische Entscheidungsbefugnis der Rechtsmittelgerichte im kollegialgerichtlichen Verfahren sowohl für prozessuale Nichtigkeiten als auch für tatrichterliche Feststellungen eliminiert und damit auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz im

---

<sup>1</sup> vgl *Kunke*, Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren, (1974) S 12ff

<sup>2</sup> vgl *Michael Stüber*, Die Entwicklung des Prinzips der Unmittelbarkeit im dt Strafverfahren, (2005) S 28

<sup>3</sup> vgl *Ritter*, Die Grundsätze der österreichischen Strafprozessordnung (1854) S 20f

<sup>4</sup> mwN *Steininger*, Die Kontrolle im schöffengerichtlichen Verfahren, S 23ff

erstinstanzlichen Verfahren gestärkt. Das Rechtsmittelgericht konnte somit die erstinstanzliche Entscheidung kassieren, nicht aber reformatorisch – allein auf Grundlage einer schriftlichen Verhandlung – selbst entscheiden. Letztendlich wurde mit der StPO von 1873 die heutige Prägung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes als grundlegende Verfahrensmaxime zementiert. Abgesehen von einer zeitweisen Unterbrechung während der beiden Weltkriege durch die Militärgerichtsbarkeit 1914-18 und der NS-Strafgerichtsbarkeit wurde am Unmittelbarkeitsgrundsatz im Grunde nicht mehr gerüttelt. Durch die Ratifizierung der EMRK 1958 durch Österreich und die Erhebung dieser in den Verfassungsrang<sup>5</sup> 1964 musste sich das Strafverfahren fortan an Art 6 EMRK, dem Grundrecht auf ein faires Verfahren, messen lassen. Zwar nehmen Art 6 EMRK und der EGMR nicht ausdrücklich auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz Bezug, aber ein Strafverfahren ohne unmittelbare Beweisaufnahme und die darauffolgende Beweiswürdigung würde dem Grundrecht auf ein faires Verfahren iSd Art 6 EMRK nicht gerecht werden. In der Folge wurden zahlreiche Bestimmungen der StPO - wie in dieser Arbeit noch zu behandeln sein wird - auch iZm dem Unmittelbarkeitsgrundsatz überarbeitet und/oder vom OGH der Rsp entsprechend angepasst.

Die letzten größeren Strafprozessnovellen der letzten Jahrzehnte waren geprägt durch die Möglichkeiten der neuen Technologien (Fernvernehmung mittels audiovisueller Hilfsmittel etc), Opferschutz (Aussageverweigerungsrechte, kontradiktorische Vernehmungen im Ermittlungsverfahren, schonende Vernehmung mittels audiovisueller Hilfsmittel in der HV) sowie prozessökonomische Adaptierungen (Verzicht auf unmittelbare Vernehmungen bei Zustimmung beider Parteien).

Erst durch das Strafprozessreformgesetz 2004<sup>6</sup> wurde dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im ersten Hauptstück der StPO über die Grundsätze des Strafverfahrens mit der ausdrücklichen Statuierung in § 13 ein Platz neben den anderen allg Verfahrensgrundsätzen eingeräumt.

#### **D. Formelle Unmittelbarkeit**

§ 13 Abs 1 lautet: *„Die Hauptverhandlung bildet den Schwerpunkt des Strafverfahrens. In ihr sind die Beweise aufzunehmen, auf Grund deren das Urteil zu fällen ist.“*

§ 13 Abs 1 wird in der hL auch als der formelle Unmittelbarkeitsgrundsatz bezeichnet und hat zwei Stoßrichtungen. Der erste Satz betont ausdrücklich, dass die Hauptverhandlung den Schwerpunkt des Strafverfahrens bilden soll. Damit wollte der Gesetzgeber im Rahmen der Neugestaltung der StPO durch das Strafprozessreformgesetz 2004 und die darin vorgesehenen Vorverlagerungen der Beweisaufnahme in das Vorverfahren klarstellen, dass der Schwerpunkt

---

<sup>5</sup> s BGBl I 59/1964

<sup>6</sup> s BGBl I 19/2004

des Strafverfahrens weiterhin in der Hauptverhandlung liegen soll.<sup>7</sup> Eine gerechte Beweiswürdigung setzt eine (möglichst) unmittelbare Beweisaufnahme zwingend voraus. Würde man dem Gericht die unmittelbare Beweismittelaufnahme vorwegnehmen, so würde es einerseits um seine Freiheit beraubt, die Beweismittel selbst nach Art und Umfang auszuwählen, zum anderen könnte es die Beweise auch nicht mehr selbst vollumfänglich würdigen und daraus das entscheidungserhebliche Tatsachensubstrat feststellen.

Beispielhaft sei der (fiktive) Fall angeführt, dass die Kriminalpolizei die Einvernahme eines Zeugen für das Gericht übernimmt. Hier würde der Umfang der Beweisaufnahme durch die Kriminalpolizei vorgegeben, mit der Konsequenz, dass das Gericht nur mehr auf das vorhandene Beweismittel zurückgreifen könnte. Vernimmt die Kriminalpolizei den Zeugen nur unzureichend, so wird unweigerlich auch das Gericht in seinem Beweisverfahren beschnitten. Darüber hinaus kommt dem Gericht die Möglichkeit abhanden, das Beweismittel vollumfänglich zu würdigen. Die Frage nach der Glaubwürdigkeit des Zeugen wird damit vom Gericht an die Kriminalpolizei delegiert. Es ist allgemein anerkannt, dass das Protokoll einer Zeugenaussage nicht den Beweismittelwert einer unmittelbaren Aussage in der HV zu erreichen vermag.

Nach dem Grundgedanken des § 13 Abs 1 1. S soll das Ermittlungsverfahren also nicht die unmittelbare Beweisaufnahme vorwegnehmen, vielmehr hat die Kriminalpolizei und StA nur so viel Beweismaterial zu sichten, als für die Anklageerhebung notwendig ist. Der Kriminalpolizei und der StA kommt andererseits die Verantwortung zu, dafür zu sorgen, dass die Beweismittel in der HV noch zur Verfügung stehen. Ist ein Beweismittelverlust bis zur HV zu befürchten, so gebietet es sich iSd Grundsatzes der materiellen Wahrheitsermittlung, dieses rechtzeitig zu sichern. Umgekehrt soll die Kriminalpolizei oder StA von einer Beweismittelsicherung absehen, wenn dieses in der HV auch noch erhoben werden kann.

Besondere Bedeutung erlangt diese Überlegung bei der Heranziehung von Personalbeweisen, ist es doch evident, dass sich aus der erstmaligen Einvernahme eines Zeugen oder Beschuldigten die Aussage mit dem meisten Wahrheitsgehalt gewinnen lässt. Wird ein Zeuge bereits im Ermittlungsverfahren mehrfach zu einem Lebenssachverhalt befragt, so verhält es sich in der Praxis doch meistens so, dass die letztendliche Aussage im Hauptverfahren durch die mehrfache Wiederholung und die damit verbundenen Übung nicht mehr den Beweismittelwert einer erstmaligen Aussage aufweisen kann. Die Kriminalpolizei hat sich daher bei ihrer Einvernahme auf das notwendige Tatsachensubstrat zu beschränken, um dem Gericht nicht die Beweiswürdigung vorwegzunehmen. Sind Beweise nicht zwingend sofort aufzunehmen, so sollte die erstmalige Beweisaufnahme dem Gericht in der Hauptverhandlung vorbehalten werden.

---

<sup>7</sup> vgl Erl zu EBRV 25 BlgNR XXII GP § 13 StPO

Davon ausgenommen sind natürlich jene Beweisaufnahmen, die für die Entscheidung der Erhebung einer Anklage unerlässlich sind.<sup>8</sup>

Zum anderen hat das Gericht gem § 13 Abs 1 2 S die Beweismittel im Gericht möglichst selbst wahrzunehmen. Nur wenn das Gericht die Beweismittel – insbesondere Personalbeweise und technische Aufnahmen – auch eigenhändig zur Kenntnis nimmt, kann es sich ein möglichst wahrheitsgetreues Bild machen und selbst würdigen. Urteilende Personen müssen daher zum einen die Fähigkeit besitzen, die Beweismittel mit ihren eigenen Sinnen auch unmittelbar selbst wahrzunehmen und zum anderen zum Zeitpunkt der Beweisaufnahme auch tatsächlich wahrnehmen. Blinde und Gehörlose (andauerndes Wahrnehmungshindernis) sind in ihrer Wahrnehmungsfähigkeit ebenso eingeschränkt wie zum Zeitpunkt der Beweisaufnahme schlafende, abgelenkte oder schwer alkoholisierte Richter bzw Laienrichter (temporäres Wahrnehmungshindernis).

## **1. Verhältnis der formellen Unmittelbarkeit zum Grundsatz der Mündlichkeit**

Der in § 12 niedergeschriebene Grundsatz der Mündlichkeit sieht vor, dass Verhandlungen im Haupt- und Rechtsmittelverfahren mündlich durchzuführen sind. Damit deckt sich der Grundsatz der Mündlichkeit im Bereich der Aufnahme von Aussagen mit dem Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit. Für andere Beweismittel, zum Beispiel Urkunden oder Bildaufnahmen, würde es der formellen Unmittelbarkeit genügen, wenn diese durch das Gericht unmittelbar wahrgenommen werden, während § 12 StPO eine mündliche Erörterung des Beweismittel verlangt. Der Frage nach der formellen Unmittelbarkeit ist daher die Frage der Mündlichkeit des Verfahrens vorgelagert. Der Grundsatz der Mündlichkeit soll in dieser Arbeit jedoch ausgeklammert bleiben.

## **E. Materielle Unmittelbarkeit**

§ 13 Abs 3 lautet: *„Soweit ein Beweis unmittelbar aufgenommen werden kann, darf er nicht durch einen mittelbaren ersetzt werden. Der Inhalt von Akten und anderen Schriftstücken darf nur soweit als Beweis verwertet werden, als er in einer nach diesem Gesetz zulässigen Weise wiedergegeben wird.“*

Die materielle Komponente des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist untrennbar mit der formellen Komponente verbunden. Wird die formelle Unmittelbarkeit durchbrochen, so ist damit zwingend ein Rückgriff auf einen mittelbaren Beweis verbunden. Diese Untrennbarkeit könnte durchaus zu dem Schluss verleiten, dass der materielle Unmittelbarkeitsgrundsatz im formellen aufgeht, denn mit der Heranziehung eines mittelbaren anstatt des unmittelbaren Beweises ist unweigerlich ein Verzicht auf die unmittelbarste sinnliche Wahrnehmung der zu beweisenden Tatsache

---

<sup>8</sup> vgl § 13 Abs 2

verbunden. Die österreichische Rsp teilt den Unmittelbarkeitsgrundsatz seit jeher<sup>9</sup> in eine materielle und formelle Komponente.<sup>10</sup> Nach der hL ist für die formelle Komponente darauf abzustellen, ob das Beweismittel auch selbst wahrgenommen wurde, für die materielle Komponente ist hingegen ausschlaggebend, welche Beweismittel aufgenommen wurden.

MaW, der in § 13 Abs 3 statuierte Leitgedanke der materiellen Unmittelbarkeit ist in der Beweismittelwahl angesiedelt. Es stellt sich daher die Frage, welche Beweismittel herangezogen werden sollen. Dem materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatz entsprechend soll jenen Beweismitteln der Vorrang gegeben werden, die einen möglichst direkten Rückschluss auf das zu beweisende Geschehen zulassen. MaW, originalen Beweisen ist gegenüber den daraus abgeleiteten Beweissurrogaten der Vorzug zu geben. Auf letztere soll nur zurückgegriffen werden, wenn eine Heranziehung des unmittelbaren Beweises nicht möglich ist.

Am intensivsten ist der Eingriff in den materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatz hinsichtlich der Heranziehung von mittelbaren Personalbeweisen. Wird die unmittelbare Zeugenaussage vor dem erkennenden Gericht durch ein Vernehmungsprotokoll ersetzt, so ist das Gericht bezüglich der Glaubwürdigkeit des Zeugen auf entsprechende Angaben im Protokoll angewiesen. Anders formuliert, dem Gericht kommt die Möglichkeit abhanden, weitere Sinneswahrnehmungen (zB Mimik, Verhalten, Gerüche etc) als die im Protokoll Vermerkten wahrzunehmen und zu bewerten. Diese Differenz zwischen Wahrnehmungen bei einer unmittelbaren Zeugenaussage gegenüber einer Protokollverlesung kann für den Angeklagten evident sein, und soll daher soweit als möglich vermieden werden. Die Surrogation von Personalbeweisen durch Vernehmungsprotokolle oder technische Aufnahmen ist daher auf jene Fälle zu beschränken, in denen der unmittelbare Personalbeweis aus faktischen Gründen nicht mehr erbracht werden kann. Durch diese Beschränkung wird das Recht des Angeklagten auf ein Verfahren iSv Art 6 Abs 1 EMRK einerseits und der Grundsatz der materiellen Wahrheitsermittlung andererseits gewahrt. Darüber hinaus gibt es Situationen, in denen eine unmittelbare Einvernahme vor dem erkennenden Gericht zwar faktisch möglich ist, aber dem Recht auf ein faires Verfahren für den Angeklagten Zeugen- oder Opferschutzinteressen oder prozessökonomische Interessen entgegenstehen. Hier hat der Gesetzgeber weitere - noch in dieser Arbeit zu behandelnde - Durchbrechungen des materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes geschaffen.

Bei einem Urkundenbeweis ist dieses Wahrnehmungsdefizit zwischen dem Original und der Kopie bei weitem nicht so ausgeprägt. Zwar vermag eine originale Urkunde einen höheren Beweiswert haben als eine Kopie dieser, allerdings erreicht die Diskrepanz zwischen dem Original und der Kopie idR nicht das Ausmaß wie beim Personalbeweis. Der Gesetzgeber hat daher die Verwendung von Surrogaten beim Personalbeweis erheblich beschränkt, während es

---

<sup>9</sup> vgl *Steininger*, Die Kontrolle der Tatfrage im Schöffengerichtlichen Verfahren (1989)

<sup>10</sup> vgl *Schmoller* in Fuchs/Ratz, WK § 13 Rz 5

bei anderen Beweisen bloß darauf ankommt, dass sie in der HV vorgekommen sind. So darf gem § 252 Abs 1 ein Protokoll, SV-Gutachten oder eine technische Aufnahme über eine Beschuldigten- oder Zeugenaussage nur unter den dort ausgeführten Ausnahmetatbeständen verlesen oder vorgeführt werden, während andere Beweismittel, mit denen keine Aussagen subsistiert werden, ohne eine derartige Einschränkung in die HV eingeführt werden können.

Wird zusätzlich zum unmittelbaren auch der mittelbare Beweis in die HV eingeführt (zB der Richter hält dem Zeugen frühere protokollierte Aussagen während der Einvernahme vor), so handelt es sich um keine Problematik hinsichtlich des materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes, denn der mittelbare Beweis dient hier nicht als Surrogat, sondern nur als Ergänzung des unmittelbaren Beweises.

## **F. Unmittelbarkeit im Ermittlungsverfahren**

Im Ermittlungsverfahren sind zunächst Beweisaufnahmen von der StA anzuordnen oder selbst durchzuführen, um genügend Tatsachensubstrat für eine Entscheidung über die Anklageerhebung zu sammeln. Wird diese Entscheidung positiv beschieden, so kann die StA weitere Beweisaufnahmen anordnen, um eine zügige Durchführung des Hauptverfahrens zu ermöglichen (§ 91 Abs 1).

Werden zunächst nur Beweise gesammelt, um eine rasche Entscheidung über eine Anklageerhebung zu ermöglichen, so ist auch hier eine möglichst unmittelbare Beweisaufnahme anzustreben, allerdings ordnet der Gesetzgeber für das Ermittlungsverfahren kein generelles Verwertungsverbot von mittelbaren Beweisen an. Manchmal kann es für den Beschuldigten auch günstiger sein, wenn rasch auf einen mittelbaren Entlastungsbeweis zurückgegriffen werden kann, um den Tatverdacht zu entkräften. Andererseits kann der mittelbare Beweis auch herangezogen werden, um einen Tatverdacht schnell zu erhärten. In dieser Phase des Ermittlungsverfahrens ist daher jeweils von Fall zu Fall abzuwägen, ob der rascheren Verfügbarkeit eines mittelbaren Beweises gegenüber einer höheren Präzision des unmittelbaren Beweises der Vorzug zu geben ist.

Anders stellt sich die Lage dar, wenn der StA im Ermittlungsverfahren zwecks Beweissicherung oder der zügigeren Durchführung des Beweisverfahrens in der HV Beweisaufnahmen anordnet. Hier besteht - wie oben bereits ausgeführt - die Gefahr, dass der StA den formellen Unmittelbarkeitsgrundsatz unnötigerweise beschneidet. Der Staatsanwalt hat sich in dieser Phase des Ermittlungsverfahrens gem § 13 Abs 2 auf die bloße Beweissicherung zu beschränken.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Tatrekonstruktionen iSd § 149 Abs 1 Z 2 beschneiden den formellen Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht, denn sie sind gem § 149 Abs 3 immer vom Gericht durchzuführen.



