

# **Diplomarbeit**

Zur Erlangung des akademischen Grades  
eines Magisters der Rechtswissenschaften  
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Karl-Franzens-Universität Graz

## **Die unzureichende Sachverhaltsaufklärung und ihre Anfechtbarkeit**

vorgelegt von

**Michael Nitsch**

eingereicht bei

Univ.-Prof. Mag. Dr. iur. Hannes SCHÜTZ

Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

Graz, 2018

## **Ehrenwörtliche Erklärung**

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

---

Datum

Unterschrift

## **Danksagung**

An erster Stelle möchte ich mich bei meinen Eltern bedanken, die mich während des gesamten Studiums stets motiviert und gefördert haben.

Besonderer Dank gilt meinem Betreuer Univ.-Prof. Mag. Dr. iur. Hannes Schütz, welcher mir mit seinen konstruktiven Anregungen zur Seite stand und diese Arbeit erst ermöglicht hat.

Zuletzt möchte ich mich noch bei meiner restlichen Familie und Freunden bedanken, welche mir während meiner Studienzeit immer einen starken Rückhalt geboten haben.

## **Hinweis**

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit das generische Maskulinum verwendet. Alle personenbezogenen Formulierungen sind geschlechtsunabhängig zu verstehen. Alle Paragraphen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf die StPO.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Strafprozessordnung 1975 (StPO), BGBl 631/1975 idF BGBl. I Nr. 117/2017.

# Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung .....	1
2. Die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung .....	3
2.1 Amtswegigkeit.....	3
2.2 Wahrheitserforschung.....	5
2.2.1 Prinzip der materiellen Wahrheit.....	5
2.2.2 Pflicht zur Wahrheitserforschung.....	6
2.2.3 Objektivität .....	7
2.3 Rechtliche und faktische Grenzen der Wahrheitserforschung .....	8
3. Übersicht über die Beweisaufnahme .....	10
3.1 Freie Beweiswürdigung und „in dubio pro reo“ .....	10
3.2 Verbot der Beweisantizipation .....	11
3.3 Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren .....	12
3.3.1 Beweisaufnahme durch Kripo und StA .....	12
3.3.2 Unmittelbare Beweisaufnahme durch das Gericht .....	14
3.4 Beweisaufnahme im Hauptverfahren .....	17
3.4.1 Unmittelbarkeit.....	17
3.4.2 Beweisaufnahme.....	18
4. Der Beweisantrag .....	20
4.1 Rechtslage vor dem Strafprozessreformgesetz.....	21
4.2 § 55 StPO.....	22
4.3 Beweisthema und Beweismittel .....	24
4.4 Begründung der Beweisrelevanz .....	26
4.5 Besonderheiten im Ermittlungsverfahren.....	28
4.6 Ablehnungsgründe.....	29
4.7 Der Antrag auf Erkundungsbeweis .....	30

4.8 Verhältnis zur Aufklärungsmaxime.....	33
5. Anfechtung wegen unzureichender Sachverhaltsaufklärung .....	36
5.1 Kollegialgerichtliche Urteile .....	37
5.1.1 Die Antragsrüge gem § 281 Abs 1 Z 4 .....	38
5.1.2 Die Mängelrüge bzw. Darstellungsrüge gem Z 5.....	41
5.1.3 Der § 281 Abs 1 Z 5a als Aufklärungsrüge .....	44
5.1.4 Mitwirkungspflichten des Beschwerdeführers .....	49
5.2 Einzelgerichtliche Urteile .....	52
5.3 Außerordentliche Rechtsmittel .....	54
5.3.1 Ordentliche Wiederaufnahme .....	54
5.3.2 Außerordentliche Wiederaufnahme.....	55
5.4 Unzureichende Sachverhaltsaufklärung in einem laufenden Verfahren .....	57
6. Resümee .....	59
Literaturverzeichnis .....	62
Judikaturverzeichnis .....	65

## Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Art	Artikel
BF	Beschwerdeführer
BG	Bezirksgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMJ	Bundesministerium für Justiz
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
EMRK	Europäische Konvention der Menschenrechte
ER	Einzelrichter
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EV	Ermittlungsverfahren
EVBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen- Zeitung
FS	Festschrift
gem	gemäß
Hrsg	Herausgeber

Hs	Halbsatz
HV	Hauptverhandlung
idS	in diesem Sinn
JSt	Journal für Strafrecht
JUS extra	Zeitschrift für Gesetzgebung, Judikatur & Literatur
Kripo	Kriminalpolizei
LG	Landesgericht
lit	litera
mAn	meiner Ansicht nach
Rsp	Rechtsprechung
Ris	Rechtsinformationssystem des Bundes
S	Satz
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten, veröffentlicht von seinen Mitgliedern unter Mitwirkung der Generalprokuratur
stRsp	ständige Rechtsprechung
StA	a.) Staatsanwaltschaft b.) Staatsanwalt
StPO	Strafprozessordnung
StRÄG	Strafrechtsänderungsgesetz

StPRefG	Strafprozessreformgesetz
ua	unter andere
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
WK	Wiener Kommentar
Z	Ziffer
ZV	Zwischenverfahren



# 1. Einleitung

Die Wahrheitsfindung im österreichischen Strafverfahren, als inquisitorisch geprägtes Prozesssystem, liegt allein in der Verantwortung des Gerichtes. Im Gegensatz zum Zivilprozess (=Parteienprozess), welcher ein Streitiges Verhandeln von Parteien darstellt, haben die Parteien im österreichischen Strafverfahren weder die Möglichkeit, den Streitgegenstand selbst zu bestimmen, noch durch das Außerstreitstellen gewisser Tatsachen das Gericht in seiner Sachverhaltsaufklärung zu binden. <sup>2</sup>

Im Gegensatz zu einem adversatorischen Prozess (= Parteienprozess) muss das Gericht also im Strafverfahren von Amtswegen alle Beweise aufnehmen die es für relevant hält. Die Strafprozessordnung stellt dem Gericht dazu verschiedenste Instrumentarien zu Verfügung um dieser Rolle als Wahrheitsfinder gerecht zu werden. Dem Beschuldigten bzw dem Angeklagten wurde hingegen lange Zeit kein ausdrücklich normiertes Recht gewährt, auf die Stoffsammlung Einfluss zu nehmen. *„Im adversatorischen System wird den Parteien die Macht gegeben, im inquisitorischen System liegt die Macht hingegen ausschließlich beim Richter.“*<sup>3</sup> Darüber hinaus ist die Tatfrage, wozu die Stoffsammlung des Gerichtes zu zählen ist, im kollegialgerichtlichen Verfahren nur in sehr engem Rahmen anfechtbar. Eine 2. Tatsacheninstanz wie sie im einzelgerichtlichen Verfahren zu finden ist, gibt es hier nicht.

Im Rahmen dieser Diplomarbeit werden diese beiden Aspekte des österreichischen Strafprozesses nun näher betrachtet und der Frage auf den Grund gegangen, welche Möglichkeiten einerseits dem Angeklagten zu Verfügung stehen, falls das Gericht die Aufnahme relevanter Beweise außen vorlässt und seiner Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung nicht gesetzeskonform nachkommt und andererseits dem Beschuldigten, wenn er sich bereits im EV mit einer unzureichenden Sachverhaltsaufklärung konfrontiert sieht.

Um die Mitwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten bzw. Angeklagten an der Wahrheitsforschung aufzuzeigen, wird deshalb im 2. Kapitel dieser Arbeit zuerst die gesetzlichen Grundlagen der Pflicht zu amtswegigen Wahrheitserforschung erläutert, sowie auf deren rechtliche und faktische Grenzen eingegangen. Im nächsten Kapitel wird

---

<sup>2</sup> JAB 406 BlgNR 21. GP XXII 6.

<sup>3</sup> *Murschetz*, Reform der Hauptverhandlung - adversatorische versus inquisitorische Hauptverhandlung, in *Soyer/Ruhri* (Hrsg), Strafverteidigung - Die Hauptverhandlung (2015) 43 (50).

ein kurzer Überblick über die Beweisaufnahme sowohl im EV als auch im HV gegeben, sowie die Prinzipien der freien Beweiswürdigung und das Verbot der Beweisantizipation dargestellt. Besonderes Augenmerk wird hierbei auf die Rolle des Gerichts und der Staatsanwaltschaft in den jeweiligen Verfahrensstadien gerichtet sein.