## **G. Unmittelbarkeit im Rechtsmittelverfahren**

§ 13 Abs 1 & 3 sind allgemein gefasst, sie differenzieren nicht nach einer HV im erstinstanzlichen Verfahren oder im Rechtsmittelverfahren. Folglich ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz auch im Rechtsmittelverfahren zu beachten.<sup>12</sup>

Eine Problematik iZm dem Unmittelbarkeitsgrundsatz kann es nur geben, sofern eine Beweisaufnahme durch das erkennende Gericht erfolgt. Da der OGH keine Tatsacheninstanz ist, wird nach einer Nichtigkeitsbeschwerde idR kein Beweisverfahren durchgeführt. Nach den § 285d ff kann der OGH – sofern eine weitere Beweisaufnahme vonnöten ist – das Urteil aufheben und zur weiteren Beweisaufnahme an das Erstgericht zurückverweisen. Spielraum für eine Beweisaufnahme im Verfahren vor dem OGH lässt nur § 285f zu. Demnach kann eine ergänzende Beweisaufnahme hinsichtlich behaupteter Formfehler oder Verfahrensmängel angeordnet werden. Delegiert der OGH diese Beweisaufnahme nicht an das Erstgericht, so hat er sich ebenfalls am Unmittelbarkeitsgrundsatz zu messen.

Im Berufungsverfahren sind die Rechtsmittelgerichte - abgesehen von Strafberufungen gegen schöffen- oder geschworenengerichtliche Urteile<sup>13</sup> - als Tatsacheninstanz ausgelegt. Erachtet daher das Rechtsmittelgericht eine weitere Beweisaufnahme für notwendig, so kann es diese auch selbst durchführen (§ 473 Abs 2, 489 Abs 1). Kommt es zu einer solchen, so hat das Rechtsmittelgericht die Ausführungen zum Unmittelbarkeitsgrundsatz zu beachten.

## **II. Kapitel, Durchbrechungen der Unmittelbarkeit**

### **A. Allgemeines**

Weder der formelle noch der materielle Teil des Unmittelbarkeitsgrundsatzes sind in der StPO als absolute Verfahrensmaxime statuiert, vielmehr gestattet der Gesetzgeber zugunsten der Prozessökonomie, des Zeugen- und Opferschutzes und der Wahrheitsfindung, zahlreiche Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Dabei darf der vorgegebene grundrechtliche Rahmen nicht aus den Augen verloren werden. Insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK grenzt die Reichweite der Durchbrechungen wesentlich ein.

Es wird zwischen faktischen und rechtlichen Hindernissen unterschieden. Faktische Hindernisse, welche eine unmittelbare Beweisaufnahme verhindern, sind va jene des § 252 Abs 1 Z 1. Unproblematisch und im Grunde genommen keine Problematik der Unmittelbarkeit sind Fälle, in denen eine Heranziehung des unmittelbaren Beweismittels nicht mehr möglich ist (zB der Tod

---

<sup>12</sup> vgl *Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK § 13 Rz 53

<sup>13</sup> § 494 Abs 5 verweist auf das Verfahren für die Nichtigkeitsbeschwerde

eines Zeugen berechtigt zur Verlesung eines vorangegangenen Vernehmungsprotokolls). Hier wird die Unmittelbarkeit nicht durchbrochen, da selbst eine theoretische Heranziehung eines direkteren Beweismittels nicht mehr möglich ist. Relativ unproblematisch sind auch Vernehmungshindernisse, bei denen zwar eine theoretisch eine unmittelbare Vernehmung denkbar ist, dieser aber naturalistische Gründe entgegenstehen (zB unbekannter Aufenthalt oder Vernehmungsunfähigkeit berechtigen ebenfalls zu einer Verlesung des früheren Vernehmungsprotokoll). Besondere Beachtung verdienen de-facto faktische Hindernisse, denen keine naturalistischen Hürden entgegenstehen, bei denen jedoch prozessökonomische Gründe den Ausschlag für eine mittelbare Beweisaufnahme geben, denn außerordentliche Kosten sollen in einem Strafverfahren keinen Ausschlag über Schuld und Unschuld geben.

Rechtliche Vernehmungshindernisse bedürfen einer besonders genauen Untersuchung. Bei rechtlichen Hindernissen wird trotz tatsächlicher Möglichkeit einer unmittelbaren Vernehmung auf eine solche verzichtet. Dieser Verzicht auf eine möglichst unmittelbare Beweisaufnahme steht in einem immerwährenden Konflikt mit dem Grundrecht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK. Eine Einschränkung der Verteidigungsrechte bzw das Recht auf ein faires Verfahren ist möglichst zu verhindern. Sind Kollisionen mit anderen Grundrechten (zB Opferschutz etc) unvermeidlich, so ist ein fairer Ausgleich zwischen den Verteidigungsrechten einerseits und den anderen Grundrechten andererseits zu wahren. Der Rückgriff auf mittelbare Beweismittel aufgrund rechtlicher Einschränkungen ist wesentlich von der Rsp des EGMR geprägt worden.<sup>14</sup>

## **B. allg Verlesungs- und Vorführungsverbot für die ersatzweise Einführung von Personalbeweisen gem § 252 Abs 1**

§ 251 Abs 1 StPO statuiert ein grundsätzliches Verlesungs- Vorführungs- und Vortragsverbot für die Wiedergabe von Protokollen, Amtsvermerken und anderen amtlichen Schriftstücken aus vorangegangenen Verfahren über Aussagen von Zeugen, Mitbeschuldigten oder Sachverständigen. Die ersatzweise Einbringung von mittelbaren anstatt unmittelbarer Beweismittel ist nur gem der taxativen Aufzählung des § 252 Abs 1 Z 1 – 4 StPO bei sonstiger Nichtigkeit gestattet. Abs 1 wird durch ein allg Umgehungsverbot in Abs 4 flankiert.

## **C. Sachlicher Anwendungsbereich**

## **D. Protokolle und sonstige amtliche Schriftstücke über Aussagen von Mitbeschuldigten oder Zeugen**

Protokolle sind zunächst die gem § 96 Abs 1 Z 3 von der Kriminalpolizei, der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes angefertigten Vernehmungsprotokolle. Umfasst sind auch ausländische

---

<sup>14</sup> s unten

Protokolle oder amtliche Schriftstücke, soweit darin Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten festgehalten wurden.<sup>15</sup>

Amtliche Schriftstücke sind andere - nicht aber von Sachverständigen aufgenommene - Niederschriften, in denen Aussagen von Zeugen und Mitbeschuldigten festgehalten wurden. Darunter fallen ua die Tatrekonstruktion und der Augenschein iSd § 149 f, soweit sich in diesen Aussagen iSd § 149 Abs 1 Z 2 finden. Ebenso umfasst sind Amtsvermerke iSd § 95 über sonstige Vorbringen von Personen und andere bedeutsame Vorgänge, darunter fallen insb Erkundigungen iSd § 151, welche im Ermittlungsverfahren schriftlich festgehalten wurden. Weitere amtliche Schriftstücke sind zum Beispiel Vermerke des Gerichts, soweit darin Aussagen festgehalten werden, oder auch telefonische Anfragen des Vorsitzenden, die auf eine Vernehmung hinauslaufen.<sup>16</sup> Inwiefern Aussagen aus früheren Zivilprozessen von § 252 Abs 1 umfasst sind, wurde von der Rsp<sup>17</sup> uneinheitlich beantwortet, vom OGH<sup>18</sup> zuletzt aber bejaht.<sup>19</sup>

§ 252 Abs 1 umfasst nur amtliche Schriftstücke, die gezielt von Sicherheitsorganen oder Behörden mit dem Zweck errichtet wurden, Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten festzuhalten. Der OGH hatte daher in 12 Os 107/01 einen Kontrollamtsbericht der Stadt Wien nicht als eine vom § 252 Abs 1 StPO umfasste Aussage qualifiziert. Ebenso nicht umfasst sind Abhörprotokolle oder sonstige aufgezeichnete Privatgespräche. Aussagen gegenüber verdeckten Ermittlern<sup>20</sup> oder Vertrauensleuten und die von diesen darüber angefertigte Niederschriften dürfen daher nicht verlesen werden, im Hinblick auf das Umgehungsverbot gem § 252 Abs 4 gilt dies auch für sich darauf stützende Aussagen von dritten Personen (zB Vorgesetzte).<sup>21</sup>

## **E. Gutachten von Sachverständigen**

Von § 252 Abs 1 umfasst sind nur Gutachten von Sachverständigen iSd 125 Z 1, welche vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft bestellt wurden. Nicht von § 252 umfasst sind Privatgutachten jeglicher Art. Die von einem Gericht oder Staatsanwalt bestellten Sachverständigengutachten dürfen nur verlesen werden, wenn der Beschuldigte oder Zeuge in der Hauptverhandlung von früheren Aussagen abweicht (Z2) oder die Parteien mit der Verlesung einverstanden sind (Z4).<sup>22</sup> Der OGH<sup>23</sup> folgt dabei einer wortwörtlichen Interpretation, indem er darauf verweist, dass in § 252 Abs 1 Z 1 ausdrücklich nur von „Vernommenen“ und in Z 3 nur

---

<sup>15</sup> vgl OGH 10.08.1999, 11 Os 77/99; EvBl 2000/65

<sup>16</sup> mwN *Ratz in Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 252 Rz 30

<sup>17</sup> vgl OGH 27.09.1979, 12 Os 71/79

<sup>18</sup> vgl OGH 13.06.2006, 11 Os 52/05i

<sup>19</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup> Kap 2 Teil D Rz 23

<sup>20</sup> vgl OGH 18.02.2004, 13 Os 153/03

<sup>21</sup> vgl *Fabrizy*, StPO<sup>11</sup>, § 252 Rz 5; siehe weitere Ausführungen unten

<sup>22</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 24

<sup>23</sup> vgl OGH 19.08.2015, 13 Os 35/15v

von Zeugen und Mitangeklagten die Rede ist. Die Gutachten von Sachverständigen ließen sich nicht in unter Vernommene, Zeugen oder Mitangeklagte subsumieren. Darüber hinaus verweist er zur Untermauerung seiner Argumentation auf den Einleitungssatz des § 252 Abs 1, der ausdrücklich zwischen Protokollen über die Vernehmung von Mitangeklagten oder Zeugen einerseits und Gutachten von Sachverständigen andererseits unterscheidet und daher eine Anwendung von Z 1 auf die Verlesung von SV-Gutachten nicht geboten ist. Dabei übersieht der OGH, dass die Z 2 ebenfalls von Vernommenen spricht, hier aber die Verlesung von SV gestattet ist. Diese Argumentationslinie vermag nur sinnführend sein, wenn man im Rahmen einer teleologischen Interpretation auf das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK verbürgte Fragerecht zurückgreift. Die Verlesung von SV-Gutachten ist folglich bei tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit der Vernehmung des SV-Gutachters unzulässig, um den Angeklagten nicht unnötigerweise in seinem Fragerecht zu beschneiden. Verstirbt der SV, so darf sein Gutachten auch nicht mehr verlesen werden, vielmehr ist ein neuer SV zu beauftragen. Der OGH lässt diesen teleologischen Ansatz außer Acht und greift ausschließlich auf die wortwörtliche Interpretation zurück. Folglich lässt die Rsp des OGH auch keinen Spielraum für Fälle, in denen eine Verlesung des Gutachtens dem Angeklagten zugutekommen würde.

Privatgutachten sind keine Gutachten iSd § 125 Abs 1 und werden daher in der HV auch nicht verlesen. Diese dienen nur dazu, dem Angeklagten oder Verteidiger über Umstände einen Überblick zu verschaffen oder allenfalls einen Antrag auf Zuziehung eines gerichtlichen SV begründen zu können.<sup>24</sup>

#### **F. Ton- und Bildaufnahmen von Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten.**

Die Erwähnung von Ton- und Bildaufnahmen in § 252 Abs 1 ist die logische Konsequenz des Umgehungsverbots gem § 252 Abs 4. Eine generelle Vorführerlaubnis von technischen Aufnahmen einer Vernehmungsaussage bzw die daraus iSd § 97 Abs 2 angefertigten schriftlichen Zusammenfassungen würde das allg. Verlesungs- und Vorführverbot von Aussagen ad absurdum führen und somit das Umgehungsverbot § 252 Abs 4 kontrahieren. Der Anwendungsbereich ist daher an den Rahmenbedingungen für Protokolle und sonstigen amtlichen Schriftstücken zu messen. Wird während einer Vernehmung eine technische Aufnahme angefertigt, so ist die Vorführung nur im Rahmen der Ausnahmen des § 252 Abs 1 zulässig. Ebenso gilt dies für Aufnahmen aus früheren Hauptverhandlungen oder ausländischen Vernehmungen von Mitbeschuldigten oder Zeugen.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> vgl JBI 1996, 194

<sup>25</sup> vgl OGH 09.11.1999, 14 Os 77/99

Werden während eines Augenscheins oder einer Tatrekonstruktion technische Aufnahmen angefertigt, so sind auch diese vom allg Verlesungsverbot erfasst, sofern darin Aussagen von Zeugen, Mitbeschuldigten oder Gutachtern vorkommen.<sup>26</sup>

### **G. Ausnahmetatbestände des § 252 Abs 1**

Gem § 252 Abs 1 dürfen Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten verlesen werden, wenn diese verstorben, unbekannt oder entfernten Aufenthalts sind oder gesundheitliche oder andere erhebliche Gründe einer unmittelbaren Vernehmung entgegenstehen. Es handelt sich in den Tatbeständen der Z 1 um faktische Vernehmungshindernisse, bei denen eine Verlesung- bzw. Vorführung von früheren Aussagen zugunsten der materiellen Wahrheitsermittlung ermöglicht wird. Nicht ausdrücklich bedacht hat der Gesetzgeber die Konstellation, dass zwar das unmittelbare Beweismittel nicht mehr zur Verfügung steht und es daher nur konsequent wäre, die materiellen Wahrheitsermittlung auf das nächstfolgende mittelbare Beweismittel zurück zu greifen, aber dieser mittelbare Beweis das einzige Beweismittel darstellt. Anders formuliert, es stellt sich die Frage, ob das Interesse am Grundsatz der materiellen Wahrheitsermittlung derart ausgeprägt ist, dass das Grundrecht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK zurückzustellen ist. § 252 Abs 1 orientiert sich ausschließlich an der faktischen Nichtverfügbarkeit des unmittelbaren Beweismittels, nicht aber daran, ob es sich um ein entlastendes oder belastendes bzw. ob es sich um das einzige Beweismittel handelt oder es nur als Kontrollbeweis herangezogen wird.

Unproblematisch ist für den EGMR der Fall, dass zwar eines von mehreren Beweismitteln ohne Wahrung des Fragerechtes an den Belastungszeugen gem Art 6 Abs 3 lit d EMRK Eingang in das Urteil gefunden hat, aber die Entscheidungsgrundlage auf weiteren Beweismitteln beruht.<sup>27</sup> Steht hingegen nur ein einziges Beweismittel zur Verfügung, so erachtet der EGMR dessen Verwendung durchaus für zulässig<sup>28</sup>, jedoch ist darauf zu achten, dass bei Belastungszeugen das Fragerecht gem Art 6 Abs 3 lit d EMRK gewahrt bleibt<sup>29</sup>, sei es auch nur im Rahmen des Vorverfahrens. Der OGH folgt in seinen Entscheidungen der Rsp des EGMR und legt der Beurteilung, ob dem Grundrecht auf ein faires Verfahren entsprochen wurde, einen Gesamtmaßstab zugrunde.<sup>30</sup> Demnach kommt es darauf an, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit dem Recht auf ein faires Verfahren entspricht. ISv Art 6 Abs 3 lit d EMRK ist die Verlesung eines Beweissurrogates des einzigen Belastungszeugen zulässig, sofern der Angeklagte bzw. sein Verteidiger an der kontradiktorischen Vernehmung teilnehmen konnten.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> vgl OGH 14.12.1999, 11 Os 124/99

<sup>27</sup> vgl RIS-Justiz RS0074787

<sup>28</sup> bsph EGMR vom 12.05.2000 Bsw35394/97

<sup>29</sup> s unten

<sup>30</sup> vgl OGH 19.08.1993, 15 Os 75/93; RZ 1992, 140; LG vom 31.07.1998 Rk40/98

<sup>31</sup> s unten zu § 252 Abs 1 2a

Darüber hinaus verlangt der OGH eine Intensivierung der Bemühungen des beweisaufnehmenden Gerichtes hinsichtlich der Ermöglichung einer unmittelbaren Vernehmung, wenn der einzige mittelbare Beweis den Angeklagten schwer belastet. (dazu sogleich)

### **1. § 252 Abs 1 Z 1 1. und 2. Alternative**

Nicht vernommen werden können naturgemäß Zeugen oder Mitbeschuldigte, die verstorben oder unbekanntem Aufenthalts sind. Von unbekanntem Aufenthalt ist erst auszugehen, wenn alle aus dem Akt ableitbaren Möglichkeiten ausgeschöpft wurden. Dies kann neben der klassischen Abfrage im ZMR auch die Ausforschung durch die Sicherheitsbehörden umfassen. Davon kann abgesehen werden, wenn bereits in einem anderen, zeitnahen Verfahren – sofern keine gegenteiligen Hinweise aus den Verfahrensakten ersichtlich sind - vergeblich versucht wurde, den derzeitigen Aufenthalt zu ermitteln.<sup>32</sup> Dabei sind die Bemühungen hinsichtlich der Auffindung des Zeugen oder Mitbeschuldigten umso mehr zu intensivieren, je gewichtiger die Aussage für die Wahrheitsfindung ist und je schwerer der Belastungszeuge für den Angeklagten wiegt.<sup>33</sup> Zu berücksichtigen sind auch die Strafdrohung und die Qualität des Zeugen. (siehe sogleich)

Bejaht hat der OGH in Os 14 76/97 ein Verlesungsverbot, wenn es sich um den einzigen Tatzeugen handelt, von diesem die Ladung zur Kenntnis genommen wurde, dieser allerdings nicht erscheint und bei der anschließenden zwangsweisen Vorführung nicht zu Hause angetroffen wurde. Mitentscheidend war auch die nach der Aktenlage bezweifelte Verlässlichkeit des Zeugen und die hohe Strafdrohung des § 143 StGB idF 1988 iHv fünf bis fünfzehn Jahren.