Das 4. Kapitel widmet sich dem Beweisantrag als Hauptinstrument des Beschuldigten bzw Angeklagten um auf die Stoffsammlung Einfluss zunehmen. Dieser ist, wie diese Arbeit noch zeigen wird, nicht nur das wichtigste Mittel, sondern laut höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch obligatorisch, um ein Urteil wegen unzureichender Sachverhaltsaufklärung anzufechten. Zuerst wird auf die Entwicklung des österreichischen Beweisantragsrechts eingegangen. Danach werden die Anforderungen, welche die geltende Rechtslage in den verschiedenen Verfahrensstadien an einen Beweisantrag stellt aufgezeigt und unter welchen Umständen ein formal korrekt gestellter Beweisantrag abgelehnt werden darf, sowie dessen gesetzliche Normierung. In Folge wird dargestellt, welche Rolle Beweisanträge die eine bloße Aufforderung zu Erkundung darstellen im österreichischen Strafprozess spielen, und am Schluss dieses Kapitel soll dem Leser anhand eines kurzen Exkurses in die deutsche Rechtslehre das Verhältnis zwischen Beweisanträgen und der Pflicht zu amtswegigen Wahrheitserforschung nähergebracht werden.

Im nachfolgenden Kapitel soll, bevor abschließend Resümee gezogen wird, nun der Hauptfrage dieser Arbeit, nämlich welche Möglichkeiten zur Anfechtung einer unzureichenden Sachverhaltsaufklärung bestehen und welche Rolle die Mitwirkung des Beschuldigten, in dem eigentlich inquisitorisch geprägten Strafprozess, dabei spielt, nachgegangen werden. Dazu werden die dazu in Frage kommenden Rechtsmittel, ordentliche und außerordentliche, und ihre Handhabung durch die Judikatur ausführlich analysiert.

## 2. Die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung

### 2.1 Amtswegigkeit

§ 2 lautet:

*„(1) Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft sind im Rahmen ihrer Aufgaben verpflichtet, jeden ihnen zur Kenntnis gelangten Anfangsverdacht einer Straftat, die nicht bloß auf Verlangen einer hierzu berechtigten Person zu verfolgen ist, in einem Ermittlungsverfahren von Amts wegen aufzuklären.*

*(2) Im Hauptverfahren hat das Gericht die der Anklage zu Grunde liegende Tat und die Schuld des Angeklagten von Amts wegen aufzuklären.“*

Damit wird das im österreichischen Strafprozessrecht geltende Prinzip der Amtswegigkeit statuiert. Amtswegigkeit bedeutet, dass staatliche Behörden oder Organe von sich aus ein Verfahren einleiten und fortführen müssen. Das schließt zwar nicht aus, dass ein solches Verfahren über einen Antrag eingeleitet werden kann, aber dass die Pflicht zu staatlichem Vorgehen nicht von so einem Antrag abhängig ist. Das amtswegige Vorgehen kann grundsätzlich auch nicht mehr durch die anregende Person oder Stelle beendet werden.<sup>4</sup>

Regelungsadressaten der Amtswegigkeit sind Kripo, StA und das Gericht. Kripo und StA stehen unter der unbedingten und ermessensfreien Pflicht, jede von ihnen in ihrer amtlichen Eigenschaft zur Kenntnis gelangten Straftat von Amts wegen in einem EV aufzuklären.<sup>5</sup>

Abgewichen wird von diesem Grundsatz nur bei Privatanklagedelikten, gem § 71 wird hierbei das HV aufgrund der Anklage eines Privatanklägers durchgeführt. Ein EV findet in diesen Fällen nicht statt. Im Gegensatz dazu stellen die Ermächtigungsdelikte keine Ausnahme zur Oficialmaxime dar. Es handelt sich hier sehr wohl um Oficialdelikte, nur ist das Klagerecht des Staates abhängig von der Ermächtigung einer von Gesetz berechtigten Person.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz(Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2016) § 2 Rz 6. (Stand 1.4.2016, rdb.at)

<sup>5</sup> ErläutRV 25 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>6</sup>Vgl Nimmervoll, Das Strafverfahren Systematische Darstellung für Ausbildung und Praxis (2014) Kap I Rz 83.

Im HV eines amtswegig durchzuführenden Verfahrens hat das Gericht die in der Anklage genannte Tat und die Schuld des Täters von sich aus aufzuklären. (=Inquisitions- oder Offizialmaxime) Es ist dabei nicht an Anträge der Prozessbeteiligten gebunden. Es besteht keine formelle Beweislast für die Parteien.<sup>7</sup>

Diesem inquisitorisch geprägten System steht der adversatorische Strafprozess, wie etwa in den USA verwirklicht, gegenüber. Dieses als echter Parteienprozess gestaltetes Strafverfahren sieht die Gleichberechtigung von Ankläger und Angeklagtem vor. Sowohl der StA als auch der Beschuldigte bestimmen den Prozessgegenstand, der StA durch die Anklage und der Beklagte, indem er gewisse Anklagepunkte außer Streit stellen kann. Ausschließlich die Parteien nehmen Beweise in der Hauptverhandlung auf.<sup>8</sup> Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Systemen ist also die unterschiedliche Verantwortung in der Wahrheitsfindung.<sup>9</sup>

Im Verhältnis zu der Pflicht zur Erforschung der Materiellen Wahrheit, welche in § 3 geregelt ist, ist anzuführen, dass dieses eng mit der Amtswegigkeit verknüpft sind. Man beachte den Wortlaut „von Amtswegen aufklären“. Aufklären bedeutet Sachverhaltsaufklärung bzw. Wahrheitserforschung. Allerdings ist das Prinzip der Amtswegigkeit weiter zu verstehen als der § 3, da es auch Verfahrensschritte betrifft, welche nicht der Wahrheitserforschung dienen. Beispielsweise die Beantragung der Untersuchungshaft, das Angebot einer diversionellen Erledigung oder die amtswegige Wahrnehmung von Nichtigkeitsgründen<sup>10</sup>

Das Prinzip der Amtswegigkeit schließt allerdings nicht die Möglichkeit der Parteien zur Stellung eines Antrages aus. In der StPO werden diese an verschiedenen Stellen ausdrücklich geregelt. Besonders hervorzuheben für diese Arbeit ist das Recht einen Beweisantrag gem § 55 zu stellen. Häufig löst ein Parteiantrag Konsequenzen aus, die bei bloß amtswegigem Vorgehen nicht notwendig gewesen wären. Ob dies im Falle des Beweisantrages auch der Fall ist, wird im Laufe dieser Arbeit noch näher erläutert.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Kroschl in Schmölzer/Mühlbacher, StPO 1 § 2 Rz 3.

<sup>8</sup> Murschetz in Strafverteidigung - Die Hauptverhandlung 45.

<sup>9</sup> Vacarescu, Das Bedürfnis des Beschuldigten (Angeklagten) nach einem adversatorischen Strafverfahren, in Soyer/Ruhri (Hrsg), Strafverteidigung - Die Hauptverhandlung (2015) 65.

<sup>10</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz(Hrsg), WK § 2 Rz 7 ff.

<sup>11</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz(Hrsg), WK § 2 Rz 12.

## 2.2 Wahrheitserforschung

### 2.2.1 Prinzip der materiellen Wahrheit

In neuzeitlichen Strafrechtsordnungen, so auch in der österreichischen, besteht ein Strafmonopol des Staates. Die zentrale Aufgabe des Strafverfahrens ist es den Strafanspruch des Staates festzustellen und durchzusetzen. Dazu ist es notwendig eine in materieller Hinsicht richtige Entscheidung herbeizuführen. Dieser Notwendigkeit wird durch das „*Prinzip der materiellen Wahrheit*“ im österreichischen Strafprozess Rechnung getragen.<sup>12</sup>

Das Strafverfahren soll laut diesem Prinzip den realen Geschehensverlauf erforschen und nicht wie im Zivilprozess, für welchen die Dispositionsmaxime maßgeblich ist, eine nach rechtlichen Regeln gebildete Wahrheit (=formelle Wahrheit). Dies hat zur Folge das die Parteien des Strafverfahrens, wie oben bereits erwähnt, keine Tatsachen außer Streit stellen können. Da das Gericht von Amtswegen den realen Geschehensablauf zu erforschen hat, gibt es keine gesetzlichen Vermutungen und die Parteien trifft keine Beweislast, es gilt in dubio pro reo (siehe unten Kap 3.1). Es besteht auch grundsätzlich keine Bindung an Entscheidungen anderer Gerichte oder Behörden.<sup>13</sup>

Zum Begriff der strafprozessualen Wahrheit ist ferner anzuführen, dass diese niemals eine absolute Wahrheit sein kann. Vielmehr rekonstruiert sie einen historischen Sachverhalt. Die durch das Erkenntnisverfahren gewonnene Ansicht über den realen Geschehensablauf bleibt stets bis zu einem gewissen Maß subjektiv. Soyer drückt es wie folgt aus: „*Wahrheit im Strafprozess ist vielmehr personale Überzeugung von (hoher) Wahrscheinlichkeit, Wahrheitssuche ist kritische Überzeugungsbildung.*“ Der Erkenntnisprozess hat allerdings gewissen intersubjektiv nachvollziehbaren Regeln und Qualitätsstandards zu folgen.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Hinterhofer/Oshidari, System des österreichischen Strafverfahrens (2017) Rz 1.13.

<sup>13</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 31.

<sup>14</sup> Soyer, Wahrheit im Strafprozess - Die Perspektive des Verteidigers, in Soyer (Hrsg), Strafverteidigung - Ethik und Erfolg (2010) 78 (80).

### 2.2.2 Pflicht zur Wahrheitserforschung

Die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit wird folgendermaßen in § 3 Abs 1 normiert:

*§3 (1) „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht haben die Wahrheit zu erforschen und alle Tatsachen aufzuklären, die für die Beurteilung der Tat und des Beschuldigten von Bedeutung sind“*

Im EV sind primär Kripo und StA der Wahrheitserforschung verpflichtet. Gem § 91 haben die Strafverfolgungsbehörden im EV den Sachverhalt soweit zu klären, dass die StA über Anklage Rücktritt von der Verfolgung oder Einstellung des Verfahrens entscheiden kann. Das Gericht wird hier nur in den Fällen des § 104 wahrheitsforschend tätig.<sup>15</sup>

In der Hauptverhandlung ist hingegen das Gericht Hauptadressat der Pflicht zur Wahrheitserforschung. Gem § 232 Abs 2 ist der Vorsitzende verpflichtet, *„die Ermittlung der Wahrheit zu fördern“*. Dazu kann er gem § 254 ohne Antrag der Beteiligten, *„Zeugen und Sachverständige, von denen nach dem Gange der Verhandlung Aufklärung über erhebliche Tatsachen zu erwarten ist, im Laufe des Verfahrens vorladen und nötigenfalls vorführen zu lassen und zu vernehmen“*<sup>16</sup>

Die Stoffsammlung ist neben der Stoffauswertung und der Tatsachenfeststellung Teil der Tatfrage. Das Gericht verletzt seine Pflicht zur Wahrheitserforschung, wenn es bei der Stoffsammlung Beweismittel zur Gänze unberücksichtigt lässt, oder wenn es diese nicht zur Gänze ausschöpft. Dadurch verringert sich die Basis, für die spätere Stoffauswertung und man spricht von einem Aufklärungsmangel. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die Beweisaufnahme von Amtswegen erfolgen hätte sollen, oder ob sie von einer Partei beantragt wurde.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 2.25.

<sup>16</sup> Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 2.26.

<sup>17</sup> Steininger, Die Kontrolle der Tatfrage im Schöffengerichtlichen Verfahren (1989) 130.

### 2.2.3 Objektivität

*„Alle Richter, Staatsanwälte und kriminalpolizeilichen Organe haben ihr Amt unparteilich und unvoreingenommen auszuüben und jeden Anschein der Befangenheit zu vermeiden. Sie haben die zur Belastung und die zur Verteidigung des Beschuldigten dienenden Umstände mit der gleichen Sorgfalt zu ermitteln.“*

§ 3 Abs 2 normiert damit die Pflicht zur Objektivität. Adressaten sind das Gericht, die StA und die Kripo. Damit die durch das Erkenntnisverfahren gewonnenen Überzeugungen des Gerichts möglichst genau dem realen Geschehensablauf entsprechen, müssen alle an der Wahrheitserforschung Beteiligten unvoreingenommen, also objektiv vorgehen. Objektivität wird allerdings nicht nur bei der Wahrheitsermittlung verlangt, sondern auch in anderen Verfahrensabschnitten, etwa bei der Festlegung der Rechtsfolge und deren Vollstreckung.<sup>18</sup>

Gem § 3 Abs 2 umfasst die Objektivitätspflicht eine unparteiliche und unvoreingenommene Weise der Ausübung der amtlichen Tätigkeiten und die Vermeidung des Anscheins mangelnder Objektivität.<sup>19</sup> Die Vorschriften über die Ausschließung und Befangenheit von Richtern, Staatsanwälten und Organen der Kripo gem §§ 43-47 bilden dabei eine wichtige Absicherung dieses Prozessgrundsatzes.<sup>20</sup>

Aus der Pflicht zur materiellen Wahrheitserforschung und der Pflicht zur Objektivität ergibt sich das sog Instruktionsprinzip. Dies bedeutet für den Richter in der Hauptverhandlung, dass er nicht nur, wie es in einer adversatorisch geprägten Straffprozessordnung üblich ist, reiner Verhandlungsleiter ist. Er gestaltet den Prozess aktiv mit, in dem er die selbst die Beweise aufnimmt. Er „instruiert“ den Prozess also. Aber auch Kripo und StA sind vom Instruktionsprinzip erfasst. Die StA darf im Hinblick auf das Objektivitätsgebot, nicht nur darauf erpicht sein die Schuld des Beschuldigten zu beweisen, sie muss einen Tatverdacht in jede Richtung prüfen und auch alle etwaigen Entlastungsbeweise aufnehmen.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 4ff.

<sup>19</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 17.

<sup>20</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 21.

<sup>21</sup> Birklbauer, Strafprozessrecht Eine Einführung für das Grundstudium<sup>3</sup>(2016), Rz 1/20 ff.

## 2.3 Rechtliche und faktische Grenzen der Wahrheitserforschung

Die Erforschung des historischen Sachverhalts erfolgt allerdings nicht um jeden Preis. Eine Einschränkung erfährt die Pflicht zur Wahrheitserforschung etwa in den Beweisverboten. Wenn eine Beweisführung in Rechte von Personen eingreift, erfolgt eine Interessensabwägung. Überwiegen die zu verletzenden Rechte der betroffenen Person, ist die Beweisführung unzulässig. Einige Beweisverbote sind in der StPO ausdrücklich geregelt. Darüber hinaus können sich solche Verbote noch aus der Verfassung oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben.<sup>22</sup>

Beweisverbote umfassen Beweisthemenverbote, Beweismittelverbote und Beweismethodenverbote bzw. Beweisverwertungsverbote. Beweisthemenverbote verbieten jede Beweisaufnahme über eine bestimmte Tatsache. So darf gem §144 die geistliche Amtsverschwiegenheit bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Ermittlungsmaßnahmen umgangen werden. Beweismittelverboten untersagen zwar bestimmte Beweiserhebungen, etwa die Vernehmung von aussagebefreiten Angehörigen (siehe § 156 Abs 1 Z1), allerdings darf das Beweisthema mittels anderer Beweismittel geklärt werden. Beweisverwertungsverbote hingegen untersagen bestimmte Beweismittel bei der Beweiswürdigung zu verwerten. Selbst wenn das Beweismittel in der Hauptverhandlung vorgekommen ist, hat das Gericht es bei der Urteilsfindung unberücksichtigt zu lassen.<sup>23</sup>

Grundsätzlich sollen ökonomische Überlegungen der Wahrheitserforschung zwar nicht im Wege stehen. Fallen für eine Beweisaufnahme jedoch unverhältnismäßig hohe Kosten an, ist eine Abwägung mit dem Beweisführungsinteresse vorzunehmen. Auch das Strafrecht kann keinen unverhältnismäßigen Einsatz von öffentlichen Mitteln fordern. So ist ein EV einzustellen, wenn ohne einem außer Verhältnis stehenden Kostenaufwand keine hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung gegeben werden kann. Muss eine konkrete Beweisaufnahme aufgrund von zu hohen Kosten unterbleiben, gilt der „in dubio pro reo“ Grundsatz. Für die Abwägung zwischen den Kosten und des Beweisführungsinteresses muss zum einen auf die Schwere der Straftat und die Bedeutung des potentiellen Beweisergebnisses und zum anderen auf das öffentliche Interesse an der Aufklärung sowie uU auf die Interessen des Opfers Bedacht genommen werden.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> *Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 3 Rz58.

<sup>23</sup> *Nimmervoll*, Strafverfahren Kap V Rz 189 ff.

<sup>24</sup> *Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 3 Rz 42.



Eine weitere Durchbrechung erfährt die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung durch ein dem öffentlichen Ankläger von Gesetzes wegen gestattetes Verfolgungsermessen. Die StA kann etwa gem § 191 von der Verfolgung des Beschuldigten absehen, wenn von der Straftat nur ein geringer „sozialer Störwert“ ausgeht. Gleichfalls ist hier § 192 zu nennen, wonach die StA die Möglichkeit hat, unter den Voraussetzungen des Abs 1 Z 1 bis 2, von der Verfolgung einer Straftat zurückzutreten, wenn dem Beschuldigten mehrere Straftaten zu Last gelegt werden.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 2.33.