Verneint hat der OGH in 14 Os 45/98 das Verlesungsverbot, wenn sich ein Zeuge nicht im ZMR findet, weiters der Aufenthalt auch nicht von der Bundespolizeidirektion eruiert werden konnte und die Zeugenaussage für die Bejahung der unmittelbaren Täterschaft nicht von Bedeutung ist.

Ebenso der OGH in Os 95/05t, über einen Antrag auf Ausforschung und Vernehmung eines Zeugen, welcher bereits im Vorverfahren und weiteren Verfahren erfolglos zu vernehmen versucht wurde.

### **2. § 252 Abs 1 Z 1 3. Alternative – erhebliche Gründe**

Verlesen werden dürfen Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten gem Z 1 3. Alternative weiters dann, wenn eine Aussage aufgrund Alters, Gebrechlichkeit, Krankheit, entfernten Aufenthalts oder andere erhebliche Gründe nicht bewerkstelligt werden kann. Es handelt sich dabei um faktische Hindernisse, rechtliche Gründe fallen grundsätzlich nicht unter „andere

---

<sup>32</sup> vgl OGH 16.03.2006, 15 Os 95/05t

<sup>33</sup> mwN s Ratz in Fuchs/Ratz, WK § 252 Rz 61

erhebliche Gründe<sup>34</sup>. Liegt kein andauerndes Hindernis vor, sondern nur ein vorübergehendes, so sind nach Einzelfallbeurteilung im Rahmen des Möglichen Maßnahmen zu ergreifen. So können Zeugen gem § 247a wegen erheblicher Gründe auch mittels Videokonferenz vernommen werden. Weiters kann, sofern es zeitlich angemessen erscheint und absehbar ist, dass der Zeuge oder Mitbeschuldigte bei der nächsten Verhandlung anwesend sein kann, eine Vertagung in Erwägung gezogen werden.<sup>35</sup>

Psychische Gründe können erhebliche gesundheitliche Vernehmungshindernisse sein. Deshalb kann das Gericht bei unmündigen Zeugen aufgrund konkreter, idR nach der Einholung eines jugendpsychiatrischen Sachverständigengutachtens, zur Überzeugung zu kommen, dass die neuerliche Vernehmung des Kindes eine fortdauernde psychische Schädigung befürchten lässt.<sup>36</sup>

Von entferntem Aufenthalt ist die Rede, wenn die Zeugen ausländischen Aufenthalts sind. Auch hier - wie bei allen erheblichen Verlesungsgründen - sind die Bemühungen des Gerichtes zu intensivieren, je gewichtiger eine Zeugenaussage für den Angeklagten ist. Ein bloßer ausländischer Aufenthalt berechtigt noch nicht zur Verlesung. Das Gericht hat auf die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, zB die Verbringung eines Zeugen in das Inland, bzw einer Rechtshilfevernehmung oder die Vernehmung via Videokonferenz gem § 247a Abs 2 zurückzugreifen. Erst wenn diese Vernehmungen scheitern, darf verlesen oder vorgeführt werden.

So bejaht der OGH das Vorliegen eines Verlesungsgrundes, wenn eine Videovernehmung eines russischen Zeugen mittels Satellitenübertragung an technischen Gründen scheitert<sup>37</sup>, wenn ein in Teheran lebender Zeuge sich weigert einer Vernehmung zuzustimmen<sup>38</sup>, oder ein Rechtshilfeersuchen von einem ausländischen Gericht für sechs Monate unbearbeitet bleibt.<sup>39</sup>

Grundrechtlich problematisch ist die Frage, ob rechtliche Gründe eine Verlesung oder Vorführung gestatten. Konkrete Beispiele wären ein Zeuge, der wegen eines Aufenthaltsverbotes nicht im Inland vernommen werden kann<sup>40</sup>, Amtsträger, die nicht von der Amtsverschwiegenheit entbunden wurden und somit nicht vernommen werden können oder verdeckte Ermittler, welche aus ermittlungstaktischen Gründen nicht genannt werden. Systematisch handelt es sich bei den Verlesungsgründen des § 252 Abs 1 Z 1 um tatsächliche Hindernisse, also Hindernisse, welche eine Vernehmung im Inland tatsächlich unmöglich machen. Wenn die Rechtsordnung von sich

---

<sup>34</sup> s unten

<sup>35</sup> vgl auch OGH 16.08.1995, 13 Os 101/95, sechswöchige Vertagung berechtigt noch nicht zur Verlesung

<sup>36</sup> vgl RIS-Justiz RS0115802. mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 24

<sup>37</sup> vgl OGH 07.03.2001, 13 Os 108/00

<sup>38</sup> vgl OGH 04.08.1988, 13 Os 88/88

<sup>39</sup> vgl OGH 04.04.1995, 14 OS 33/95

<sup>40</sup> vgl OGH 07.08.1997, 12 Os 102/97

aus wesentliche Verteidigungsrechte einschränkt, so braucht es dafür außergewöhnliche Rechtfertigungsgründe. MaW, der Grundsatz der materiellen Wahrheit verdrängt nicht um jeden Preis das Grundrecht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK. Der EGMR hat der Rsp des OGH die Richtung vorgegeben. Wird ein Schuldspruch ausschließlich oder beinahe ausschließlich auf die gelesene Aussage eines aus rechtlichen Gründen nicht vernehmbaren Zeugen gestützt, so ist es ein unzulässiger Eingriff in die Verteidigungsrechte des Art 6 Abs 1 und Art 6 Abs 3 lit d EMRK. Werden daher solche Zeugenaussagen verlesen, so müssen ausreichend Kontrollbeweise vorhanden sein.<sup>41</sup> Der OGH ist dieser Rechtsprechung nach der Adaptierung des § 252 Abs. 1 durch die StPÄG 1993 mit anfänglichem Zögern<sup>42</sup> weitgehend gefolgt. Demnach stellen rechtliche Gründe, nach denen eine Vernehmung eines Zeugen füglich nicht bewerkstelligt werden kann, grundsätzlich keine „anderen erheblichen Gründe“ im Sinne des § 252 Abs. 1 Z 1 dar. Offen gelassen hat der OGH den Fall, ob wegen einer außergewöhnlich schwerwiegenden Straftat die schriftlich festgehaltenen Angaben eines besonders schutzwürdigen Zeugen verlesen werden dürfen.<sup>43</sup> Polizisten sind nach der Rsp des EGMR keine besonders schutzwürdigen Zeugen.<sup>44</sup> Konsequenterweise kann unter Berücksichtigung des Umgehungsverbot § 252 Abs 4 nichts anderes gelten, wenn anstatt des verdeckten Ermittlers ein anderer Zeuge vom Hörensagen, zB ein Vorgesetzter, vernommen wird.<sup>45</sup>

Noch nicht zu beurteilen hatte der OGH den Fall, dass die Aussage eines anonymen Zeugen oder einer V-Person mangels Bekanntgabe der Personendaten nicht vernommen werden kann. Die Eingriffsintensität in das Grundrecht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK entspricht derselben, wie bei jener der oben geschilderten Verlesung von Aussagen eines verdeckten Ermittlers, folgerichtig unterscheidet der EGMR in seiner Rsp<sup>46</sup> nicht zwischen anonymen Aussagen und jenen eines verdeckten Ermittlers. Es ist daher bei gegeben Anlassfall zu erwarten, dass der OGH seine Rsp zur Verlesung von Aussagen eines verdeckten Ermittlers auf V-Personen und anonyme Zeugenaussagen ausdehnt.

Möchte sich das Gericht daher eines unverzichtbaren aber schutzwürdigen verdeckten Ermittlers bedienen, so hat es auf besondere Vernehmungsmöglichkeiten zurückzugreifen. Zu denken wären an eine Vernehmung mittels Videokonferenz gem § 247a Abs 1, einer kontradiktorischen Vernehmung gem § 165, einer anonymen Zeugenaussage gem § 162, die vorübergehende Verbringung des Angeklagten aus dem Verhandlungssaal gem § 250, oder die Vernehmung des

---

<sup>41</sup> vgl EGMR vom 23.4.1997 Bsw21363/93, siehe auch die Verweise auf Bsw. 21363/93; Bsw. 21364/93; Bsw. 21427/93; Van Mechelen vs NL (ÖJZ 1998, 274); Doorson vs NL (ÖJZ 1996, 715)

<sup>42</sup> vgl OGH 18.04.1995, 14 OS 40/95

<sup>43</sup> vgl OGH 11.08.2004, 15 Os 63/04, mwN Ratz, RZ 2005, 105

<sup>44</sup> vgl RZ 2005, 106

<sup>45</sup> vgl OGH18.02.2004, 13 Os 153/03

<sup>46</sup> s FN 41



Zeugen durch einen SV gem § 249 Abs 3. Die StPO bietet somit zahlreiche Möglichkeiten, den Schutz des verdeckten Ermittlers zu wahren, ohne den Unmittelbarkeitsgrundsatz übermäßig zu strapazieren.

### **3. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 2 – abweichende Zeugenaussage**

Weichen Zeugen, Mitbeschuldigte oder SV bei der Vernehmung in der HV in wesentlichen Punkten von ihrer früheren Aussagen ab, so ist deren Verlesung zulässig. Wiederholen oder bestätigen Zeugen bei ihrer Vernehmung vor dem Gericht ihre früheren Aussagen, so handelt es sich um keine Problematik der Unmittelbarkeit, da kein Beweismittelsurrogat in die HV eingeführt wird. Erst wenn der Zeuge, Mitbeschuldigte oder SV in wesentlichen Punkten von seiner früheren Aussage abweicht, ist eine Verlesung von früheren Aussagen zulässig, wobei die früheren Aussagen in der Praxis dem Vernommenen vorgehalten werden und damit als verlesen gelten. Ab wann die Abweichung Wesentlichkeit erreicht, wird von der Rsp sehr großzügig<sup>47</sup> ausgelegt. Folglich darf verlesen werden, wenn der Zeuge auf frühere Aussagen verweist<sup>48</sup>, der Sachverständige auf sein Gutachten verweist<sup>49</sup>, oder sich der Zeuge nicht mehr gut erinnern kann<sup>50</sup>, bloß marginale oder bedeutungslose Änderungen berechtigen nicht zur Verlesung.<sup>51</sup>

Im Grunde geht die Rsp davon aus, dass § 252 Abs 1 nur die Einführung eines Beweissurrogates anstatt des Personalbeweises verhindern möchte. Steht daher der originale Personalbeweis zur Verfügung, so würde kein Beweissurrogat in die HV eingeführt, sondern nur das originale Beweismittel ergänzt. Der OGH<sup>52</sup> geht sogar so weit, dass er einem Rechtsmittelwerber die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unzureichender Begründung gem § 281 Abs 1 Z 5 mit dem Argument den Erfolg versagte, dass alleine durch die Überprüfungsmöglichkeit, inwiefern eine abweichende Aussage vorliegt, die frühere Aussage in das Verfahren eingeführt wird und damit als verlesen gilt. MaW, das Gericht hätte ja überprüfen können, ob eine abweichende Aussage vorliegt und die Aussagen anschließen können.

Die telologische Reduktion unter dem Deckmantel eines fehlenden Urteilsurrogates nimmt dem § 252 Abs 1 Z 2 den normativen Bedeutungsgehalt. § 252 Abs 1 Z 2 liest sich wie folgt: „*Protokolle... SV-Gutachten und technische Aufnahmen dürfen nur in den folgenden Fällen verlesen werden: Z2 ...wenn die in der HV Vernommenen ... abweichen.*“ Um der Z 2 den ursprünglichen normativen Bedeutungsgehalt wieder zu gewähren, könnte man für das nominalisierte Partizip „Vernommene“ wieder den ursprünglichen Bedeutungsgehalt vorsehen. Wurde jemand vernommen, so ist die Vernehmung bereits abgeschlossen, folgerichtig darf – bei

---

<sup>47</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 27

<sup>48</sup> vgl RIS-Justiz RS 0110150

<sup>49</sup> vgl OGH 20.03.1997, 15 Os 21/97

<sup>50</sup> vgl OGH 21.09.1990, 16 Os 21/90

<sup>51</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 26

<sup>52</sup> vgl OGH 25.06.1996, 14 Os 79/96

Anwendung des ursprünglichen normativen Bedeutungsgehalt der Z 2 – nach der Vernehmung verlesen oder vorgeführt werden, wenn der Zeuge von seiner frühere Aussage abweicht, nicht aber gilt die frühere Aussage als im Nachhinein als verlesen<sup>53</sup>. Die Frage, ob eine Aussage als verlesen oder vorgeführt gilt, ist für die Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes einer fehlenden Begründung gem § 281 Abs 1 Z 5 von wesentlicher Bedeutung.<sup>54</sup>

#### **4. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 3 – berechtigte Aussageverweigerung**

Gem § 252 Abs 1 Z 3 dürfen frühere Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten verlesen werden, wenn diese die Aussage unberechtigterweise verweigern. Inwiefern Zeugen die Aussage verweigern dürfen, richtet sich nach den entsprechenden Verfahrensbestimmungen (insb § 156 ff). Wird dem Zeugen nur in Teilen ein Entschlagungsrecht zugestanden, so darf auch die Verlesung der früheren Aussagen nur hinsichtlich jener Teile ausgeübt werden, in denen der Zeuge die Aussage unberechtigt verweigert. Ein Mitangeklagter muss sich gem § 7 Abs 2 nicht selbst belasten und kann folglich die Aussage dazu verweigern. Diesbezüglich darf die frühere Aussage ebenfalls nicht verlesen werden.

§ 252 Abs 1 Z 3 kommt in der Praxis eine relativ geringe Bedeutung zu, ist es doch so, dass bei diesen Fällen der Aussageverweigerung der oder die Angeklagten bei früheren Aussagen nicht die Möglichkeit hatten, das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK verbürgtes Fragerecht auszuüben und somit eine Verlesung oder Vorführung nichtig wäre.

#### **5. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 2a – berechtigte Aussageverweigerung nach kontradiktorischer Einvernahme**

Besteht im Ermittlungsverfahren die Besorgnis, dass eine unmittelbare Vernehmung des Zeugen oder Mitbeschuldigten in der HV aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr möglich sein wird, so kann das Gericht gem § 165 Abs 1 auf Antrag der StA eine kontradiktorische Einvernahme durchführen. Tatsächliche Gründe sind va Gebrechlichkeit, Krankheit oder Auslandsaufenthalte. Rechtliche Hindernisse sind insb Aussageverweigerungsrechte (§ 156 ff), die in der späteren HV vom Zeugen oder Mitbeschuldigten geltend gemacht werden können. Für eine kontradiktorische Einvernahme im Ermittlungsverfahren reicht nach § 165 eine allgemeine Besorgnis des StA aus, wobei eine „Besorgnis“ nach hM schon besteht, wenn die bloße Möglichkeit besteht, dass der Zeuge oder Mitbeschuldigte in der HV nicht mehr aussagen werden.<sup>55</sup> Die Vorverlagerung von Vernehmungen von der HV in das Ermittlungsverfahren steht in einem Spannungsverhältnis mit dem allg Grundsatz des §§ 13 Abs 1 S 1 iVm 13 Abs 2, dass die HV stets den Schwerpunkt des Strafverfahrens bildet. Aus Sicht des

---

<sup>53</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 27 letzter Satz

<sup>54</sup> s 3. Kap Teil G Z 4

<sup>55</sup> vgl *Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK-StPO § 165 Rz 8*

Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist eine möglichst unmittelbare – sowohl formelle als auch materielle - Beweisausnahme in der HV erstrebenswert. Zugunsten der materiellen Wahrheitsermittlung und des Zeugen- und Opferschutzes hat der Gesetzgeber mit der kontradiktorischen Einvernahme die Möglichkeit geschaffen, die Beweisaufnahme in das Ermittlungsverfahren vorzuverlegen. Die Verteidigungsrechte werden dabei insofern gewahrt, als dem Angeklagten ein Fragerecht an den Zeugen oder Mitbeschuldigten zu gewähren ist.

Wurde der Zeuge oder Mitbeschuldigte im Ermittlungsverfahren kontradiktorisch vernommen und hatte der Angeklagte somit auch die Möglichkeit sein Fragerecht iSd Art 6 Abs 3 lit d EMRK auszuüben, so gestattet Z 2a die Verlesung oder Vorführung der Protokolle bzw Aufnahmen in der HV, wenn die zu vernehmende Person nun in der HV die Aussage berechtigt verweigert. Anders als bei der Z 3 besteht hier keine Gefahr, dass der Angeklagte um sein Fragerecht verkürzt wird, folglich lässt der Gesetzgeber eine Verlesung zugunsten der materiellen Wahrheitsermittlung zu. Auch dem Zeugenschutz kommt Z 2a zugute, gestattet sie doch eine Verlesung anstatt einer erneuten – psychisch belastenden – Vernehmung. Nach § 252 Abs 1 Z 2a verlesen oder vorgeführt werden dürfen nur Aussagen von Vernommenen, die sich der HV zu Recht auf ein Aussageverweigerungsrecht gem §§ 156 – 158 stützen können. Nicht in den Anwendungsbereich der Z 2a fallen Fälle, in denen die kontradiktorische Einvernahme wegen Besorgnis über ein tatsächliches Vernehmungshindernis in der HV gewährt wurde, dieses aber nicht eingetreten ist. Wird daher ein Todkranker oder ein vor der fremdenpolizeilichen Ausweisung stehender Zeuge bereits im Ermittlungsverfahren einvernommen und ist eine Vernehmung in der HV nicht mehr möglich, so ist § 252 Abs 1 Z 1 einschlägig.