### 3. Übersicht über die Beweisaufnahme

Jede Tatsache die im Strafprozess rechtlich beurteilt wird, muss mit Hilfe von Beweismittel festgestellt und untermauert werden. Normen die den Vorgang der Beweisgewinnung und der Beweisverwendung regeln, werden unter dem Begriff Beweisrecht zusammengefasst.<sup>26</sup>

Eine taxative Aufzählung von Beweismitteln ist in der StPO nicht vorgesehen.<sup>27</sup> Hauptsächlich sind das Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen, aber grundsätzlich kommt all das in Betracht, was geeignet, eine Tatsache zu beweisen.<sup>28</sup>

#### 3.1 Freie Beweiswürdigung und „in dubio pro reo“

Gem § 14 hat das Gericht auf Grund der Beweise nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob Tatsachen als erwiesen festzustellen sind. Im Zweifelsfall ist immer zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden. In § 14 werden demnach zwei dem strafrechtlichen Erkenntnisverfahren zu Grunde liegende Prinzipien normiert. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung und der Zweifelsgrundsatz („in dubio pro reo“).

Obwohl diese beiden Prinzipien in §14 normiert sind, sind sie doch voneinander zu trennen. Ein Blick auf das Zivilprozessrecht, wo zwar auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt, aber kein grundsätzlicher Zweifelsgrundsatz, sondern strikte Beweislastregeln normiert sind, zeigt, dass sie nicht notwendigerweise zusammenhängen. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ kann vielmehr nur dort zu Geltung kommen, wo der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt. Feste Beweisregeln, welche festlegen zu welchem Beweisergebnis gewisse Situationen führen, würden verhindern, dass am Ende des Verfahrens relevante Zweifel bestehen.<sup>29</sup>

Dem Wortlaut des § 14 nach, ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung dann anzuwenden, wenn „*Tatsachen als erwiesen festzustellen*“ sind. Der Schuldspruch in einem verfahrensbeendenden Urteil, ist der wichtigste Anwendungsbereich des § 14. Für

---

<sup>26</sup> Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 1.131.

<sup>27</sup> RS0097206.

<sup>28</sup> Nimmervoll, Strafverfahren Kap II Rz 187.

<sup>29</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 14 Rz 2.

diesen müssen all jene Tatsachen als erwiesen festgestellt werden, die für den Schuldausspruch maßgeblich sind. § 281 Abs 1 Z 5 und 5a sprechen hier von „entscheidenden Tatsachen“. <sup>30</sup>

Aufgrund des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung entscheidet der Richter über die materielle Wahrheit nach freier Überzeugung. Speziell für die HV ist dieser Grundsatz auch in § 258 Abs 2 festgeschrieben. Die Freie Beweiswürdigung legitimiert den Richter allerdings nicht dazu willkürlich zu entscheiden. Die Argumentation weshalb gewisse Tatsachen durch das Gericht als erwiesen angenommen wurden, muss intersubjektive Überzeugungskraft besitzen. Das bedeutet die Schlussfolgerungen auf festgestellte Tatsachen müssen allgemein nachvollziehbar sein. <sup>31</sup>

Gem des Zweifelgrundsatzes dürfen an für den Angeklagten nachteiligen Feststellungen keine vernünftigen Zweifel bestehen. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine Negation der Beweislast oder eine Pflicht, bei mehreren denkbaren Möglichkeiten immer die für den Angeklagten günstigste feststellen zu müssen. <sup>32</sup> Der Zweifelgrundsatz ist eben kein Teil der Beweiswürdigung, im Sinn einer Beweislastregel. Er ist dieser vielmehr nachgestellt. Erst wenn die Beweiswürdigung abgeschlossen ist, und das Gericht zum Ergebnis kommt, dass es keine Überzeugung gebildet hat, greift „*in dubio pro reo*“ <sup>33</sup>

### **3.2 Verbot der Beweisantizipation**

Grundsätzlich müssen alle erreichbaren Beweismittel, die Rückschlüsse auf den Sachverhalt erwarten lassen, aufgenommen werden. Der Richter darf die Aufnahme von Beweisen nicht beenden, nur weil er sich schon aus den bisher aufgenommen Beweisen eine Überzeugung gebildet hat. Dies würde gegen die Pflicht zur Wahrheitsforschung gem § 3 verstoßen. Es gilt das Verbot der vorgreifenden Beweiswürdigung (auch „*Beweisantizipationsverbot*“). Der Richter darf aus seinen bisherigen Überzeugungen heraus, nicht auf den Wert eines aufzunehmenden Beweises schließen. So hat er, auch wenn er bereits von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist, entlastende Beweise

---

<sup>30</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 14 Rz 26 ff.

<sup>31</sup> Birkelbauer, Strafprozessrecht Rz 1/53 ff.

<sup>32</sup> Fabrizy, StPO und wichtige Nebengesetze<sup>13</sup> (2017) § 14 Rz 2,

<sup>33</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 14 Rz 42.

aufzunehmen, wenn zu erwarten ist, dass sie für die Wahrheitsforschung relevant sind.<sup>34</sup> So darf beispielweise laut OGH eine Zeugenaussage, welche uU einen Alibibeweis liefern würde, nicht mit der alleinigen Begründung abgelehnt werden, die Zeuginnen „*könnten zur Klärung der Sach- und Rechtslage nicht beitragen*“<sup>35</sup>

Beweise, die für die rechtliche Beurteilung keine Relevanz haben, sind schon aus ökonomischen Gründen nicht aufzunehmen. Deswegen ist trotz des grundsätzlichen Antizipationsverbotes eine gewisse Vorabwürdigung der aufzunehmenden Beweise geboten. Die Einschätzung ob ein konkreter Beweis relevant ist, muss immer in Hinblick auf die bereits festgestellten Tatsachen erfolgen. Schmoller skizziert hier beispielweise einen Fall mit mehreren tausend Augenzeugen. Hier ist nicht jeder einzelne Zeuge zu vernehmen, wenn es nicht konkrete Anhaltspunkte gibt, dass sich die Aussagen voneinander unterscheiden werden.<sup>36</sup>

In Hinblick auf die oben genannten Prinzipien teilt Schmoller die Tatsachenfeststellung in drei Schritte ein. Als erster Schritt wird vor der Beweiswürdigung, unter dem Verbot der vorwegnehmenden Beweiswürdigung festgelegt, welche Beweise aufzunehmen sind, also Relevanz besitzen. Als zweiter. Schritt werden die aufgenommen Beweise einer freien Beweiswürdigung unterzogen. Und als dritter Schritt greift bei einer misslungenen Überzeugungsbildung der Zweifelsgrundsatz ein.<sup>37</sup>

### **3.3 Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren**

#### **3.3.1 Beweisaufnahme durch Kripo und StA**

Gem. § 91 Abs 1 dient das EV dem Zweck, Sachverhalt und Tatverdacht durch Ermittlungen soweit aufzuklären, dass die StA über Anklage, Rücktritt von der Verfolgung oder Einstellung des Verfahrens entscheiden kann und dass im Falle einer Anklage, die Hauptverhandlung zügig durchgeführt werden kann. Eine Ermittlung iSd § 91 Abs 2 ist: „*jede Tätigkeit der Kriminalpolizei, der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts, die der*

---

<sup>34</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 37; vgl RIS-Justiz RS0096368.

<sup>35</sup> OGH 11.03.2008, 14Os16/08x; Ris-Justiz RS0099092; Ris Justiz RS0098454.

<sup>36</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 39.

<sup>37</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 14 Rz 42.

*Gewinnung, Sicherstellung, Auswertung oder Verarbeitung einer Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat steht.“*

Dem Gesetz nach sind Ermittlungen entweder als Erkundigung gem. § 151 Z 1, oder als Beweisaufnahme gem. §§ 109 ff. durchzuführen. Laut Legaldefinition sind Erkundigungen „*das Verlangen von Auskunft und das Entgegennehmen einer Mitteilung einer Person*“. Entscheidendes Abgrenzungskriterium zur Beweisaufnahme ist die Verwertbarkeit in der Hauptverhandlung. Während die Beweisaufnahme die Verwertung als Beweis in der HV ermöglicht, da im Rahmen der Beweismittelsicherung bzw. in der Auswertung eines Beweismittels die Kontroll- und Mitwirkungsrechte des Beschuldigten gewahrt werden, ist dies bei Erkundigungen nicht der Fall.<sup>38</sup>

Die den Strafverfolgungsbehörden zu Verfügung gestellten Maßnahmen Erkundigungen anzustellen und Beweise aufzunehmen sind im 8 Hauptstück der StPO (§§109-166) geregelt. Der in § 5 Abs 1 verankerte Gesetzmäßigkeitsgrundsatz gestattet den Strafverfolgungsbehörden einen Eingriff in die Rechte anderer nur, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist, die in §§ 109 bis 166 geregelten Ermittlungsmaßnahmen sind also als taxativ anzusehen.<sup>39</sup> Die Normierung der einzelnen Erkundigungen und Beweisaufnahmen erfolgt dabei nach einem einheitlichen System. Zuerst wird die Maßnahme definiert, anschließend die Zulässigkeitsvoraussetzungen beschrieben und die Entscheidungskompetenz über die Durchführung der Maßnahme festgelegt. Zuletzt folgen die Durchführungsbestimmungen. Zum Teil werden auch noch Vorschriften zur Verwendbarkeit der erlangten Ergebnisse und Vernichtungsanordnungen normiert.<sup>40</sup>

Das EV ist durch die Zusammenarbeit der StA und Kripo gekennzeichnet. Wird durch Ermittlungsmaßnahmen in die Grundrechte des Betroffenen eingegriffen, sieht das Gesetz oftmals auch eine Mitwirkung des Gerichtes vor. In besonderen Fällen kann es auch zu einer originären Beweisaufnahme durch dieses kommen.<sup>41</sup>(siehe unten Kap 3.3.2)

Grundsätzlich leitet die StA das EV. Gem. § 101 Abs 1 entscheidet sie über dessen Fortgang und Beendigung und gegen ihren Willen darf ein solches weder eingeleitet noch fortgesetzt werden. Das EV ist von der StA im Einvernehmen mit der Kripo zu führen.

---

<sup>38</sup> ErläutRV 25 BlgNR XXII. GP 27.

<sup>39</sup> *Hinterhofer/Oshidari*, Strafverfahren Rz 7.118.

<sup>40</sup> *Hinterhofer/Oshidari*, Strafverfahren Rz 7.119.

<sup>41</sup> *Nimmervoll*, Strafverfahren Kap I Rz 38.

(„Kooperationsprinzip“) Die StA kann allerdings gem § 98, falls erforderlich, Anordnungen an die Kripo erteilen.<sup>42</sup>

Diese ermittelt gem. § 99 Abs von Amts wegen oder auf Grund einer Anzeige. Falls für eine Ermittlungsmaßnahme die Anordnung der StA notwendig ist, kann die Kripo diese Befugnis bei Gefahr im Verzug auch selbst ausüben. Sie hat allerdings die StA unverzüglich um Genehmigung anzusuchen. Wird diese nicht erteilt, muss die Kripo die Ermittlungshandlung sogleich beenden und den ursprünglichen Zustand soweit wie möglich wiederherstellen. Wird für eine Ermittlungsmaßnahme eine gerichtliche Bewilligung verlangt, muss das Gesetz ein oben beschriebenes Vorgehen bei Gefahr im Verzug ausdrücklich vorsehen (siehe § 99 Abs 2 und Abs 3).

Nachdem durch das StPRefG<sup>43</sup> das Untersuchungsrichtermodell aufgehoben wurde, ist das Gericht in das EV nur mehr ausnahmsweise und hauptsächlich als Rechtsschutzgericht involviert.<sup>44</sup> Die Zuständigkeiten des Gerichtes sind in den §§ 104ff geregelt.

### 3.3.2 Unmittelbare Beweisaufnahme durch das Gericht

Beweise werden durch das Gericht in diesem Verfahrensstadium also nur mehr ausnahmsweise aufgenommen. Dies ist für jene Fälle vorgesehen, in denen die Beweisaufnahme im EV die unmittelbare Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung ersetzen soll. § 104 Abs 1 erwähnt die kontradiktorische Einvernahme von Zeugen und Beschuldigten gem § 165 und die Durchführung der Tatrekonstruktionen nach § 150. Diese erfolgen auf Antrag der StA. Weiterst kann die StA in den so genannten „*clamorosen Fällen*“ gem. § 101. Abs 2 eine gerichtliche Beweisaufnahme beantragen. Dies sind Fälle, die entweder aufgrund der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat oder der Person des Tatverdächtigen ein besonderes öffentliches Interesse hervorrufen. In solchen, insb politisch heiklen Fällen, will der Gesetzgeber die Beweisaufnahme nicht durch die weisungsgebundene StA vornehmen lassen, um das Vertrauen der Allgemeinheit in die Justiz zu wahren. Als letzten Fall der gerichtlichen Beweisaufnahme nennt § 104 Abs 1 die Möglichkeit des

---

<sup>42</sup> *Nimmervoll*, Strafverfahren Kap I. Rz 39.

<sup>43</sup> Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975 neu gestaltet wird (Strafprozessreformgesetz) BGBl. I 2004/19.

<sup>44</sup> *Bicklbauer*, Strafprozessrecht Eine Einführung für das Grundstudium<sup>3</sup> (2016) Rz 9/1.

Beschuldigten gem § 126 Abs 5 eine gerichtliche Beweisaufnahme zu beantragen, wenn er einen Befangenheitsgrund oder begründete Zweifel an der Sachkunde eines Sachverständigen vorbringen kann.<sup>45</sup>

### 3.3.2.1 Kontradiktorische Vernehmung

Die kontradiktorische Vernehmung wird in § 165 geregelt. Dabei handelt es sich um eine gerichtliche Vernehmung, in der dem Ankläger, dem Beschuldigten und dem Verteidiger Gelegenheit gegeben wird, sich an der Befragung des Mitbeschuldigten oder Zeugen zu beteiligen. Da diese Art der Vernehmung in einem besonderen Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsforschung, Opferschutz und Verteidigungsrechten im Beweisverfahren steht, wird sie in dieser Arbeit auch näher behandelt.<sup>46</sup>

Eine kontradiktorische Vernehmung ist laut § 165 Abs 1 dann zulässig, wenn „*die Vernehmung in einer Hauptverhandlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich sein werde.*“ Sie ist gem Abs 2 auf Antrag der StA vom Gericht durchzuführen. Es handelt sich um eine der wenigen originären Beweisaufnahmen durch das Gericht im EV und steht im Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Unmittelbarkeit, nachdem alle Beweise in der Hauptverhandlung aufzunehmen sind.

Kontradiktion bedeutet so viel wie „*Gegensatz, Inkonsequenz, Unterschied*“. Dies bedeutet also, dass sich bei einer kontradiktorischen Vernehmung zwei Personen, im Strafprozess grundsätzlich die StA und der Beschuldigte, in Verfahren gegenüberstehen.<sup>47</sup> Gem § 165 Abs 2 hat die StA, der Beschuldigte, das Opfer der Privatbeteiligte und deren Vertreter das Recht sich an der Vernehmung zu beteiligen und Fragen zu stellen.

Eine solche Vernehmung nach § 165 dient mehreren Zwecken. Zum einen soll es dem Opfer erspart bleiben, in einer Hauptverhandlung erneut aussagen zu müssen. Besonders schutzwürdige mutmaßliche Opfer, solche die unter 14 Jahre alt sind oder die in ihrer sexuellen Integrität verletzt wurden (siehe § 66a) erwerben durch eine kontradiktorische Vernehmung ein Aussagebefreiungsrecht in der HV gem §156 Abs 1 Z 2. Andererseits werden durch die Möglichkeit des Beschuldigten sein Fragerecht auszuüben, seine

---

<sup>45</sup> Seiler, Strafprozessrecht Rz 642 ff.

<sup>46</sup> Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 165 Rz 2.

<sup>47</sup> Nimmervoll, Strafverfahren Kap III Rz 523 ff.

Verteidigungsrechte gewahrt.<sup>48</sup> Anlass für eine kontradiktorische Vernehmung können, wie vorhin erwähnt, tatsächliche und rechtliche Gründe sein. Tatsächliche Gründe für die Besorgnis, dass eine Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht möglich sein werde, ist etwa eine Krankheit des Zeugen oder dessen Aufenthalt im Ausland. Aus rechtlichen Gründen kann eine Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht möglich sein, wenn zu erwarten ist, dass der Zeuge ein Aussageverweigerungs- oder -befreiungsrecht in Anspruch nehmen wird.<sup>49</sup>

Wurde eine kontradiktorische Vernehmung durchgeführt, kann der Zeuge seine Aussage in der Hauptverhandlung gem § 156 Abs 1 Z 2 verweigern. In diesem Fall kann das über die Vernehmung erstellte Protokoll gem § 252 Abs 1 Z 2a in der Hauptverhandlung verlesen werden.<sup>50</sup>

### 3.3.2.2 Tatrekonstruktion

Gem § 104 hat das Gericht die Tatrekonstruktion iSd § 150 durchzuführen. Nach der Legaldefinition in §149 Abs 1 Z 2 handelt es sich dabei um „*die Vernehmung einer Person im Zuge eines Nachstellens des wahrscheinlichen Verlaufs der Tat am Tatort oder an einem anderen mit der Straftat im Zusammenhang stehenden Ort sowie die Ton- oder Bildaufnahme über diese Vorgänge*“

Bei einer Tatrekonstruktion soll überprüft werden, ob ein behauptetes Verhalten mit realen Gegebenheiten vereinbar ist. Gem § 150 sind StA, der Beschuldigte, das Opfer, Privatbeteiligte und deren Vertreter berechtigt, sich daran zu beteiligen. Aufgrund dieses kontradiktorischen Charakters ist die Tatrekonstruktion vom Gericht durchzuführen.<sup>51</sup>

Die Tatrekonstruktion ist eine beweissichernde Ermittlungsmaßnahme. Gleich wie die kontradiktorische Vernehmung nimmt sie die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vorweg. Auch hier soll die Durchführung durch das Gericht die Rechte der Parteien, insb. des Beschuldigten, wahren.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 165 Rz 3ff.