Inwiefern Zeugen berechtigt die Aussage verweigern dürfen, richtet sich nach den Bestimmungen §§ 156 – 158. Verweigern die Zeugen unberechtigt ihre Aussage, so kann bereits nach Z 3 die frühere Aussage verlesen oder vorgeführt werden.<sup>56</sup> Ist die kontradiktorische Vernehmung mit einem Mangel behaftet und nichtig, so darf folgerichtig deren Protokoll nicht verlesen werden.<sup>57</sup>

Die kontradiktorische Vernehmung gem § 165 in all ihren Facetten zu erörtern würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, allerdings sei auf folgende Problemstellungen hingewiesen. Für die kontradiktorische Vernehmung gibt es mangels Berücksichtigung in § 61 Abs 1 grundsätzlich<sup>58</sup> keine Anwaltpflicht. Hatte der Angeklagte daher zum Zeitpunkt der kontradiktorischen Vernehmung noch keine Rechtsvertretung, so führt dies nicht zur Nichtigkeit dieser.<sup>59</sup> Auch kommt es nicht darauf an, dass der Angeklagte sein Fragerecht zu einem

---

<sup>56</sup> insoweit siehe oben

<sup>57</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 28

<sup>58</sup> s aber § 39 Z 1 JGG oder § 61 Abs 1 Z 2 im „gesamten“ Verfahren für geistig abnorme Rechtsbrecher

<sup>59</sup> mwN *Kirchbacher in Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 165 Rz 13

Tatvorwurf auch tatsächlich ausgeübt hat. War der Angeklagte an der Teilnahme der kontradiktorischen Einvernahme gehindert oder war ihm der (neue) Tatvorwurf<sup>60</sup> oder die früheren Aussagen<sup>61</sup> nicht bekannt, so konnte er das Fragerecht auch nicht wahrnehmen, folglich darf das Protokoll nicht bzw nur insoweit verlesen werden, als das Fragerecht ausgeübt werden konnte.

Sind ein oder mehrere Mitbeschuldigte an einer Teilnahme an einer kontradiktorischen Vernehmung gehindert gewesen oder konnten ihr Fragerecht nicht ausüben, so kann deren Verfahren vorübergehend ausgeschieden werden, mit der Konsequenz, dass die Aussagen der kontradiktorischen Vernehmung hinsichtlich der ausgeschiedenen Mitbeschuldigten nicht verlesen und verwertet werden dürfen.<sup>62</sup>

## **6. Die Ausnahme des § 252 Abs 1 Z 4 – bei Einverständnis von Ankläger und Angeklagtem**

Gem § 252 Abs 1 Z 4 dürfen frühere Aussagen in Protokollen, technischen Aufnahmen und SV-Gutachten verlesen oder vorgeführt werden, wenn Ankläger und Angeklagter damit einverstanden sind. Hier lässt der Gesetzgeber eine Verlesung oder Vorführung aus prozessökonomischen Gründen zu. Freilich darf das Gericht dabei seine Pflicht zur materiellen Wahrheitsermittlung gem §§ 3 Abs 1 iVm 232 Abs 2 nicht außer Acht lassen. Die Einwilligung zur Verlesung kann grundsätzlich auch konkludent<sup>63</sup> erfolgen, allerdings nur, wenn über das bloße Unterbleiben eines Widerspruches hinaus den Akten weitere konkrete Anhaltspunkte zu entnehmen sind, die unwidersprüchlich auf ein Verlesungseinverständnis schließen lassen.<sup>64</sup> Ist der Angeklagte nicht vertreten, so trifft den Richter eine entsprechende Manuduktionspflicht. Ergeben sich aus den Akten keine Hinweise, dass das Gericht seiner Belehrungspflicht nachgekommen ist, so ist das Urteil zwangsläufig mit einem Nichtigkeitsmangel iSe Verfahrensfehlers gem § 281 Abs 1 Z 3 behaftet. Nur wenn der Rechtsbeistand des Angeklagten erkennbar versagt, hat der Richter auch den vertretenen Angeklagten zu belehren.<sup>65</sup> Willigen nicht alle Mitbeschuldigten in die Verlesung ein, so ist das Verfahren hinsichtlich der nicht Einwilligenden vorübergehend auszuschneiden und darf für diese – mangels Vorkommen in der HV iSd § 258 Abs 1 - auch nicht verwertet werden.<sup>66</sup> War der Angeklagte während der HV gem § 427 abwesend, so kann es auch keine einverständliche Verlesung oder Vorführung geben. Aus dem bloßen Nichterscheinen bei Gericht kann nicht auf

---

<sup>60</sup> vgl Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK-StPO § 165 Rz 13

<sup>61</sup> vgl OGH 04.12.2002, 13 Os 121/02, mwN WK-StPO § 252 Rz 95

<sup>62</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 28, WK-StPO § 252 Rz 81

<sup>63</sup> vgl JBI 1995, 537

<sup>64</sup> vgl OGH 11.06.1996, 14 Os 16/96; OGH 03.12.2014, 15 Os 123/14y; mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 32

<sup>65</sup> RIS-Justiz RS0096569

<sup>66</sup> vgl OGH 15.09.1998, 14 OS 100/98 zu der gleichen Konstellation in § 252 Abs 1 Z 2a

eine Zustimmung zur Verlesung geschlossen werden.<sup>67</sup> Sofern sich eine Einwilligung nur auf bestimmte Teile beschränkt, ist zwischen qualitativer und quantitativer Einschränkung zu unterscheiden. Gegen eine quantitative – maW selektierende – Einwilligung zur Verlesung bestimmter Teile eines Protokolls spricht wenig, kann doch das Gericht, sofern es dies zur Wahrung der materiellen Wahrheitsermittlungspflicht notwendig erachtet, gem § 254 von Amts wegen auf den unmittelbaren Beweis (zB Zeugenvernehmung) zurückgreifen. Dafür spricht auch § 252 Abs 2a, demnach kann, soweit die Beteiligten zustimmen, durch den Vorsitzenden ein Vortrag anstatt einer Verlesung oder Vorführung gewählt werden.

Schränken die Parteien die Zustimmung zur Verlesung hingegen qualitativ ein (zB es wird nur das Einverständnis zur Verlesung des Augenscheinprotokolls, nicht aber der Vorführung der beim Augenschein angefertigten Video- bzw Tonaufnahme erzielt oder den bei einer kontradiktorischen Einvernahme angefertigten technischen Aufnahmen wird die Zustimmung versagt), so verhilft der OGH in der jüngeren Rsp<sup>68</sup> einer Verfahrensrüge nur dann zum Erfolg, sofern stichhaltig begründet werden kann, dass die zusätzliche Vorführung der technischen Aufnahmen einen nachteiligen Einfluss auf die Entscheidung zu nehmen vermochte<sup>69</sup>.

Die Einverständniserklärung kann bis zum Ende der Beweisaufnahme widerrufen werden, jedoch gilt das bis dahin mit Einverständnis Verlesene oder Vorgeführte als in der HV vorgekommen und kann damit verwertet werden.

## **7. Allgemeines Umgehungsverbot gem § 252 Abs 4**

Die Verlesungs- und Vorführungsverbote des § 252 Abs 1 werden vom Umgehungsverbot in Abs 4 flankiert. Anknüpfungspunkt des Umgehungsverbotes ist der Inhalt des verlesenen Protokolls oder der vorgeführten technischen Aufnahme. Demnach darf die originäre Aussage nicht verlesen oder vorgeführt werden, wenn der Inhalt der originalen Aussage selbst schon nach Abs 1 dem Verlesungs- oder Vorführverbot unterliegen würde. MaW, der Inhalt des Beweismittelsurrogates ist an den allg Verlesungs- und Vorführverboten des Abs 1 zu messen.

Der Prototyp für das allg Umgehungsverbot ist sicherlich der Zeuge vom Hörensagen. Hat ein Zeuge Aussagen eines originalen Zeugen oder Mitbeschuldigten wahrgenommen und wird wegen eines Verlesungs- oder Vorführverbotes der originalen Aussage auf den Zeugen vom

---

<sup>67</sup> vgl OGH 03.11.1998, 14 Os 140/98

<sup>68</sup> s zur früheren Rsp OGH 14.12.1999, 11 Os 124/99, mit der Zustimmung zu Verlesung von Augenscheinprotokollen ist untrennbar die Zustimmung zur Vorführung der dabei angefertigten technischen Aufnahmen verbunden

<sup>69</sup> vgl OGH 24.11.1998, 14 Os 142, 143/198; mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil D Rz 32

Hörensagen zurückgegriffen, so ist dessen Aussage an Abs 1 zu messen. Als klassisches Beispiel sei hier die Vernehmung von Verhörspersonen genannt. Kann die protokollierte Aussage eines Zeugen oder Mitbeschuldigen wegen des Verlesungsverbotes gem Abs 1 (zB berechtigte Aussageverweigerung gem §§ 252 Abs 1 Z 3 iVm 157 oder Aussageverweigerung nach einer kontradiktorischen Vernehmung gem § 252 Abs 1 Z 2a) nicht verwendet werden, so darf auch nicht auf eine Aussage der bei der Vernehmung anwesenden Personen zurückgegriffen werden (zB Polizeibeamter, Kanzleimitarbeiter, Dolmetscher etc). Ausschlaggebend ist hierbei, dass schon die ursprüngliche Aussage des Zeugen oder Mitbeschuldigen nicht verlesen werden darf, folgerichtig dürfen auch die Beweissurrogate nicht verlesen werden. Konsequenterweise kann es auch nicht darauf ankommen, welcher Art das ursprüngliche Beweismittel war. Wird daher über die Vernehmung kein Protokoll oder keine technische Aufnahme angefertigt und dürfte bzw darf dieses – sofern es angefertigt worden wäre – nicht verlesen werden, so darf auch nicht auf ein Beweismittelsurrogat (zB Aussage eines anwesenden Dolmetschers etc) zurückgegriffen werden.<sup>70</sup>

Nicht umfasst von § 252 Abs 1 sind Verlesungen oder Vorführungen, sofern darin keine Aussagen enthalten sind, folglich können Verhörspersonen daher zu Wahrnehmungen oder Begleitumstände der früheren Zeugenaussage vernommen werden<sup>71</sup>. MaW, Beweisumstände, die der Zeuge selbst unmittelbar wahrgenommen hat, tangieren das Umgehungsverbot – sofern kein Beweismittelverbot schlagend wird – nicht. Keine Aussagen<sup>72</sup> iSd Abs 1 sind weiters Privatgespräche, abgehörte Fernmeldegespräche oder Mitteilungen, die nicht gezielt gegenüber Amtspersonen getätigt werden.

## **H. Der Vortrag des Vorsitzenden gem § 252 Abs 2a & 3**

Mit der Strafprozessnovelle 2005 wurde eine - von der Rsp<sup>73</sup> ohnehin praktizierte Lockerung des – Verlesungs- und Vorführungszwang beschlossen. Mit der Einfügung des § 252 Abs 2a wurde die Möglichkeit geschaffen, dass der Vorsitzende bei Zustimmung der beteiligten Parteien den erheblichen Akteninhalt - anstatt einer vollumfänglichen Verlesung und Vorführung - zusammenfassend referieren kann. § 252 Abs 2a ist auch für das Geschworenengericht, sowie für das einzelrichterliche Verfahren vor dem LG und BG anzuwenden (§§ 308 Abs 1, 488, 447). Damit wird neben dem Mündlichkeitsprinzip auch die formelle als auch materielle Unmittelbarkeit zugunsten der Prozessökonomie zurückgestellt. Zu einer Beeinträchtigung der Unmittelbarkeit kommt es im schöffengerichtlichen und geschworenengerichtlichen Verfahren insoweit, als den Schöffen und Geschworenen die Beweismittel nicht vollständig präsentiert werden, sondern

---

<sup>70</sup> vgl Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK-StPO § 252 Rz 110

<sup>71</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 41

<sup>72</sup> s dazu oben, II Kap Teil B sachlicher Anwendungsbereich § 252 Abs 1

<sup>73</sup> vgl OGH 13.10.1998, 14 Os 129/98; OGH 07.03.2007, 13 Os 15/07s

nur eine vom Vorsitzenden zusammengestellte und von den beteiligten Parteien genehmigte Zusammenfassung. Zwar verlangt § 252 Abs 2a ausdrücklich, dass die Beweismittel allen Mitgliedern des Gerichtes zugänglich sein müssen, eine tatsächliche unmittelbare Kenntnisnahme ist damit jedoch nicht verbunden und wird auch nicht vorausgesetzt. MaW, es liegt im Risikobereich des Angeklagten, dass die Schöffen bzw Geschworenen unmittelbar die im Vortrag vorkommenden Beweismittel wahrnehmen. Dies vermag bei schriftlichen Protokollen keine schwerwiegende Einschränkung darstellen, es kann aber bei technischen Aufnahmen, beispielsweise Bild- oder Videomaterial, einen erheblichen Unterschied ausmachen, ob die Schöffen oder Geschworenen das Bildmaterial selbst gesichtet oder nur verbalisiert und zusammengefasst durch den Vorsitzenden wahrgenommen haben. Nehmen die Schöffen oder Geschworenen die Beweismittel selbst wahr, indem sie diese eigenhändig wahrnehmen, so wird der formelle Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht beeinträchtigt. Ebenso verhält es sich mit der materiellen Unmittelbarkeit. Wenn die Schöffen bzw Geschworenen die Beweismittel neben dem Vortrag des Vorsitzenden eigenhändig wahrnehmen, werden diese nicht durch den Vortrag subsidiert, sondern nur ergänzt. Allerdings liegt es – wie bereits ausgeführt – im Ermessen der Schöffen oder Geschworenen, ob sie die Beweismittel neben dem Vortrag auch tatsächlich eigenhändig wahrnehmen und damit die materielle Unmittelbarkeit gewahrt wird. Üben sie dieses Ermessen nicht aus und legen sie der Entscheidungsfindung den Vortrag des Vorsitzenden zugrunde, so kommt es faktisch zu einer Subsidiierung der Beweismittel und damit zu einer Durchbrechung der materiellen Unmittelbarkeit.

Der Angeklagte ist gem § 252 Abs 3 nach jedem Vortrag zu befragen, ob er zu dem Vortrag etwas zu bemerken habe. Darüber hinaus kann er auch die Verlesung weiterer erheblicher Aktenstücke verlangen. Der Ankläger oder die Angeklagten können mit der Zurückziehung der Zustimmung die weitere Referierung durch den Vorsitzenden gänzlich oder teilweise untersagen. Zur Zustimmung kann auf die Ausführungen zu § 252 Abs 1 Z 4 verwiesen werden, eine stillschweigende Zustimmung kommt daher nicht in Betracht. Aus der Nichtbeantragung einer ausdrücklichen Verlesung kann ebenfalls keine Zustimmung entnommen werden<sup>74</sup>. Damit wird das rechtliche Gehör des Angeklagten gewahrt, liegt es doch in seiner Hand, ob und in welchem Umfang er zugunsten der Prozessökonomie auf eine unmittelbare Verlesung oder Vorführung verzichtet. Dabei sei noch einmal darauf hingewiesen, dass nicht nur der Inhalt des Vortrages als im Verfahren vorgekommen gilt, sondern auch all jene Akten, die der Vorsitzende seinem Vortrag zugrunde gelegt hat.<sup>75</sup> Für den Angeklagten oder seinen Rechtsbeistand ist es daher ratsam, im Vorhinein die Akten einzusehen, um den Umfang der ersatzweisen Vortragung durch den Vorsitzenden im Vorhinein genau quantifizieren zu können.