<sup>49</sup> Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 165 Rz 9.

<sup>50</sup> Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 165 Rz 30.

<sup>51</sup> Pilnacek/König in Fuchs/Ratz, WK StPO § 104 Rz 19.

<sup>52</sup> EBRV 25 BlgNR 22. GP 196.



## 3.4 Beweisaufnahme im Hauptverfahren

### 3.4.1 Unmittelbarkeit

Laut § 13 Abs 1, der den Unmittelbarkeitsgrundsatz statuiert, bildet die Hauptverhandlung den Schwerpunkt des Strafverfahrens. Darin sind alle Beweise aufzunehmen, aufgrund deren das Urteil zu fällen ist. Gem. § 258, welcher diesen Grundsatz ergänzt, hat das Gericht bei der Urteilsfällung „*nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in der Hauptverhandlung vorgekommen ist*“ Um in der Hauptverhandlung vorgekommen zu sein, muss das Beweismittel gem. § 246 in der Verhandlung „*vorgeführt*“ werden. Die Ordnung in welcher die Beweismittel vorgeführt werden bestimmt dabei der Vorsitzende.<sup>53</sup>

Der Verfahrensgrundsatz der Unmittelbarkeit setzt sich aus der formellen und der materiellen Unmittelbarkeit zusammen. Die formelle Komponente, welche sich aus Abs 1 ableiten lässt, fordert vom Gericht jene Beweismittel selbst auf- und wahrzunehmen, auf die es sich im Urteil beruft. Die in Abs 3 geregelte materielle Komponente verlangt, dass unmittelbare Beweise den mittelbaren vorzuziehen sind. Dies bedeutet zwar nicht, dass Indizienbeweise grundsätzlich verboten sind, lässt ein Gericht allerdings einen erreichbaren Originalbeweis zu Gunsten eines mittelbaren Beweises außer Acht, ist darin eine Verletzung der Unmittelbarkeit zu sehen.<sup>54</sup>

Das Erfordernis der Unmittelbarkeit gilt jedoch nicht absolut. Während der unmittelbaren Aufnahme von Beweisen faktische Gründe, wie etwa das Versterben eines Zeugen, entgegenstehen können, zieht die Rechtsordnung der Unmittelbarkeit allerdings auch selbst gewisse Schranken. Beispielweise wären hier die verschiedenen Aussageverweigerungsrechte der Zeugen zu nennen oder wenn aufgrund der Amtsverschwiegenheit die Identität eines verdeckten Ermittlers geheim gehalten wird.<sup>55</sup>

Dem EV kommt an und für sich nur eine vorbereitende Funktion zu. Die Beweisaufnahme im EV ist funktionell auf den Zweck zu beschränken, der StA die schnelle Entscheidung, ob eine Anklage erhoben werden soll, zu ermöglichen.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Nimmervoll, Strafverfahren Kap I Rz 139.

<sup>54</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 13 RZ 5.

<sup>55</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 13 RZ 14.

<sup>56</sup> Fabrizy, StPO § 13 Rz 1.

Allerdings erlangt das Gericht schon vor der HV Kenntnis des Ermittlungsaktes und leitet auf Grund dessen Ergebnis die weiteren Verfahrensschritte ein. Dass die Praxis diesem Verfahrensstadium einen weit höheren Stellenwert anerkennt beschreibt ua Seiler: *„De facto ist es jedoch so, dass der Grundstein für den späteren Verfahrensausgang im Ermittlungsverfahren gelegt wird und diesem Verfahrensstadium daher für den Beschuldigten weit mehr Bedeutung zukommt, als das Gesetz glauben machen möchte. (...) Eine umfassende Rechtsstellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren ist unverzichtbar für die Wahrnehmung der Verteidigungsinteressen.“*<sup>57</sup>

### 3.4.2 Beweisaufnahme

Nach dem Abschluss der Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung folgt das in den §§ 246 bis 256 geregelte Beweisverfahren. Ein eigener Beschluss zur Eröffnung dieses Verfahrensabschnittes ist nicht notwendig. Der Vorsitzende bestimmt die Reihenfolge der aufzunehmenden Beweise. In der Regel werden die des Anklägers zuerst aufgenommen.<sup>58</sup>

Die Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung hat durch den Vorsitzenden unter den Gesichtspunkten des Untersuchungsgrundsatzes und des Prinzips der materiellen Wahrheit zu erfolgen. Gegenstand der Beweisaufnahme sind schulderhebliche Tatsachen, Tatsachen die über die Entscheidung der Verhängung einer Sanktion maßgeblich sind und unter Umständen auch Tatsachen die die Grundlage für etwaige angemeldete privatrechtliche Ansprüche sind, falls dies die Entscheidung in Schuld- und Straffrage nicht erheblich verzögern würde (siehe § 366 Abs 2 Satz 2).<sup>59</sup>

§ 254 stattet den Vorsitzenden dazu mit einer *„diskretionären Gewalt“* aus. Dies ermächtigt ihn Beweise selbst aufzunehmen, ohne dabei an Parteianträge gebunden zu sein. Während sich Abs 1 ausdrücklich auf die Ladung und Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen bezieht, gestattet Abs 2 dem Vorsitzenden die Aufnahme jeglicher Beweise.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Seiler, Strafprozessrecht<sup>16</sup> (2017) Rz 65.

<sup>58</sup> Nimmervoll, Strafverfahren Kap V Rz 185.

<sup>59</sup> Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 246 Rz 2 ff.

<sup>60</sup> Kirchbacher in Fuchs/Ratz, WK StPO § 254 Rz 6 ff.

Gem § 258 und dem dieser Norm zu Grunde liegenden Unmittelbarkeitsgrundsatz darf das Gericht bei Urteilsfällung nur auf das Rücksicht nehmen, was in der Hauptverhandlung vorgekommen ist. Aber auch aus dem Prinzip der materiellen Wahrheit, lässt sich die Pflicht zur unmittelbaren Beweisaufnahme ableiten, da ein unmittelbarer Beweis, soweit einer vorhanden ist, regelmäßig besser dazu geeignet ist, den realen Geschehensablauf darzustellen als ein mittelbarer.<sup>61</sup>

Die Vernehmung des Angeklagten, der Zeugen und Sachverständigen werden in den §§ 245 und 247 bis 251 geregelt. Diese sollen tunlichst in der Hauptverhandlung erfolgen. § 252 Z1 bis 4 gestattet in bestimmten Fällen allerdings auch die Aufnahme mittelbarer Beweismittel in Form einer Verlesung von den Protokollen über Vernehmungen und Beweisaufnahmen. Und zwar dann ,wenn die zu vernehmende Person am persönlichen Erscheinen gehindert ist, entweder durch Tod, durch Krankheit, ihr Aufenthalt im Ausland liegt oder unbekannt ist, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung wesentlich von früher abgelegten Aussagen abweicht, wenn Zeugen berechtigt die Aussage verweigern und die StA und der Angeklagte Gelegenheit hatten sich an einer kontradiktorischen Vernehmung zu beteiligen, wenn der Zeuge unberechtigt verweigert oder wenn sich StA und Angeklagter dazu einverstanden erklären. Gem § 245 dürfen auch Protokolle über früherer Beschuldigtenaussagen verlesen werden, falls er in der Hauptverhandlung nicht aussagen will, oder von früher getätigten Aussagen maßgeblich abweicht.<sup>62</sup>

Eine Verletzung des § 252 Abs 1 ist gem 281 Abs 3 ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht. § 252 Abs 1 statuiert darüber hinaus auch ein Umgehungsverbot. Ist die Verlesung nach Abs 1 unzulässig, darf dieses Beweismittel nicht auf anderen Weg in die Hauptverhandlung einfließen.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> *Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 3 Rz 38

<sup>62</sup> *Seiler*, Strafprozessrecht Rz 782 ff.

<sup>63</sup> *Hinterhofer/Oshidari*, Strafverfahren Rz 8.123.

## 4. Der Beweisantrag

Das Recht einen Beweisantrag zu stellen, implementiert eines der zentralen Elemente des Parteienprozesses in den sonst inquisitorisch geprägten Strafprozess. Es ermöglicht die Antragsberechtigten, auf die Sammlung des Prozessstoffes in ihrem Sinn Einfluss zu nehmen.<sup>64</sup>

Beweisanträge stellen darüber hinaus das wichtigste und effektivste Mittel dar, um eine unzureichende Beweisaufnahme, also eine Verletzung des Instruktionsgrundsatzes, im Rechtsmittelverfahren zu bekämpfen. Nur durch einen in der HV formal korrekt gestellten Antrag eröffnet sich der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 4. Mit diesem können grundsätzlich nicht aufgenommene Beweise gerügt werden. Ein reiner Verstoß gegen das Amtswegigkeitsprinzip, ohne vorhergehende Antragstellung in der HV, ist im kollegialgerichtlichen Verfahren nur sehr eingeschränkt bekämpfbar<sup>65</sup>. (siehe dazu Kap 5)

Nach Art 6 Abs 3 lit d EMRK wird dem Angeklagten in bestimmten Fällen ein Beweisantragsrecht zugesprochen. Er hat danach das Recht, die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen zu veranlassen, sowie Fragen an Belastungszeugen zu stellen. Durch den Art 6 Abs 3 lit d EMRK erhält das in § 55 einfach gesetzlich verankerte Beweisantragsrecht in Bezug auf die Ladung von Entlastungszeugen eine verfassungsrechtliche Dimension. Dass dieses Recht nicht absolut ist, hat der GH in *Bricmont gegen Belgien*<sup>66</sup> festgestellt. Der Richter kann demnach von der beantragten Vorladung von Zeugen absehen, wenn er dies in seinem Ermessen für gerechtfertigt hält. Eine Ablehnung stellt also nur eine Verletzung dieses Rechtes dar, wenn der Beschwerdeführer darlegen kann, dass eine Erheblichkeit der beantragten Zeugenaussage ersichtlich war oder bei ordnungsgemäßer Prüfung ersichtlich sein musste.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> *Hinterhofer*, Der Beweisantrag im neuen Strafverfahren, in BMJ (Hrsg), 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2008) 23 (24).

<sup>65</sup> vgl RIS-Justiz RS0115823.

<sup>66</sup> EGMR 07.06.1989, 10857/84, *Bricmont/Belgien*.

<sup>67</sup> *Peukert*, Die Bedeutung des Art 6 EMRK ("fair trial") für das Beweisrecht, in FS Machacek-Matscher (2008) 645. (649).

## 4.1 Rechtslage vor dem Strafprozessreformgesetz

Vor dem StPRefG sah die StPO kein eigens ausdrücklich geregeltes Beweisantragsrecht vor. Allerdings wurde in verschiedenen Normen auf Beweisanträge Bezug genommen. So etwa § 97 StPO aF, welcher den Parteien das Recht zur Stellung von Beweisanträgen im Vorverfahren gewährte. §238 StPO aF. normierte ein allg. Antragsrecht in der HV, also auch für Beweisanträge.<sup>68</sup>

Das Beweisantragsrecht war in der alten Fassung der Strafprozessordnung relativ schwach ausgestaltet. Es gab zwar keine besondere Form oder Begründungserfordernisse, allerdings waren die Ablehnungsgründe nicht explizit und taxativ geregelt wie es im geltenden Recht der Fall ist. Wenn das Gericht die Beweisführung für nicht erforderlich hielt, konnte es den Antrag grundsätzlich ablehnen. Allerdings wurde das Beweisrecht durch die dazu ergangene Judikatur immer mehr in die Richtung der heutigen Regelung des § 55 gelenkt, welcher im Endeffekt die vorangegangene Judikatur festschreibt.<sup>69</sup> Wollte man die Ablehnung eines Beweisantrag erfolgreich mit der Nichtigkeitsbeschwerde des § 281 Abs 1 Z 4 bekämpfen, musste er die von der Judikatur herausgebildeten Anforderungen erfüllen. Zusammenfassend lassen sich 4 Punkte benennen, auf die im folgenden Kapitel genauer eingegangen wird:

1. Beweismittel
2. Beweisthema
3. Tauglichkeit des Beweismittels
4. Relevanz des Beweisthemas

Der Beweisantrag musste das Beweisthema, also jene Tatsache, die der Antragssteller als erwiesen sehen will und ein Beweismittel, die Erkenntnisquelle die dazu beitragen soll, nennen. Diese Anforderungen ließen sich noch aus dem alten Gesetzestext ableiten. So

---

<sup>68</sup> *Hinterhofer*, Beweisantragsrecht nach alter und neuer StPO, in BMJ (Hrsg), Vorarlberger Tage 2007 (2008) 5 (8).

<sup>69</sup> *Schmoller* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 3.

musste der Antragssteller gem §§ 222 Abs1 aF angeben, zu welchen „*Tatsachen und Punkten*“ der Zeuge befragt werden soll<sup>70</sup>

Die Tauglichkeit des Beweismittels und die Relevanz des Beweismittels, welche Schmoller unter dem Begriff „*Beweisrelevanz*“ zusammenfasst<sup>71</sup>, wurden hingegen vom OGH entwickelt. Man spricht hierbei auch von der Begründetheit eines Beweisantrages.<sup>72</sup>

Als Grundlage für diese an Beweisanträge gestellten Forderungen konnten die Regelungen zur Verhinderung von Verfahrensverzögerungen herangezogen werden. Ein Verteidiger könnte, wenn es keine inhaltlichen Anforderungen an einen Beweisantrag gibt, mit der Antragstellung gegen Ende der HV deren Vertagung herbeiführen. In der nächsten Verhandlung ließe sich dies wieder wiederholen und im Endeffekt würde sich ein Prozess durch andauernde Vertagungen boykottieren lassen. Dem zu Folge ist die Begründungslast des Beschuldigten größer, je weiter der Prozess fortgeschritten ist. Während im alten Vorverfahren noch allen Angaben des Beschuldigten nachgegangen werden musste (Ausnahme war eine offensichtliche Verzögerungsabsicht gem §199 Abs 2 aF), wirkten in der HV die oben erwähnten von der Rechtsprechung entwickelten Regeln. Auch im ZV war Beweisanträgen noch großzügiger nachzukommen als in der HV, so waren Zeugen gem § 222 aF im Zweifel zu laden.<sup>73</sup>

## 4.2 § 55 StPO

Durch das StPRefG und der Neugestaltung des Vorverfahrens wurde das Recht des Beschuldigten zur Stellung eines Beweisantrages erstmals in § 55 ausdrücklich normiert. Betrachtet man die §§ 222 und 238, welche direkt auf § 55 verweisen, erstreckt sich sowohl das Recht Beweisanträge zu stellen, als auch die in § 55 normierten Anforderungen, auch auf das ZV und die Hauptverhandlung.<sup>74</sup>

Auch im Berufungsverfahren gegen einzelgerichtliche bzw im Rahmen einer Strafberufung gegen kollegialgerichtliche Urteile hat der Beschwerdeführer ein Antragsrecht. Für das

---

<sup>70</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren Praxishandbuch<sup>4</sup> (2006) § 281 Abs 1 Z 4 Rz 28.

<sup>71</sup> vgl *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 64 ff.

<sup>72</sup> vgl *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren Praxishandbuch<sup>6</sup> (2015) § 281 Abs 1 Z 4 Rz 19 ff; RIS-Justiz RS0107040.

<sup>73</sup> *Fuchs*, Strafrecht im Wandel, in *BMJ* (Hrsg), 33. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2005) 5 (19).

<sup>74</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 42.