---

<sup>74</sup> s Erl zu EBRV 679 BlgNR XXII GP zu §§ 252 Abs 2, 2 a § 258 Abs 1 StPO

<sup>75</sup> vgl RIS-Justiz RS0127712

§ 252 Abs 2a spricht darüber hinaus von einer notwendigen Zustimmung der beteiligten Parteien. Für die beteiligten Parteien bietet die StPO in § 220 eine Legaldefinition an, demnach sind neben dem Angeklagtem und Ankläger auch der Haftungseteiligte, Privatankläger, Subsidiärankläger und der Privatbeteiligte Beteiligte des Verfahrens. Folglich wäre nach wortwörtlicher Interpretation des § 252 Abs 2a bei vorhandenen Privatbeteiligten auch deren Zustimmung einzuholen. Die Rsp<sup>76</sup> als Anlassgeber für die Einfügung von § 252 Abs 2a bezieht sich hinsichtlich eines Vorführungsverzichtes in OGH 14 Os 129/98 zuerst auf die Prozessparteien, meint aber weiter unten die beiden Parteien, damit sind unzweifelhaft der Ankläger und der Angeklagte gemeint. Abgesehen davon hat in diesem Strafprozess das Opfer – soweit ersichtlich – keine Erklärung abgegeben und damit als Privatbeteiligter am Prozess teilgenommen. Demnach können von den Prozessbeteiligten nur die Angeklagten und der Ankläger umfasst gewesen sein. Im dazugehörigen Rechtssatz<sup>77</sup> wird hingegen wieder auf die Prozessparteien zurückgegriffen. Auch in den Erl wird auf die oben genannte Rsp Bezug genommen, allerdings immer ausdrücklich auf den Ankläger und Angeklagten abgestellt. Abgesehen davon findet sich in den Erl auch kein Hinweis, dass der durch die Novellierung verfolgte Zweck der Verbesserung der Prozessökonomie zugunsten des Privatbeteiligten hintangestellt werden soll. Andere Prozessbeteiligte iSd § 220 werden in den Erl nicht behandelt, folglich drängt sich der Verdacht auf, mit der unglücklichen Wortwahl der beteiligten Parteien könnte sich ein Redaktionsfehler in § 252 Abs 2a eingeschlichen haben. Die Lehre schenkt dieser Diskrepanz zwischen § 252 Abs 2a und den dazugehörigen Erl keine Aufmerksamkeit, für den Begriff der beteiligten Parteien wird entweder nur auf die Legaldefinition des § 220 verwiesen<sup>78</sup> oder es ist entgegen der Bestimmung des § 252 Abs 2a ohne Erörterung von dem Angeklagten oder Ankläger die Rede.<sup>79</sup> Für ein Redaktionsversehen spricht auch, dass für eine Differenzierung zwischen § 252 Abs 1 Z 4 und § 252 Abs 2a jegliche Grundlage fehlt, zumal § 252 Abs 2a ausdrücklich auch auf Abs 1 anwendbar ist und sich damit teilweise überschneidet. Darüber hinaus besteht noch die Möglichkeit eines Vortrages des Vorsitzenden gem § 276a, wenn seit der letzten Verhandlung mehr als zwei Monate vergangen sind und die „beiden“ Parteien diesem zustimmen (ebenso § 247a ). Auch hier wird nur die Zustimmung des Anklägers und des Angeklagten gefordert. Für die Annahme, dass der Privatbeteiligte von dem verwendeten Begriff der beteiligten Parteien umfasst sein soll, lässt sich daher mit der systematischen Interpretation kein ausreichendes Substrat finden, auch entspricht diese Interpretation nicht dem in der Strafprozessnovelle 2005 angestrebten Telos, den Strafprozess weiter nach prozessökonomischen Kriterien auszurichten. Die „beteiligten Parteien“ im § 252 Abs 2a sind daher auf den Ankläger und Angeklagten

---

<sup>76</sup> s. die Erl oben

<sup>77</sup> vgl RIS-Justiz RS0106028

<sup>78</sup> vgl *Kirchbacher* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 252, Rz 134

<sup>79</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 34



teleologisch zu reduzieren und folglich ist der Vortrag des Vorsitzenden nicht an die Zustimmung des Privatbeteiligten gebunden.

## **I. Vernehmung mittels Videokonferenz gem §§ 153 Abs 4, 247a**

Vorausgeschickt sei, dass der Begriff Videokonferenz bzw audiovisueller Vernehmung nicht mit dem der audiovisuellen Aufnahme – von der StPO gelegentlich auch als Ton- Bildaufnahme bezeichnet - ident ist. Letztere ist ein Produkt der Vergangenheit, während die Videokonferenz – folgend auch als audiovisuelle Vernehmung genannt – eine zeitlich unmittelbare Vernehmung darstellt. Hinsichtlich der Vorführung technischer Aufnahmen in der HV anstatt oder neben der unmittelbaren Vernehmung durch das Gericht sind die Bestimmungen des § 252 Abs 1 zu den Verlesungs- und Vorführungsverboten einschlägig<sup>80</sup>, denn in diesen Fällen dient die Aufnahme als Surrogat für eine neuerliche Vernehmung. Der folgende Abschnitt beschränkt sich auf die zeitlich unmittelbare Vernehmung mittels Videokonferenz.

Die StPO bietet einige Möglichkeiten, um Vernehmungen von Zeugen mittels audiovisueller Vernehmungen durchzuführen. Die Heranziehung einer Videovernehmung anstatt der unmittelbaren Vernehmung führt zwangsweise zu einer Beeinträchtigung der formellen Unmittelbarkeit. Gegenüber einer unmittelbaren Vernehmung ist die Wahrnehmungsfähigkeit des Gerichtes insofern eingeschränkt, als das technische Gerät den Zeugen wiederzugeben vermag (Bildausschnitt, Tonqualität etc). Eine Videokonferenz vermag einer unmittelbaren Vernehmung sehr nahe kommen, aber den Beweiswert einer solchen vermag diese nicht zu erreichen. Ist eine unmittelbare Vernehmung nicht mehr möglich, so kann mittels Videokonferenz –aus Sicht des formellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes- zumindest eine unmittelbarere Beweismittelaufnahme erreicht werden, als wenn auf eine Vernehmung verzichtet werden würde.

Die materielle Unmittelbarkeit wird bei einer zeitlich unmittelbaren Videovernehmung nicht berührt, ersetzt die Aufnahme ja gerade keine folgende unmittelbare Vernehmung durch das Gericht, sondern wird anstatt einer solchen herangezogen. Werden von einer Videokonferenz Aufnahmen oder Protokolle angefertigt und sollen diese Einklang in die HV finden, so sind diese wiederum an den Verlesungs- und Vorführverböten des § 252 Abs 1 zu messen.

## **2. Videovernehmung aus gesundheitlichen oder anderen erheblichen Gründen gem § 247a Abs 1**

Mit dem durch das Strafprozessänderungsgesetz 1993<sup>81</sup> geschaffenen und 2009<sup>82</sup> erweiterten § 247a bietet die StPO die Möglichkeit, Zeugen bei Vorliegen von erheblichen

---

<sup>80</sup> vgl Ris-Justiz RS0127314 ;mwN oben Kap II Teil G

<sup>81</sup> BGBl I 526/1993

<sup>82</sup> BGBl I 52/2009

Vernehmungshindernissen mittels Videokonferenz zu vernehmen. Keine Beachtung finden in § 247a Beschuldigte oder Mitbeschuldigte und mangels korrespondierender Erwähnung in den § 164f ist eine Videovernehmung dieser in der HV unzulässig.<sup>83</sup> Denkbar wäre eine Verhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten bzw Anwesenheit via Videokonferenz nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 427 (Abwesenheitsverfahren).

Gem § 247a Abs 1 kann eine Videovernehmung herangezogen werden, wenn erhebliche Vernehmungshindernisse vorliegen. Das „kann“ impliziert ein Ermessen des Gerichtes ob es eine Videovernehmung anordnet, allerdings kann es nicht im Ermessen des Gerichtes liegen, ob dem Beschuldigten sein Fragerecht iSd Art 6 Abs 3 lit d EMRK – welches im Rahmen einer Videokonferenz gewahrt werden könnte - verweigert. Daher wird in wichtigen Fällen für das Gericht – auch im Hinblick auf den höheren Beweiswert gegenüber mittelbaren Zeugen oder Protokollen - angebracht sein, einem Antrag auf Vernehmung mittels audiovisueller Hilfsmittel stattzugeben, um einer Nichtigkeit iSd § 281 Abs 1 Z 4 vorzubeugen.

Eine Videovernehmung kann herangezogen werden, wenn ein Zeuge wegen seines Alters, Krankheit, Gebrechlichkeit oder sonstigen erheblichen Gründen nicht vor Gericht erscheinen kann. Es handelt sich dabei in Anlehnung an § 252 Abs 1 Z 1 um tatsächliche Vernehmungshindernisse; rechtliche Hindernisse ermächtigen nicht zur Vornahme einer Videokonferenz.<sup>84</sup> Andere erhebliche Gründe wären zB akute Gefährdung des Zeugen, wenn dieser am Gericht erscheinen würde.<sup>85</sup> Darüber hinaus bietet §§ 247a Abs 1 S 2 iVm 153 Abs 4 dem vorsitzenden Richter die Möglichkeit den Zeugen mittels Videokonferenz zu vernehmen, wenn sein Aufenthalt außerhalb dem Sprengel des zuständigen Landesgerichtes liegt. Der Vorsitzende ist dabei an die Zustimmung des Angeklagten und Ankläger angewiesen. Auch hier hat der vorsitzende Richter einen Ermessenspielraum, so muss er einer Videovernehmung - auch wenn sie den beiden Parteien gemeinsam beantragt wurde - nicht zustimmen. Durch die Zustimmungserfordernis des Angeklagten werden dessen Verteidigungsrechte gewahrt, muss doch der vorsitzende Richter eine unmittelbare Vernehmung anordnen wenn der Angeklagte Widerspruch einlegt. Hinsichtlich der Zustimmungformen sei auf die Ausführungen zu § 252 Abs 1 Z 4 verwiesen<sup>86</sup>. Der Gesetzgeber erhoffte sich mit der Ausweitung der Videovernehmung eine Beschleunigung des Strafverfahrens.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> vgl OGH 28.08.2012, 12 Os 96/12b

<sup>84</sup> vgl *Kirchbacher* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 247a Rz 4

<sup>85</sup> vgl RZ 2000, 237

<sup>86</sup> s Kap 2 Teil G Z 6

<sup>87</sup> s Erl 113 BlgNR XXIV. GP

### **3. Auslandsaufenthalt eines Zeugen gem § 247a Abs 2**

Kann ein Zeuge wegen eines Auslandsaufenthaltes nicht bei der HV erscheinen oder ist er nicht Willens einer Vernehmung im Inland nachzukommen, so kann er gem § 247a Abs 2 dennoch im Rechtshilfeweg via Videokonferenz vernommen werden. Die Anwendung von Zwangsmitteln ist bei im Ausland weilenden Zeugen unzulässig. Ist der Zeuge nicht bereit auszusagen oder wird dem Rechtshilfeersuchen nicht entsprochen, so darf eine frühere Aussage nach den Bestimmungen des § 252 Abs 1 Z 1 verlesen werden.

### **4. Schonende Vernehmung während der HV gem §§ 250 Abs 3 iVm 165 Abs 3**

Kann oder möchte ein Zeuge oder Opfer einer Straftat nicht in Anwesenheit des Beschuldigten vernommen werden, so bietet die StPO, als Kompromiss zwischen den Opferinteressen einerseits und dem Interesse der materiellen Wahrheitsermittlung und dem Recht auf ein faires Verfahren andererseits, die Möglichkeit, diese „schonend“ zu vernehmen. Dabei werden das Opfer oder der Zeuge räumlich getrennt vom Beschuldigten vernommen und die Vernehmung zeitlich unmittelbar mittels audiovisueller Hilfsmittel in den Verhandlungsraum übertragen. Das Opfer oder der Zeuge entgeht dadurch einer Gegenüberstellung bzw Konfrontierung mit dem Beschuldigten. Dem Beschuldigten ist dabei die Möglichkeit zu geben, sein Fragerecht gem Art 6 Abs 3 lit d EMRK auszuüben. Die schonende Vernehmung ist an die Bestimmungen der kontradiktorischen Einvernahme angelehnt, mit dem Unterschied, dass letztere stets vor oder abgesondert von der Verhandlung durchgeführt wird und die angefertigten Aufnahmen und Protokolle anschließend in der HV verlesen oder vorgeführt werden, während erstere gerade während der HV durchgeführt wird und sich eine Verlesung damit erübrigt.

Eine Videovernehmung ist gem §§ 250 Abs 3 iVm 163 Abs 4 zwingend geboten, wenn es sich um unmündige Zeugen handelt, die durch eine dem Beschuldigten zur Last gelegte strafbare Handlung in ihrer Geschlechtsphäre verletzt worden sein könnten. Unmündige Opfer von Sexualdelikten sind daher von Amts wegen stets schonend zu vernehmen. Wenn zu befürchten ist, dass selbst durch eine schonende Vernehmung oder einer Vernehmung durch einen geeigneten SV das Opfer einen unwiederbringlichen psychischen Schaden erleidet, so kann ganz von einer Vernehmung abgesehen werden und auf vorhandene Protokolle oder Aufnahmen zurückgegriffen werden.<sup>88</sup> Dieses faktische Vernehmungshindernis iSd § 252 Abs 1 Z 1 ist idR durch ein psychiatrisches Sachverständigengutachten festzustellen.

Mündige Opfer von Sexualstrafdelikten, unmündige Opfer von anderen Delikten sowie Opfer gem § 65 Z 1 lit a<sup>89</sup> sind auf Antrag dessen oder der StA zwingend schonend zu vernehmen. Bei gerade genannter Subjektstellung ist der Ermessenspielraum auf jene Fälle beschnitten, in

---

<sup>88</sup> vgl RIS-Justiz RS0115802

<sup>89</sup> mwN zu Antragslegitimierten Personen Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 250 Rz 19

denen das Opfer keinen Antrag auf schonende Vernehmung stellt. Das Gericht hat das zu vernehmende Opfer gem § 6 Abs 2 über die Möglichkeit einer schonenden Vernehmung zu belehren.<sup>90</sup>

Darüber hinaus kann das Gericht in sonstigen Fällen von Amtes wegen oder auf Anregung gem §§ 250 Abs 3 iVm 165 Abs 3 eine schonende Vernehmung anordnen, wenn dies aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen hinsichtlich des geringen Alters, der seelischen oder gesundheitlichen Verfassung oder im Interesse der Wahrheitsfindung als notwendig erscheint.

### **III. Kapitel, die Anfechtung von unzulässigen Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes**

#### **A. Allgemeines**

Zwar beginnt das Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren erst mit der Erhebung eines Rechtsmittels, allerdings setzt eine erfolgreiche Nichtigkeitsbeschwerde oder Berufung oftmals bereits entsprechende Tätigkeiten des Verteidigers im Ermittlungsverfahren bis zum Ende der HV voraus. So können die Parteien Anträge stellen, Widersprüche erheben oder die Nichteinhaltung von Formvorschriften rügen. In diesem Abschnitt sollen, ausgehend vom schöffengerichtlichen Verfahren, die Rechtsmittel in ihren Grundsätzen sowie Anfechtungstatbestände und deren Vorbereitung im Vorverfahren näher erörtert werden.

#### **B. Das entsprechende Rechtsmittel für die Anfechtung**

Ausgehend vom schöffengerichtlichen Verfahren kennt die StPO noch das bezirksgerichtliche Verfahren gem §§ 447ff, das Einzelrichterverfahren vor dem LG gem §§ 484ff und das Geschworenenverfahren gem §§ 301ff. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 29ff. Diese Arbeit folgt der Systematik der StPO; wird keine Verfahrensart ausdrücklich genannt, so beziehen sich die folgenden Angaben auf das schöffengerichtliche Verfahren. Unterscheidet sich der Verfahrensgegenstand vom schöffengerichtlichen Verfahren, so wird darauf gesondert Bezug genommen.

Das ordentliche Rechtsmittel gegen eine kollegialgerichtliche Entscheidung (Schöffen- und Geschworenenverfahren) ist die Nichtigkeitsbeschwerde an den OGH und die Strafberufung an das OLG. Gegen eine einzelrichterliche Entscheidung vor dem BG und LG ist die volle Berufung an das LG bzw OLG das entsprechende Rechtsmittel. Darüber hinaus bietet die StPO für

---

<sup>90</sup> kein NKG, mwN RZ 2003, 204

Sonderfälle weitere spezielle o RM (zB Einspruch gegen ein Abwesenheitsurteil bzw Strafverfügung gem §§ 427 Abs 3, 489 Abs 1 bzw § 491 Abs 6, die Beschwerde gem § 87 Abs 1 etc) an, welche hier mangels Relevanz übergangen werden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist strikt von der Strafberufung zu trennen. Erstere richtet sich gegen Verfahrensfehler und/oder eine unrichtige Anwendung des Gesetzes. Die Strafberufung richtet sich hingegen gegen die Strafbemessung und die Strafhöhe. Von der Strafberufung umfasst sind auch Anfechtungen über die privatrechtlichen Ansprüche eines Privatbeteiligten soweit er auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurde. Im einzelrichterlichen Verfahren kann neben der Nichtigkeit und Strafe auch noch die Schuld angefochten werden (§§ 464, 489). Die sog Schuldberufung – sofern sich die Berufungsgründe auf die Schuld beschränken - richtet sich gegen die im Urteil entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen. Wurden in der Entscheidung keine oder nur unzureichend, für die Subsumtion aber zwingend notwendige, Tatsachen festgestellt, so handelt es sich um einen materiellen Nichtigkeitsgrund (Feststellungsmangel ieS) und ist dementsprechend in der Nichtigkeitsberufung zu reklamieren.<sup>91</sup> Werden alle drei Berufungsgründe kumulativ geltend gemacht, so spricht man von einer vollen Berufung. Die Anfechtung wegen Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ist stets eine Anfechtung wegen Nichtigkeit des Verfahrens, daher beschränkt sich der folgende Abschnitt auf die Nichtigkeitsbeschwerde bzw die Nichtigkeitsberufung.

### **C. Rechtsmittelbefugnis**

Die Befugnis, ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung des Gerichtes zu erheben, wird von der StPO vorgegeben. Es ist zu unterscheiden, ob das Rechtsmittel zugunsten oder zum Nachteil des Angeklagten erhoben wird. Zugunsten des Angeklagten können von folgenden Parteien RM erhoben werden: dem Angeklagten, seinem gesetzlichen Vertreter und der StA (§§ 282 Abs 1, 344, 465 und 489 Abs 1). Der Wille des Angeklagten ist zu respektieren, verzichtet er auf ein RM oder widerspricht er ausdrücklich dem RM seines Verteidigers (§ 57 Abs 2), so geht seine Erklärung vor. Einzig der gesetzliche Vertreter kann auch gegen den Willen des Angeklagten ein RM erheben.<sup>92</sup> Zuungunsten des Angeklagten kann grundsätzlich der StA und der PA ein RM erheben (§§ 282 Abs 2, 345 Abs 4, 465 Abs 3, 489 Abs 1). Darüber hinaus sind noch der Subsidiärankläger und Privatbeteiligte befugt RM zu erheben, wobei der Privatbeteiligte entweder Berufung wegen privatrechtlicher Ansprüche gem § 366 Abs 3 erheben kann - sofern er trotz Verurteilung des Angeklagten auf den Zivilrechtsweg verwiesen wurde - , oder bei

---

<sup>91</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 3 Teil A Rz 6

<sup>92</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 1 Teil D Rz 24

Freispruch des Angeklagten nur eine um den NkG § 281 Abs 1 Z 4 erweiterte Berufung einbringen kann<sup>93</sup>

#### **D. Formelle und materielle Nichtigkeitsgründe**

Die NkG § 281 Abs 1 Z 1 bis 8 im schöffengerichtlichen Verfahren (§ 345 Abs 1 Z 1 bis 10a im Geschworenengerichtlichen Verfahren) sind sog formelle Nichtigkeitsgründe. Werden diese geltend gemacht, so bemängelt man einen Fehler, der seinen Ursprung im Verfahrensrecht hat. MaW, formelle NkG dienen dazu, prozessuale Fehler des Erstgerichtes aufzuzeigen. Inwieweit diese ein rechtstaatlich untragbares Ausmaß erreichen und das Verfahren somit zu wiederholen ist, richtet sich nach dem folgenden Abschnitt. Mit materiellen NkG bemängelt man hingegen die fehlerhafte Anwendung einer Strafnorm, also des materiellen Rechtes. Materielle NkG sind im schöffengerichtlichen Verfahren die § 281 Abs 1 Z 9 – 11 sowie im geschworenengerichtlichen Verfahren die § 345 Abs 1 Z 11 – 13. Die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen NkG ist für das Rechtsmittelgericht insofern relevant, als materielle Nichtigkeitsgründe gem § 290 Abs 1 auch von Amts wegen wahrzunehmen sind. Werden in einer Nichtigkeitsbeschwerde nur formelle NkG geltend gemacht, und wird das Rechtsmittelgericht darüber hinaus von sich aus auf einen materiellen Nichtigkeitsgrund aufmerksam, so hat es auch diesen zu beurteilen. In der jüngeren Rsp ist die Tendenz des OGH zu einer offensiven Wahrnehmung des amtswegigen Prüfungsrechtes zu erkennen.<sup>94</sup> Verhilft der OGH der Nichtigkeitsbeschwerde eines Mitangeklagten zum Erfolg, so hat er gem § 290 Abs 1 diesen NkG auch für den Mitangeklagten wahrzunehmen, unabhängig davon, ob dieser diesen auch geltend gemacht hat (beneficium cohaesionis).

#### **E. Absolute und relative Nichtigkeitsgründe**

Von einem absoluten NkG ist die Rede, wenn eine Verletzung der Verfahrensvorschriften in jedem Fall zur Nichtigkeit der gesamten Entscheidung führt. Es kommt dabei nicht auf die Schwere der Verfahrensvorschriftverletzung an oder darauf, ob sich die Verletzung nachteilig auf das Verfahren ausgewirkt hat. Bei relativen Nichtigkeitsgründen kommt es hingegen nur zu einer Aufhebung der Entscheidung, wenn unzweifelhaft erkennbar ist, dass der Formfehler keinen nachteiligen Einfluss auf die Entscheidung hatte (Beschwer). Gem §§ 281 Abs 3, § 345 Abs 4 sind § 281 Abs 1 Z 2 bis Z 4 bzw im geschworenengerichtlichen Verfahren § 345 Abs 1 Z 3 bis Z 6 sowie Z 10 relative Nichtigkeitsgründe. Die verbleibenden NkG sind absolut, die Entscheidung ist folglich in diesen Fällen unabhängig von der Art der Formverletzung aufzuheben. Nach Aufhebung des ursprünglichen Verfahrens kommt es meistens zu einer Zurückverweisung in die erste Instanz, in der das Verfahren nochmals neu verhandelt wird. Ist

---

<sup>93</sup> s aber § 44 Abs 2 JGG

<sup>94</sup> bsph OGH 20.12.2012, 13 Os 99/12a, mwN zum Feststellungsmangel Hager/Meller/Hetlinger, Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung<sup>3</sup>, 67f

die Beweislage erdrückend und handelt es sich um einen Formfehler, der auf die neue Entscheidung keinen Einfluss zu haben vermag, so ist eine Nichtgeltendmachung des absoluten Nichtigkeitsgrundes überlegenswert.

## **F. Rügepflichtige Nichtigkeitsgründe**

Die NkG § 281 Abs 1 Z 1 & 2 ordnen von sich aus eine Rügepflicht an. Demnach muss derjenige, der sich auf eine fehlerhafte Gerichtsbesetzung oder mangelhaften Wahrnehmung des Gerichtes stützen möchte, dies bereits bei Beginn der HV oder wenn ihm dieser Mangel erst später im Verfahren bekannt wurde, unverzüglich nach Kenntnis<sup>95</sup> von diesem, geltend machen. Möchte sich der Verteidiger daher den NkG der Z 1 vorbehalten, so hat er eine etwaige Falschbesetzung des Gerichtes ( insb § 28 JGG oder § 32 Abs 2 bei Sexualdelikten) oder fehlende Wahrnehmung eines (Laien) Richters unverzüglich zu rügen und dafür Sorge zu tragen, dass die Rüge auch im Protokoll vermerkt wird. Ebenso hat der Beschwerdeführer gem § 281 Abs 1 Z 2 bei Verlesung oder Vorführung einer nichtigen Erkundigung oder Beweisaufnahme Widerspruch einzulegen, um sich die spätere Anfechtung vorzubehalten.

Darüber hinaus trifft den Ankläger gem § 281 Abs 3 hinsichtlich der NkG § 281 Abs 1 Z 2 – 4 eine verschärfte Rügepflicht. Ankläger sind neben dem StA auch der Subsidiärankläger und Privatankläger. Soll in der NB ein NkG der § 281 Z 2 – 4 geltend gemacht werden, so muss der Ankläger in der HV die Entscheidung des Gerichtes rügen. Wenn dieses der Rüge nicht folgt, dann hat er eine Entscheidung des Gerichtes zu begehren. Folgt das Gericht dem Begehren des Anklägers in seiner Entscheidung nicht, so hat sich der Ankläger die NB vorzubehalten.

Dem Angeklagte bzw seinem Verteidiger ist es vorbehalten bei unzulässiger Verlesung oder Vorführung eines Protokolls, Amtsvermerken oder technischen Aufnahmen diese unverzüglich zu rügen oder diese erst in der NB gem § 281 Abs 1 Z 3 geltend zu machen. Meistens wird es aus strategischen Gründen ratsam sein, diesen unverzüglich zu rügen, setzt man sich doch sonst der Gefahr aus, dass das Gericht von einer einvernehmlichen Zustimmung zur Verlesung gem § 252 Abs 1 Z 4 ausgeht. Darüber hinaus können Beweismittel, welche in der HV gar nicht vorgekommen sind, auch keinen Einfluss auf die Entscheidung des Gerichtes nehmen.

Für das Verfahren vor dem LG wg des NkG § 281 Abs 1 Z 3 verweist § 489 Abs 1 auf § 281. Demnach sind die Bestimmungen – und damit auch die dreifache Rügeobligenheit für den Ankläger – sinngemäß anzuwenden. Im Verfahren vor dem BG besteht gem § 468 Abs 2 2 HS

---

<sup>95</sup> vgl OGH 04.07.1991, 12 Os 138/90, hier hat der OGH den NkG § 281 Abs 1 Z 1 verneint, da er vom Verteidiger nicht gerügt wurde. (Verteidigungsfehler)

weder für den Ankläger noch für den Angeklagten bzw dessen Verteidiger eine Rügepflicht hinsichtlich des NkG der § 468 Abs 1 Z 3.<sup>96</sup>

## **G. Nichtigkeitsgründe für die Anfechtung von Verletzungen der Unmittelbarkeit**

Der Rechtsmittelwerber hat die NkG in seinem Rechtsmittel einzeln und bestimmt zu bezeichnen, widrigenfalls auf seine Beschwerde keine Rücksicht zu nehmen (§§ 285 Abs 1, 344, 467 Abs 2, 489 Abs 1). Eine Falschbezeichnung eines oder mehrerer NkG hindert den OGH nicht an einer Behandlung der Beschwerde (*falsa demonstratio non nocet*).<sup>97</sup> Der OGH ist gem § 290 Abs 1 auf die geltend gemachten NkG gebunden, es sei denn, er überzeugt sich im Anlass einer Nichtigkeitsbeschwerde über das Vorliegen materieller NkG oder das *beneficium cohaesionis* kommt zum Tragen<sup>98</sup>. Jene Teile des erstgerichtlichen Urteils, welche nicht angefochten werden, erwachsen in Rechtskraft. Genügt die Beschwerde nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen, so hat das Rechtsmittelgericht sie zurückzuweisen ( §§ 285a Z2, 344, 470 Z 1, 489 Abs 1).

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Ausschnitte aus den jeweiligen NkG, soweit diese von der formellen und materiellen Unmittelbarkeit berührt werden.

### **1. § 281 Abs 1 Z 1 fehlende Wahrnehmung des Gerichtes**

Bei § 281 Abs 1 Z 1 (§§ 345 Abs 1 Z 1), handelt es sich um einen formellen, absoluten und rügepflichtigen NkG. Der Angeklagte oder Ankläger hat die Wahrnehmung des Richters, Schöffen oder Geschworenen unmittelbar nach Kenntnisnahme zu rügen und dafür Sorge zu tragen, sofern der Mangel nicht unverzüglich behoben wird, dass die Rüge im Protokoll vermerkt wird. Auch der unvertretene Angeklagte im einzelrichterlichen Verfahren hat, sofern er einen etwaigen Wahrnehmungsmangel des Richters in der Nichtigkeitsberufung geltend machen möchte, diesen zu rügen. Ist der Angeklagte rechtlich vertreten, so kommt seiner Vertretung die Rügepflicht zu. Wahrnehmungsmangel ist nach § 281 Abs 1 Z 1 ausdrücklich unmittelbar nach Kenntniserlangung zu rügen. Erlangt der Angeklagte oder sein Vertreter bereits vor der HV Kenntnis von einem Wahrnehmungshindernis (zB schwerhörige oder sehgeschwache Geschworene), so muss sofort zu Beginn der HV gerügt werden. Für die Beurteilung des spätesten Zeitpunktes hinsichtlich der Rügepflicht ist eine Einzelfallbeurteilung nach objektiven Kriterien anzustellen. Konkret kommt es darauf an, ob dem Angeklagten oder seinem Rechtsbeistand nach objektiven Kriterien das Tatsachensubstrat zugänglich war, und ob die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen auch erfasst wurden. Das etwas bekannt sein

---

<sup>96</sup> § 468 Abs 1 Z 3 entspricht im Wesentlichen § 281 Abs 1 Z 3

<sup>97</sup> vgl *Hager/Meller/Hetlinger*, Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung<sup>3</sup>, 19

<sup>98</sup> s Kap 3 Teil D



müsste begründet noch keine Rügepflicht.<sup>99</sup> Erlangen die Parteien hingegen erst nach Ende der HV von einem Wahrnehmungsmangel Kenntnis, so kann dieser NkG auch ohne Rüge geltend gemacht werden.<sup>100</sup>

Die unmittelbare Wahrnehmung setzt voraus, dass jeder Richter des Gerichts – davon sind auch die Schöffen und Geschworenen als Laienrichter umfasst - bei der Beweisaufnahme anwesend und auch geistig in der Lage ist, die Beweise wahrzunehmen. Richter, welche bei der Beweisaufnahme physisch abwesend sind, erfüllen die formelle Unmittelbarkeit ebenso wenig, wie Richter, die psychisch abwesend sind. Versäumt ein letztlich urteilender Richter eine Beweisaufnahme in der Verhandlung oder versäumt er eine Tatortbegehung<sup>101</sup>, so ist die Beweisaufnahme zu wiederholen, da ansonsten das Urteil mit Nichtigkeit behaftet ist. Dabei ist nicht nur auf die physische Anwesenheit des Richters, Schöffen oder Geschworenen abzustellen, sondern es ist auch zu berücksichtigen, ob diese die Beweisaufnahme auch mit den maßgeblichen Sinnen wahrnehmen können. Stehen während einer Tatortbegehung ein oder mehrere Geschworene abseits des akustischen Wirkungsbereiches und kommt es auf die akustische Wahrnehmung innerhalb des akustischen Wirkungsbereiches an, so leidet seine Beurteilung unter einem Wahrnehmungsmangel.<sup>102</sup> Während die physische Abwesenheit klar eingrenzbar ist, sind bei der psychischen Abwesenheit mehrere Schattierungen denkbar. Während bei einem schlafenden Richter noch Einigkeit über die fehlende formelle Unmittelbarkeit herrscht, tendieren Teile der Lehre hinsichtlich anderwärtig beschäftigten Richtern zu einer engeren Auslegung. Ein Großteil der Lehre<sup>103</sup> zieht die Grenze dort, wo die Andersbeschäftigung einen intensiven Grad erreicht, während andere<sup>104</sup>, sowie der OGH (dazu sogleich), weniger strenge Kriterien heranziehen. In 15 Os 102/00 hatte der OGH über eine Fall zu urteilen, in dem eine Geschworene in der ersten Reihe der Geschworenenbank mit erheblichen Ermüdungserscheinungen zu kämpfen hatte. Dazu führte der OGH aus: „Das aus Anstrengung erfolgte kurzzeitige Schließen der Augen (allenfalls auch unter Einnahme einer "Schlafhaltung") impliziert jedoch keinen eine geistige Abwesenheit bewirkenden Tiefschlaf.“ Bloße physische Ermüdungserscheinungen sind für den OGH nicht ausreichend.<sup>105</sup> Letztendlich handelt es sich dabei um eine praxisferne Debatte, ist doch für die Anfechtung eines derartigen Mangels Voraussetzung, dass eine unverzügliche Rüge gesetzt wurde.

Werden gem §§ 221 Abs 4, 301 Abs 2 Ersatzrichter, -geschworene oder -schöffen geladen, und ersetzen diese während oder nach der Beweisaufnahme einen anderen Richter, so sind auch

---

<sup>99</sup> vgl RIS-Justiz RS0114495

<sup>100</sup> vgl OGH 28.06.1983, 11 Os 32/83

<sup>101</sup> vgl OGH 27.10.1960, 7 Os 54/60

<sup>102</sup> vgl OGH 22.4.1998, 13 Os 17/98

<sup>103</sup> vgl *Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK-StPO § 13 Rz 25

<sup>104</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil A Rz 20

<sup>105</sup> vgl OGH 04.07.1991, 12 Os 138/90

diese am formellen Unmittelbarkeitsgrundsatz zu messen. Sie müssen daher während der gesamten Beweisaufnahme anwesend und wahrnehmungsfähig gewesen sein. Ersatzrichter, -schöffen und -geschworene, welche während einer Tatrekonstruktion abwesend waren, dürfen daher nicht an der Beurteilung mitwirken.

Davon zu unterscheiden ist der Richterwechsel, bei dem kein Ersatzrichter an die Stelle des ausgeschiedenen Richters tritt, sondern ein verfahrensfremder Richter diesen ersetzt. Dabei kommt es nach hL & Rsp ex-lege<sup>106</sup> zu einer Neudurchführung des Verfahrens, und die Beweisaufnahme ist nochmals durchzuführen. Interessanterweise hat der OGH<sup>107</sup> die Geltendmachung von § 281 Abs 1 Z 1 verneint sofern es zwar zu einer Neudurchführung des Verfahrens gekommen ist, aber die vorhergehende Beweisaufnahme nicht wiederholt, sondern nur verlesen wurde. Der OGH hat für die Beurteilung dieses Falles nur auf das neu durchgeführte Verfahren abgestellt und mangels einer ausdrücklichen Nichtigkeitssanktion des § 276a hinsichtlich der ersatzweisen Vortragung anstatt einer Neudurchführung des Beweisverfahrens einer Anfechtung nach § 281 Abs 1 Z 1 den Erfolg versagt. Der Vollständiger halber sei darauf hingewiesen, dass dem Verteidiger die Geltendmachung eines Verfahrensfehlers – dies würde mangels entsprechender Beweisanträge oder Rügen vom OGH aus formalen Gründen verneint – nach § 281 Abs 1 Z 3, 4 und 5 möglich gewesen wäre.

Neue Tatsachen – soweit sie nicht schon aktenanhängig sind – können dem Rechtsmittel beigelegt werden. Das Rechtsmittelgericht kann gem § 285 f die Einholung von Aufklärung über behauptete Verfahrensfehler oder Formverletzungen anordnen und damit die neuen Tatsachen einer Aufhebung bzw Zurückverweisung zugrunde legen.<sup>108</sup> Der OGH ist dabei nicht an einen abweisenden Beschluss des Erstgerichtes gebunden.

### **1.1. Blinde oder gehörlose Richter**

Mit der Ernennung von zwei blinden Richtern im 2014 neu geschaffenen Bundesverwaltungsgericht ist die Diskussion über blinde Personen in juristischen Kernberufen wieder in das Blickfeld der Öffentlichkeit gerückt.<sup>109</sup> Das Hauptargument gegen blinde Richter war und ist seit Jahrzehnten die formelle Unmittelbarkeit.

Die unmittelbare Wahrnehmung des zu Urteilenden stellt erhebliche Ansprüche an das akustische und optische Wahrnehmungsvermögen. Einem gehörlosen Richter fehlt die Möglichkeit, sämtliche mündliche Beweisaufnahmen unmittelbar aufzunehmen; das betrifft insb sämtliche Arten von Aussagen. Teilweise wird versucht die Defizite in der akustischen

---

<sup>106</sup> vgl ÖJZ-LSK 1984/35, *Danek* in Fuchs/Ratz, WK-StPO § 276a Rz 3

<sup>107</sup> vgl OGH 24.08.1989, 12 Os 85/89

<sup>108</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil A Rz 39

<sup>109</sup> s <http://derstandard.at/1375626366029/Justizia-hat-ja-auch-die-Augen-verbunden>

Wahrnehmung durch die visuelle Lautsprachperzeption - im pädagogischen und medizinischen Umfeld auch als Termini Lippenlesen bekannt – auszugleichen. Damit ist es teilweise möglich, jene Teile des Gesprochenen, die nicht im Inneren des Mundraumes gebildet werden, visuell wahrzunehmen. 70 % des Gesprochenen<sup>110</sup> werden allerdings im Inneren des Mundraumes gebildet und sind daher nicht visuell erkennbar. Ein gehörloser Richter müsste daher aus den 30 % des akustischen Verständnisses auf die restlichen 70 % schließen. Ein derart hohes Defizit lässt sich kaum mit dem formellen Unmittelbarkeitsgrundsatz vereinen, der ja grundsätzlich eine möglichst vollständige und unmittelbare Wahrnehmung der Beweismittel durch die zu urteilenden Personen erreichen möchte.

Eine überwiegende Meinung verneint auch die Vereinbarkeit von blinden Richtern mit dem formellen Unmittelbarkeitsgrundsatz, da bei der Beweisaufnahme vielfach auch der optische Eindruck relevant sei.<sup>111</sup> Dabei wird insbesondere auf die fehlende Wahrnehmung der Körpersprache der vernommenen Personen sowie auf nur optische Augenscheinobjekte hingewiesen. Dagegen wird zwar eingewendet, dass blinde Richter das Defizit an Sehkraft in der Regel durch verschärfte andere Sinneswahrnehmungen bis zu einem gewissen Grad ausgleichen können, Ein vollständiger Ausgleich ist trotzdem nicht möglich. Optische Augenscheinobjekte, welche nicht tastbar sind, wie zum Beispiel Bild- und Videoaufnahmen, sind für blinde Richter nicht unmittelbar wahrnehmbar.

Denkbar wäre eine Besetzung von Richterstellen mit blinden Personen an Gerichten, welche keine unmittelbaren Beweise aufzunehmen haben. Das wären Kontrollgerichte wie zum Beispiel der OGH, aber auch richterliche Tätigkeiten an Gerichten erster Instanz, bei denen keine unmittelbare Wahrnehmung notwendig ist. Letzterer Möglichkeit steht insbesondere der verfassungsrechtliche Grundsatz des gesetzlichen Richters gemäß 82 Abs. 2 B-VG entgegen, da dieser eine situationsbezogene Geschäftsordnung blockiert, welche eine flexible Zuteilung von RS mit einer unmittelbaren Beweisaufnahme an einen blinden Richter zulassen würde.

Meines Erachtens ließe sich der verfassungsrechtliche Grundsatz über den gesetzlichen Richter auch im Sinne von Art 14 der europäischen Menschenrechtskonvention auslegen. Damit könnte eine Möglichkeit geschaffen werden, bestimmte Verfahren oder Verfahrensgruppen ohne notwendige unmittelbare Beweisaufnahme einer Erledigung durch blinde Richter zugänglich zu machen. Ein anderer gangbarer Weg wäre es – so auch die derzeitige Rechtslage in Deutschland – im Falle der Notwendigkeit einer unmittelbaren visuellen Beweisaufnahme diese durch einen anderen Richter durchführen zu lassen. Bloße Bejahung von blinden Richtern in Kontrollgerichten geht an der Realität vorbei, denn in der Regel führt der Berufsweg zu diesem de facto immer über ein erstinstanzliches Gericht. Letztendlich ist die Entscheidung über die

---

<sup>110</sup> Leonhardt, Einführung in die Hörgeschädigtenpädagogik, 1999,, S 113

<sup>111</sup> siehe dazu die parlamentarische Anfrage an die Justizministerin im Februar 2012, SN 18.2.2012

Zulässigkeit von blinden Richtern im Strafverfahren – wie auch die aktuelle Situation in Deutschland zeigt – eine politische.

## **2. § 281 Abs 1 Z 3, Missachtung der Verfahrensvorschrift § 252**

Bei § 281 Abs 1 Z 3 (§ 345 Abs 1 Z 4) handelt es sich um einen formellen, relativen und rügepflichtigen NkG. Es muss also neben der Begründung des Mangels auch dargetan werden, dass der Verfahrensfehler einen negativen Einfluss auf das Verfahren gehabt hat. Dieser NkG ist vom Angeklagten für eine spätere Geltendmachung im Rechtsmittel unverzüglich zu rügen, den StA trifft dabei gem § 281 Abs 3 die verschärfte<sup>112</sup> Rügepflicht. Verfahrensrecht führt nach der Konzeption der StPO nur dann zur Nichtigkeit, wenn dies ausdrücklich angeordnet ist.<sup>113</sup> Die entsprechenden NkG sind in § 281 Abs 1 Z 3 fakultativ<sup>114</sup> aufgelistet, darüber hinaus kann auf Z 3 gestützt werden, wenn dies in der jeweiligen Strafnorm (va strafrechtliche Sondergesetze nach BWG, VbVG) ausdrücklich vermerkt ist. Verletzungen des Verlesungsverbot nach § 252 können nach ausdrücklicher Nennung in Z 3 als Verfahrensfehler geltend gemacht werden.

Nach ausdrücklicher Rsp des OGH vermag ein zusammenfassender Vortrag des Vorsitzenden anstatt der Verlesung oder Vorführung ohne Einverständnis des Beschuldigten und die fehlende Befragung (§ 252 Abs 2a & 3) keine Nichtigkeit nach Z 3 zu begründen.<sup>115</sup> Ein Verstoß gegen § 252 Abs 2a & 3 kann nur nach erfolgloser Antragstellung nach § 281 Abs 1 Z 4 geltend gemacht werden.

## **3. § 281 Abs 1 Z 4 Verfahrensrüge, Bekämpfung der Ablehnung von in der HV gestellten Beweisanträgen**

Bei § 281 Abs 1 Z 4 (§ 345 Abs 1 Z 5) handelt es sich um einen formellen, relativen und rügepflichtigen NkG. Mit diesem NkG macht der Beschwerdeführer geltend, dass über einen Antrag gem § 238 des Beschwerdeführers nicht oder nicht gesetzesgemäß entschieden wurde. Bloße abweisende Entscheidungen des Vorsitzenden im schöffnen- und geschworenengerichtlichen Verfahren reichen für eine Anfechtung nach Z 4 nicht aus, vielmehr hat die Prozesspartei eine Entscheidung des Senates zu begehren, welche dann nach diesem NkG anfechtbar ist. Dabei ist der Beschwerdeführer nicht auf Beweisanträge beschränkt, sondern kann die Nicht- oder Falscherledigung von Anträgen aller Art geltend machen. Nach Z 4 – entsprechende Antragstellung im Verfahren vorausgesetzt – können anders als bei Z 3 auch nichtgenannte Verfahrensfehler bemängelt werden. Stehen bzgl eines Verfahrensfehlers mehrere NkG zur Verfügung, so ist grundsätzlich der speziellere NkG heranzuziehen, allerdings

---

<sup>112</sup> s dazu oben

<sup>113</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil D Rz 2

<sup>114</sup> s aber tw Abgehen, mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil D Rz 3

<sup>115</sup> vgl RIS-Justiz RS0098459

bejahen einige Teile der Lehre und der OGH zu Z 3 (der speziellere NKG hinsichtlich der dort genannten Verfahrensfehler) im Verhältnis mit der Verfahrensrüge nach Z 4 eine doppelte Geltendmachung.<sup>116</sup>

Damit einer Geltendmachung der NB nach Z 4 Erfolg hat, sind zunächst die formellen Kriterien eines Antrages zu erfüllen. Der Antrag ist persönlich, mündlich während der HV zu stellen, schriftliche Anträge reichen nicht, auch wenn sie verlesen werden.<sup>117</sup> Zwar kann zur Unterstützung auf den schriftlichen Antrag verwiesen werden, jedoch sind die wesentlichen Inhalte des Antrages in der HV mündlich vorzutragen. Stellt eine Prozesspartei einen Antrag, so besteht die Möglichkeit, sich diesem anzuschließen. Dies muss dem Gericht persönlich unmissverständlich kundgetan werden. Wird eine HV gem § 276a ex-lege neu durchgeführt, so sind diese persönlich in der HV zu wiederholen.<sup>118</sup> Ein bloßer Verweis, dass die Anträge der vorangegangenen HV wiederholt werden, reicht nicht hin.<sup>119</sup>

Der Antrag hat das Beweisthema, Beweismittel und die Beweisgründe - sofern diese nicht offensichtlich sind – zu enthalten. Das Beweisthema ist die konkrete Tatsache, die bestätigt oder nicht bestätigt werden soll. Es ist nicht ausreichend das Beweisziel und Beweismittel anzugeben, sondern es ist ausdrücklich zu konkretisieren, welche beweiserhebliche Tatsache durch das Beweismittel bewiesen werden soll. Ist das Beweisthema nicht beweiserheblich, weil es mit dem beantragten Beweisthema oder Beweismittel nicht erwiesen werden kann, so ist der Beweisantrag gem § 55 Abs 2 Z 2 abzuweisen.

Es ist daher hinsichtlich des Beweismittels nicht ausreichend die Untersuchung des minderjährigen Zeugen durch einen geeigneten SV zu beantragen, vielmehr ist die Untersuchung des minderjährigen Zeugen durch einen jugendpsychologischen SV zur Erstellung eines Gutachtens (Beweismittel) bezüglich der Feststellung der Vernehmungsunfähigkeit (die zu erhebende Tatsache) zu beantragen, damit gem § 252 Abs 1 Z 1 die frühere Aussage verlesen werden kann (Beweisziel).

Beweismittel sind die Erkenntnisquellen, aus denen sich die jeweilige Tatsache ableiten lässt.<sup>120</sup> Beispielfhaft stellt die StPO die Beschuldigten- oder Zeugenaussage, den Urkundenbeweis, den Augenschein und den Sachverständigenbeweis zur Verfügung. Diese Aufzählung ist nicht vollständig, folglich kann jede Quelle als Beweismittel herangezogen werden, sofern sich damit Tatsachen beweisen lassen. Die gerade genannten Beweismittel sind im Beweisantrag genau zu bezeichnen. In Anlehnung an obiges Beispiel hat daher der Antragsteller – sofern nicht

---

<sup>116</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil D Rz 3

<sup>117</sup> vgl RIS-Justiz RS0099511

<sup>118</sup> vgl EvBl 1975/85

<sup>119</sup> vgl RIS-Justiz RS0099049

<sup>120</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil D Rz 18

offenkundig – den Namen oder andere eindeutige Identifikationsmerkmale des zu vernehmenden Zeugen anzugeben.

Neben Beweisthema und Beweismittel hat der Antragsteller noch Beweisgründe anzuführen. Davon kann gem § 55 Abs 1 letzter Satz abgesehen werden, wenn diese offenkundig sind. Es stellt sich zunächst dabei die Frage, ob aus der beantragten Beweisaufnahme nach den derzeitigen, vorliegenden Informationen das gewünschte Beweisergebnis überhaupt herbeigeführt werden kann. MaW, es ist vom Antragsteller zu begründen, inwiefern das beantragte Beweismittel zur Klärung des begehrten Beweisthemas beitragen kann. Darüber hinaus ist anzugeben, inwiefern das gewünschte Beweisergebnis für die Beurteilung von entscheidender Bedeutung ist.<sup>121</sup> In Anlehnung an unseren obigen Fall ist daher – von der Offenkundigkeit abgesehen – darzutun, dass durch die Vernehmung des minderjährigen Zeugen (Beweismittel) festgestellt werden kann, dass dieser einer Einvernahme in der HV aus psychischen Gründen unfähig ist (Verknüpfung zw Beweismitteln und Beweisthema) und deshalb das vorhandene Vernehmungsprotokoll gem § 252 Abs 1 Z 1 wegen einem tatsächlichen Vernehmungshindernisses verlesen werden kann (die durch das gewünschte Beweisergebnis zu belegende entscheidungserhebliche Tatsache).

Lässt sich aus dem Beweis Antrag nicht erschließen inwieweit die beantragte Beweisaufnahme das gewünschte Beweisergebnis erwarten lässt, so handelt es sich um bloße Erkundungsbeweise, welche aus Z 4 unbeachtlich sind.<sup>122</sup> Anders formuliert, die Antragstellung um sich Kenntnis über Umstände zu verschaffen, die wiederum Anlass begründen um weitere Beweis Anträge für entscheidende oder erhebliche Tatsachen einzubringen, ist unzulässig.<sup>123</sup>

#### **4. § 281 Abs 1 Z 5 Mängelrüge, fehlerhafte Begründung einer entscheidungserheblichen Tatsache**

Grundsätzlich sind Verfahrensfehler<sup>124</sup> oder die damit verbundenen Entscheidungen<sup>125</sup> des Gerichts (zB Ablehnung eines Antrages) keine Begründungsmängel, allerdings verhilft der OGH mitunter manchen Verfahrensmängeln nur über die Anfechtung wegen eines Begründungsmangels zum Erfolg.<sup>126</sup> Der OGH unterscheidet in seinen rechtlichen Ausführungen zwischen den fünf Alternativen der Z 5; zur besseren Übersicht wird diese Einteilung beibehalten.

§ 281 Abs 1 Z 5 bildet einen formellen, absoluten und nicht rügepflichtigen NkG. Anders als bei NkG der Z 3 & 4 muss der Beschwerdeführer in der Nichtigkeitsberufung oder –beschwerde

---

<sup>121</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil D Rz 19

<sup>122</sup> vgl *Hager/Meller/Hetlinger*, Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung<sup>3</sup>, 45f

<sup>123</sup> vgl RIS-Justiz RS0118123, RS0099353

<sup>124</sup> vgl RIS-Justiz RS0120225

<sup>125</sup> vgl RIS-Justiz RS0112985

<sup>126</sup> vgl Evbl 1972/17

nicht ausführen, inwiefern der Verfahrensfehler einen nachteiligen Einfluss auf das Urteil zu haben vermochte. Der Beschwerdeführer bemängelt mit diesem NkG entweder die fehlerhafte Feststellung einer entscheidungserheblichen Tatsache oder die fehlerhafte Begründung, welche zu bestimmten –folglich ebenfalls fehlerhaften- Feststellungen geführt hat.

Auf den NkG der Z 5 kann nur zurückgegriffen werden, wenn es sich um eine Feststellung hinsichtlich einer entscheidungserheblichen Tatsache handelt. Überschießende Feststellungen bzw deren Begründungsmängel können nicht auf Z 5 gestützt werden. Entscheidend ist eine Tatsache dann, wenn die Feststellung ihres Vorliegens oder Nichtvorliegens entweder die rechtliche Entscheidung über Schuld- oder Freispruch beeinflusst, oder - im Fall gerichtlicher beeinflusst, welche strafbaren Handlungen begründet werden.<sup>127</sup> Nicht entscheidungserheblich sind hingegen Tatsachen, welche lediglich die Strafzumessung<sup>128</sup> (zB Erschweris- oder Milderungsgründe) oder den Privatbeteiligtenzuspruch<sup>129</sup> betreffen. Erheblich ist eine Tatsache dann, wenn es sich um einen beweiswürdigungsrelevanten Umstand handelt. MaW, erheblich ist eine Tatsache, wenn deren Nicht- oder Feststellung für die Subsumtion in einen Tatbestand von Relevanz ist.

Der Vollständigkeit halber werden sämtliche Alternativen des § 281 Abs 1 Z 5 angeführt um das Verständnis und die Abgrenzung untereinander besser darstellen zu können. Vorausgeschickt sei, dass die erste bis dritte Alternativen des § 281 Abs 1 Z 5 den Unmittelbarkeitsgrundsatz kaum tangieren und daher nur überblicksmäßig abgehandelt werden. Eine Behandlung erscheint mir dennoch notwendig, um die einzelnen Alternativen ausreichend scharf abgrenzen zu können.

### **1. § 281 Abs 1 Z 5 – erste Alternative, undeutliche Begründungen**

Eine undeutliche Feststellung liegt vor, wenn unklar ist, aus welchen Gründen eine entscheidende Tatsache festgestellt wurde. Davon zu unterscheiden ist, wenn die Feststellung selbst unklar ist. Unklare oder fehlende Feststellungen können nicht unter einen Tatbestand subsumiert werden, folglich sind solche Mängel mit den materiellen Nichtigkeitsgründen § 281 Abs 1 Z 9a & 9b zu rügen. Die Rsp und Lehre sind sich hinsichtlich einer genauen Abgrenzung unschlüssig, mitunter entgehen sie dieser, indem sie eine Anfechtung nach Z 5 neben Z 9a & 9b befürworten.<sup>130</sup>

### **2. § 281 Abs 1 Z 5 zweite Alternative, unvollständige Begründung**

Mit einer unvollständigen Begründung kann die Nichtberücksichtigung von in der HV vorgekommenen erheblichen Tatsachen im Urteil gerügt werden. Im Grunde nach, rügt der

---

<sup>127</sup> vgl RIS-Justiz RS0117264

<sup>128</sup> vgl RIS-Justiz RS0099497

<sup>129</sup> vgl OGH 25.09.1997, 15 Os 133/97

<sup>130</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil F Rz 5

Beschwerdeführer dabei die Beweismittelwahl des Gerichtes, weil es vorgekommene, entscheidungserhebliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat, nicht aber ob es die richtigen Schlüsse aus den vorhandenen Beweismitteln gezogen hat (formeller NkG). MaW, das Berufungsgericht hat dabei zu prüfen, ob das Erstgericht gem § 270 Abs 2 Z 5 alle für erhebliche Tatsachen maßgebliche Beweismittel erörtert und im Urteil behandelt hat.

Es kommt darauf an, dass die Tatsachen gem § 258 Abs 1 auch vorgekommen sind. Finden sich Beweismittel zu entscheidungserheblichen Tatsachen zwar im Akt, sind sie aber nicht in der HV vorgekommen (zB fehlende Verlesung oder Vorführung) und wurden sie vom Gericht für die Begründung von Feststellungen herangezogen, so sind sie mit NkG § 281 Abs 1 Z 5 – vierter Fall zu rügen. Fehlen hingegen Feststellungen, welche für die Subsumption notwendig sind, ganz so handelt es sich um einen materiellen NkG.<sup>131</sup>

### **3. § 281 Abs 1 Z 5 dritte Alternative, widersprüchliche Begründung oder Feststellung**

Von einer widersprüchlichen Begründung ist die Rede, wenn die Urteilsbegründung denkunlogisch ist. Bezugspunkte sind der Spruch, die Feststellungen und die Begründungen, die zu den Feststellungen geführt haben. Konkret liegt daher eine widersprüchliche Begründung vor, wenn die Feststellungen denkunmöglich zu dem Urteilsspruch führen können, Feststellungen untereinander widersprüchlich sind, Begründungen (die Beweiswürdigung) nicht mit einer daraus folgenden Feststellung vereinbar sind, oder Begründungen untereinander unvereinbar sind.<sup>132</sup>

### **4. § 281 Abs 1 Z 5 vierte Alternative, keine oder unzureichende Begründung**

Aus Sicht des Unmittelbarkeitsgrundsatzes handelt es sich hierbei um die wichtigste Alternative der Z 5. Das Gericht trifft gem § 270 Abs 2 Z 5 eine Begründungspflicht hinsichtlich der festgestellten Tatsachen. Konkret hat das Gericht in gedrängter Darstellung, aber mit voller Bestimmtheit anzuführen, wie es zu den Feststellungen gekommen ist. Führt das Gericht entweder gar keine Begründung oder nur solche Begründungen an, aus denen sich nach den Denkgesetzen und allgemeiner Lebenserfahrung ein Schluss auf die zu begründende Feststellung entweder überhaupt nicht ziehen lässt oder der logische Zusammenhang kaum noch erkennbar ist, so ist diese Begründung mit diesem NkG behaftet.<sup>133</sup>

Keine Begründung für eine Feststellung liegt auch vor, wenn das Gericht nur auf Scheingründe zurückgreift. So reichen Ausführungen des Gerichtes, das etwas auf der Hand liegt oder ein SV

---

<sup>131</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil F Rz 42

<sup>132</sup> vgl OGH 27.05.2004, 15 Os 51/04

<sup>133</sup> vgl RIS-Justiz RS0099413



als erwiesen angenommen wird, nicht für eine zureichende Begründung hin.<sup>134</sup> Solche Scheinbegründungen werden in der Lehre und Rsp gelegentlich auch als willkürliche Annahme bezeichnet<sup>135</sup>, weil sich das Gericht einer gründlichen Beweiswürdigung entzieht indem es entscheidende Tatsachen ohne Aufnahme oder Auseinandersetzung mit Beweismitteln annimmt. Ob man einer Scheinbegründung die Eigenschaft eine Begründung zu sein abspricht oder diese als offenbar unzureichende Begründung einstuft, wird sowohl von der Lehre als auch von der Rsp uneinheitlich beantwortet<sup>136</sup>, ist aber für die NB nicht von weitergehender Bedeutung. Notorsche, also offenkundige oder gerichtsbekannte Tatsachen müssen nicht bewiesen werden, allerdings ist darauf zu achten, dass der Angeklagte nicht von dem Rückgriff auf notorsche Tatsachen überrascht wird.<sup>137</sup>

Unzureichend sind Begründungen, wenn diese denkunmöglich sind oder mit der allgemeinen Logik unvereinbar zu den Feststellungen führen. Die Beurteilung, ab wann eine Begründung denkunlogisch oder frei von Logik ist, ist anhand allg Erfahrungssätze zu treffen. Lassen die Beweisergebnisse mehrere Feststellungen zu, und wählt das Gericht eine aus Sicht des Angeklagten nicht überzeugende oder die wenig wahrscheinlichere, so kann daraus noch nicht auf eine denkunmögliche Begründung geschlossen werden.<sup>138</sup> Die fehlende Möglichkeit, allgemeine Erfahrungssätze genau abzugrenzen spiegelt die Gratwanderung durch die Lehre und Rsp wieder. Einerseits gilt es dem Erstgericht die Beweiswürdigung vorzubehalten um nicht den OGH zu einer generellen Tatsacheninstanz verkommen zu lassen, andererseits gilt es lebensfremde Begründungen des Erstgerichtes hintanzustellen.<sup>139</sup> Mit der Erweiterung des empirischen Wissens verschiebt sich der Anwendungsbereich dieses Nichtigkeitsgrundes stetig.

Ein großer Anfechtungsbereich ergibt sich insb für Fälle, in denen Beweisergebnisse nicht gem § 258 Abs 1 in der HV vorgekommen sind, aber trotzdem in den Feststellungen Einklang gefunden haben. Werden daher Akten oder techn Aufnahmen des Ermittlungsverfahrens in der HV nicht verlesen oder vorgeführt, so dürfen diese auch nicht für Urteilsfeststellungen herangezogen werden. Ein allg Verweis im Protokoll, dass alle Akten (bis auf folgende) als verlesen gelten, reicht nicht hin. Werden dem Angeklagten frühere Aussagen eines Belastungszeugen vorgehalten, so gelten diese vorgehaltenen Aussagen iSd §§ 258 Abs 1 iVm § 252 Abs 2a ebenfalls nicht als vorgekommen.<sup>140</sup> Ebenso nicht vorgekommen sind Akten, auf welche sich der Vorsitzende in seinem Vortrag gem § 252 Abs 2a nicht gestützt hat.<sup>141</sup> Auch hier kann ein

---

<sup>134</sup> vgl RIS-Justiz RS0099494

<sup>135</sup> vgl *Hager/Meller/Hetlinger*, Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung<sup>3</sup>, 53f

<sup>136</sup> mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil F Rz 28f

<sup>137</sup> vgl RIS-Justiz RS0119094

<sup>138</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil F Rz 32

<sup>139</sup> mwN zu diesem Konfliktfeld *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>. Kap 2 Teil F Rz 30

<sup>140</sup> vgl RIS-Justiz RS0113446

<sup>141</sup> vgl OGH 20.12.2011, 15Os150/11i; RZ 2012,184

Verweis, dass alle Akten als verlesen gelten, einer Nichtigkeit nach Z 5 vierter Fall nicht vorbeugen.

## **5. § 281 Abs 1 Z 5 fünfte Alternative, aktenwidrige Begründung**

Von Aktenwidrigkeit iSd Z 5 fünfter Alternative ist die Rede, wenn zwischen den Urteilsfeststellungen und dem Akteninhalt hinsichtlich erheblicher Tatsachen eine wesentliche Diskrepanz besteht. MaW, entspricht die einer Urteilsfeststellung zugrunde gelegte Aussage oder der Inhalt einer Urkunde nicht dem, was in den Akten festgehalten wurde und handelt es sich dabei um eine erhebliche Tatsache, so kann sich der Beschwerdeführer auf Aktenwidrigkeit berufen. Im Gegensatz zur widersprüchlichen Begründung iSd Z 5 dritter Fall handelt es sich nicht um einen Widerspruch zwischen zwei verschiedenen Begründungen, sondern derselben Begründung wird im Urteil ein anderer Inhalt als in der HV zugrunde gelegt.

## **6. Begründungsmangel im geschworenengerichtlichen Verfahren**

Während das einzel- und kollegialgerichtliche Urteil aus Spruch, Feststellungen (der Sachverhalt), Begründungen zu den Feststellungen, rechtlichen Beurteilungen und der Strafbemessung besteht, ist das geschworenengerichtliche Urteil auf den Wahrspruch, den Schuld- oder Freispruch sowie die Strafbemessung begrenzt. Der Sachverhalt (= Feststellungen) ergibt sich aus den beantworteten Fragen im Wahrspruch, eine Beweiswürdigung – wie im kollegialgerichtlichen Verfahren - ist im geschworenengerichtlichen Verfahren hingegen nicht vorgesehen. Dementsprechend eingeschränkt ist die NB auf eine Verletzung der Fragestellung gem § 345 Abs 1 Z 6 - welche die Feststellungen wiederzugeben hat - oder allenfalls wegen einer unvertretbaren Urteilsbegründung gem § 345 Abs 1 Z 10a.

Anknüpfungspunkt für eine Anfechtung nach § 345 Abs 1 Z 10a könnte die gem § 331 Abs 3 vom Obmann zu verfassende Niederschrift sein. Nach § 331 Abs 3 hat der Obmann der Geschworenen kurz die Erwägungen der Geschworenen niederzuschreiben, von denen sie bei Beantwortung dieser Fragen ausgingen. Die Niederschrift eines rechtlichen Laien vermag freilich nicht die Qualität einer Begründung iSd § 270 Abs 2 Z 5 erreichen, allerdings kann sie trotzdem für die Begründung des Moniturverfahrens gem § 332 Abs 4 oder einer Aussetzung nach § 334 herangezogen werden. Nichtsdestotrotz steht die Rsp einer Heranziehung der Niederschrift für eine Anfechtung nach § 345 Abs 1 Z 10a ablehnend gegenüber, weil diese nicht Inhalt der Akten sei und gem § 342 letzter Satz auch nicht im Urteil berücksichtigt werden darf.<sup>142</sup> Dieser Ausklammerung der Niederschrift im Rechtsmittelverfahren wird von der Lehre durchaus mit gewichtigen Argumenten entgegen getreten. Zum einen spräche nichts gegen eine teilweise Verwertung der Niederschrift, sofern diese brauchbar ist und zum anderen entspräche es kaum

---

<sup>142</sup> vgl RIS-Justiz Rs0115549; mwN *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup> Kap 2 Teil G Rz 30

dem Telos der StPO, den Geschworenen - durch eine oberflächliche Niederschrift - das Ermessen zu überlassen, inwieweit das Urteil einem Rechtsmittel zugänglich ist.<sup>143</sup>

#### **IV. Conclusio**

Dem Unmittelbarkeitsgrundsatz wird in der österreichischen Literatur im Verhältnis zu seiner Bedeutung relativ wenig Aufmerksamkeit zuteil, obwohl er im Strafverfahren als geradezu selbstverständlich vorausgesetzt wird und sich auch dementsprechend regelmäßig in der Rsp wiederfindet. Die meiste Aufmerksamkeit richtet sich dabei hauptsächlich auf die Verlesungs- und Vorführungsverbote des § 252 und deren Anfechtung, während den allgemeinen Grundlagen des formellen und materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes kaum Bedeutung beigemessen wird, obwohl diese jedem Strafverfahren zugrunde liegen. Dem Gericht kommt dabei die Aufgabe zu, die in der StPO eingeräumten – allerdings bisher wenig beachteten – Ermessensspielräume für eine möglichst unmittelbare Beweisführung zu nützen. Es wäre wünschenswert, dass diese durch die Lehre aufgegriffen und einer breiteren Diskussion zugeführt werden.

Die jüngere Entwicklung hat aus Opfer- und Zeugenschutzgründen und ökonomischen Interessen zahlreiche punktuelle Durchbrechungen gebracht. Vor allem letztere verdienen aus Sicht der Unmittelbarkeit besondere Beachtung, sollte es doch kein vorrangiges Verfahrensziel sein, einen möglichst ökonomischen Prozess zu führen. So kann der Unmittelbarkeitsgrundsatz mit Einverständnis der Parteien vielfach durchbrochen werden, beispielhaft genannt seien die Verlesung oder Vorführung bei Zustimmung der Parteien gem § 252 Abs 1 Z 4, der zusammenfassende Vortrag des Vorsitzenden gem §§ 252 Abs 2a und 276a und die Videovernehmung gem § 247a Abs 1. Dem Gericht kommt dabei ein nicht zu unterschätzendes Ermessen zu, kann es doch in allen genannten Fällen – trotz Einverständnis oder Antragstellung beider Parteien – auf eine unmittelbare Beweisaufnahme bestehen. Das Gericht hat daneben insbesondere dem Grundsatz der materiellen Wahrheitsermittlung gerecht zu werden, soll doch die Beweisführung gerade nicht durch selektive Zustimmung der Parteien zur einer Verlesung, Vorführung oder einem zusammenfassenden Vortrag durch den Vorsitzenden abgeschnitten werden. MaW, konsequenterweise hat das Gericht daher nur dann auf eine derartige mittelbare Beweisführung zurückgreifen, wenn keine Beeinträchtigung des Grundsatzes der materiellen Wahrheitsermittlung zu befürchten ist.

Besondere Beachtung verdient auch die zunehmende Vorverlagerung von Beweisaufnahmen hinsichtlich der Personalbeweise von der HV in das Ermittlungsverfahren. Damit ist stets die Gefahr verbunden, dass die Beweisführung und Würdigung dem Gericht durch die

---

<sup>143</sup> vgl die Argumente von *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>6</sup>, Kap 2 Teil G Rz 31

Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren vorweggenommen wird. Wie im § 13 Abs 2 vom Gesetzgeber ausdrücklich statuiert wird, hat sich die Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren ausschließlich auf Beweismittel zu beschränken, die für eine Anklageerhebung unerlässlich sind oder deren Aufnahme in der HV aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr möglich sein wird. Das Gericht hat daher vor der Durchführung einer kontradiktorischen Einvernahme im Ermittlungsverfahren abzuwägen, ob diese iSd § 13 Abs 2 zwingend notwendig ist oder eine Durchführung in der HV zugunsten des Unmittelbarkeitsgrundsatzes möglich ist. Es hat in dem Bewusstsein zw einer unmittelbaren, schonenden Vernehmung in der HV und einer kontradiktorischen Einvernahme im EV zu entscheiden; nur in ausdrücklich unerlässlichen Fällen soll die Vernehmung schon in das EV vorgezogen werden, damit dem urteilenden Gericht nicht die Möglichkeit genommen wird, die Einvernahme des Zeugen oder von Mitbeschuldigten persönlich wahrzunehmen. Darüber hinaus stellt die Wahrung von Verteidigungsrechten im Ermittlungsverfahren auch an den Rechtsvertreter des Beschuldigten bzw bei unvertretenen Beschuldigten im Rahmen seiner Manuduktionspflicht auch an den Richter hohe Ansprüche, müssen doch zB bei einer kontradiktorischen Einvernahme durch gezielte Fragestellung möglichst alle für die HV entscheidungserheblichen Aussagen protokolliert werden. Die zwanglose Vorziehung von Beweisaufnahmen ist dabei sowohl den Verteidigungsrechten als auch dem Grundsatz der materiellen Wahrheitsermittlung abträglich und sollte daher nur auf besondere Fälle beschränkt werden.

Erfreulich ist aus Sicht des Unmittelbarkeitsgrundsatzes die jüngere Rsp zu den Verlesungs- und Vorführungsverboten gem § 252 Abs 1 & 4, welche eine wesentliche Einschränkung der Transferierung von Aussagen aus dem Ermittlungsverfahren in die HV wegen rechtlicher Vernehmungshindernisse erkennen lässt. Beispielhaft sei auf die Rechtssprechungslinie des OGH zu der Unzulässigkeit der Verlesung- bzw Vorführung von im Ermittlungsverfahren festgehaltenen Aussagen eines verdeckten Ermittlers in der HV verwiesen.<sup>144</sup> Kürzlich verneint hat der OGH die Verlesungserlaubnis von SV-Gutachten, wenn dieser iSd § 252 Abs 1 Z 1 aus tatsächlichen Gründen nicht mehr vernommen werden kann.<sup>145</sup> Verstirbt der SV vor der Vernehmung in der HV, so dürfen seine frühere Aussagen nicht in der HV verlesen oder vorgeführt werden. Wenngleich der OGH in den Entscheidungsgründen nicht näher begründet hat, was ihn zu dieser Auslegung bewogen hat ist diese aus Sicht des Fragerechts für den Angeklagten gem Art 6 Abs 3 lit d EMRK zu befürworten.

Von erheblicher Bedeutung für die Praxis ist auch die, richtigerweise abzulehnende, sehr weite Rsp zu § 252 Abs 1 Z 2 für die generelle Transferierung von Protokollen mit Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten, wenn diese bei der Vernehmung von ihrer früheren Aussage

---

<sup>144</sup> vgl II. Kapitel Teil G Z 2

<sup>145</sup> vgl II. Kapitel Teil E

abgewichen sind.<sup>146</sup> Dem normativen Bedeutungsgehalt des § 252 Abs 1 Z 2 entsprechend, sollte dies auf Aussagen des Zeugen bzw Mitbeschuldigten beschränkt sein, insoweit diese bei der Vernehmung in der HV von früheren Aussagen abweichen und nur soweit ihnen daraufhin die früheren Aussagen tatsächlich vorgehalten werden. Eine generelle Verlesungsfiktion bei abweichender Aussage widerspricht dem normativen Bedeutungsgehalt von § 252 Abs 1 Z 2.

---

<sup>146</sup> vgl II. Kapitel Teil G Z 3