Berufungsverfahren gegen einzelgerichtliche Urteile ergibt sich dieses Recht aus § 476 Abs 1 bzw §489 iVm § 467 Abs1. Für die Strafberufung gegen Kollegialgerichtliche Urteile ist das Beweisantragsrecht zwar nicht ausdrücklich normiert, ergibt sich aber aus dem Fehlen eines Neuerungsverbot in diesem Verfahren.<sup>75</sup>

§ 55 Abs 1 und 2 lauten:

*„(1) Der Beschuldigte ist berechtigt, die Aufnahme von Beweisen zu beantragen. Im Antrag sind Beweisthema, Beweismittel und jene Informationen, die für die Durchführung der Beweisaufnahme erforderlich sind, zu bezeichnen. Soweit dies nicht offensichtlich ist, ist zu begründen, weswegen das Beweismittel geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären.*

*(2) Unzulässige, unverwertbare und unmögliche Beweise sind nicht aufzunehmen. Im Übrigen darf eine Beweisaufnahme auf Antrag des Beschuldigten unterbleiben, wenn*

- 1. das Beweisthema offenkundig oder für die Beurteilung des Tatverdachts ohne Bedeutung ist*
- 2. das beantragte Beweismittel nicht geeignet ist, eine erhebliche Tatsache zu beweisen, oder*
- 3. das Beweisthema als erwiesen gelten kann.“*

Zum einen stellt diese Regelung nun die Anforderungen an einen Beweisantrag, welche bereits von der Judikatur entwickelt wurden, dar. Zusätzlich sollen auch noch jene Informationen bezeichnet werden, die zur Durchführung der Beweisaufnahme notwendig sind. Durch diese explizit gestellten Anforderungen versucht der Gesetzgeber wiederholten oder unbestimmten Anträgen entgegen zu wirken.<sup>76</sup>

Obwohl § 55 Abs 1 und 2 nur vom Beweisantragsrecht des Beschuldigten spricht, kann dieses auch vom Verteidiger gem § 51 Abs 2 und vom Privatbeteiligten gem § 67 Abs 6 Z1 in Anspruch genommen werden. Die StA hat, da sie ohnehin das EV leitet und für die entsprechende Beweisaufnahme sorgt, kein explizites Antragsrecht. Im Zuge der Anklage ändert sich die Antragslegitimation. Der § 222 Abs 1 eröffnet das Beweisantragsrecht

---

<sup>75</sup> Hinterhofer, Beweisantrag im neuen Strafverfahren, 27.

<sup>76</sup> ErläutRV 25 B1gNR XXII. GP 79.

schon im ZV für alle „*Beteiligten des Verfahrens*“. Auch der für die HV geltende § 238 der auf § 55 verweist, trifft keine Einschränkungen. Das Recht Beweisanträge zu stellen gilt also auch in der HV für alle Beteiligten. Der StA hat gem § 211 Abs 2 seine Beweise in der Anklageschrift „*anzuführen*“. Eine nähere Begründung wird hier nicht verlangt. Gleiches gilt für den Privatankläger gem § 71 Abs 3. Sollte das Gericht einen in der Anklage angeführten Beweis für nicht notwendig erachten, steht dem Ankläger, wie allen anderen Beteiligten auch, ein Beweisantragsrecht gem § 55 zu.<sup>77</sup>

Die Aufzählung der Ablehnungsgründe in Abs 2 ist als taxativ anzusehen. Entspricht ein Beweisantrag den Formalkriterien ist eine Abweisung aus einen anderen als den hier genannten Gründen unzulässig.<sup>78</sup> (siehe unten Kap 4.6)

Gem Abs 3 kann im EV die Beweisaufnahme für die HV vorbehalten werden. Trifft nicht einer der hier statuierten Unzulässigkeitsgründe zu, nämlich dass die beantragte Beweisaufnahme den Tatverdacht unmittelbar beseitigen könnte, oder dass die Gefahr des Verlustes des Beweises einer erheblichen Tatsache besteht, ist dies aufgrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes sogar geboten. (siehe unten Kap 5.4)<sup>79</sup>

Abs 4 regelt, wie mit Beweisanträgen im EV zu verfahren ist. Die Kripo hat die Beweisaufnahme durchzuführen oder mit Anlassbericht gem § 100 Abs 2 Z 2 der StA vorzulegen. Die StA hat die Beweisaufnahme entweder anzuordnen oder dem Beschuldigten zu verständigen, aus welchen Gründen diese unterbleibt.<sup>80</sup>

### **4.3 Beweisthema und Beweismittel**

Das Beweisthema ist die Tatsache, die durch das Beweismittel erwiesen werden soll. Das Ziel der intendierten Beweisführung wird durch das Beweisthema behauptet.<sup>81</sup> Von diesem Beweisziel ist das Beweisthema zu unterscheiden. Während es sich bei dem Beweisziel um für die Subsumtion maßgebliche Tatsachen handelt, ist das Beweisthema jenes vorgelegte Faktum, welches durch das Beweismittel bewiesen werden soll, um in weiterer Folge auf

---

<sup>77</sup> *Schmoller* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 44

<sup>78</sup> *Schmoller* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 4.

<sup>79</sup> *Schmoller* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 93.

<sup>80</sup> *Fabrizy*, StPO § 55 Rz 18.

<sup>81</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 18.



das Beweisziel schließen zu können. Schmoller nennt hier als Beispiel die Aussage eines Zeugen (=Beweismittel), der den Angeklagten zu einem gewissen Zeitpunkt an einen bestimmten Ort getroffen hat (=Beweisthema). Aufgrund dieser Aussage lässt sich in der Folge schließen, dass der Angeklagte zu dieser Zeit, nicht an einem anderen Ort einen Mord begehen hat können (=Beweisziel). Wird in einem Antrag nur Beweismittel und Beweisziel aber kein Beweisthema genannt, handelt es sich um einen, in der HV grundsätzlich unzulässigen, Antrag auf Erkundungsbeweis<sup>82</sup> (dazu siehe unten Kap 4.5).

Auch der deutsche BGH hat mit der strikten Unterscheidung zwischen Beweisziel und Beweisthema die Anforderungen an die Substantiierung eines Beweisantrages maßgeblich erhöht. Laut Roxin/Schünemann ist unter einem Beweisziel: „*die bloße Schlussfolgerung zu verstehen, die nach Meinung des Antragstellers aus dem Ergebnis der Beweiserhebung zu ziehen ist und deren Beschreibung die notwendige Angabe einer bestimmten (indiziellen) Beweistatsache [=Beweisthema, M.N.] nicht ersetzen kann.*“<sup>83</sup>

Aus § 55 Abs 2 lässt sich ableiten, dass das Beweisthema für die Schuld- und Subsumtionsfrage relevant sein muss. Es muss eine sog. „Erhebliche Tatsache“ betreffen.<sup>84</sup> Unter diesen Begriff, welcher auch in § 254 Abs 1 verwendet wird, versteht man Gegebenheiten welche nicht gänzlich ungeeignet sind, entscheidende Tatsachen zu beeinflussen. Unter entscheidenden Tatsachen sind für die Entscheidung des Falles materiell rechtliche relevante Tatsachen iSd §270 Abs 2 Z4 und 5 zu verstehen Die Erheblichkeit ist dagegen weiter gefasst. Ist eine Tatsache erheblich, darf sie bei der Beweiswürdigung einer entscheidenden Tatsache nicht übergangen werden. Es handelt sich hierbei um das gleiche Erheblichkeitskriterium des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 5 Fall 2.<sup>85</sup> Aus dem Zweck der verschiedenen Verfahrensstadien im Strafprozess, können sich allerdings vrsch Erheblichkeitskriterien ergeben. (siehe dazu Kap 4.5)

Nur Beweisanträge über erhebliche Tatsachen sind mit Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 bewehrt. Der OGH prüft diese im Nichtigkeitsverfahren, es sei denn das Erstgericht ging in den Entscheidungsgründen schon von Erheblichkeit der Tatsachen aus, die zu unter Beweis zu stellen beantragt wurden.<sup>86</sup> So hielt der OGH den Umstand, dass ein wegen Vergewaltigung nach 201 Abs 1 StGB Angeklagter kein besonderes sexuelles Interesse am

---

<sup>82</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 51 ff.

<sup>83</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht Ein Studienbuch<sup>27</sup> (2011) § 45 Rz 10.

<sup>84</sup> Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 6.41.

<sup>85</sup> Steininger, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 18.

<sup>86</sup> Ris Justiz RS0118319

Opfer zeigte, für eine nicht erhebliche Tatsache. Das Fehlen des auffälligen Sexuellen Interesses sei nicht in der Lage die „zur Feststellung entscheidender Tatsachen anzustellende Beweiswürdigung maßgeblich zu beeinflussen“<sup>87</sup>

Beweismittel sind die Erkenntnisquellen, aus denen auf das Beweisthema geschlossen werden soll. Die StPO enthält keine erschöpfende Aufzählung von Beweismittel, es kann daher prinzipiell alles als Beweismittel in Betracht kommen. Die einzige Grenze wird durch die Beweisverbote gezogen.<sup>88</sup>

#### 4.4 Begründung der Beweisrelevanz

Die Begründung der Beweisrelevanz besteht aus 2 Komponenten. Zum einen aus dem Verhältnis zwischen Beweismittel und Beweisthema (=Tauglichkeit), zum anderen aus dem Bezug des Beweisthemas zur Schuldfrage.<sup>89</sup>

Bei dem geforderten Verhältnis (Konnexität) zwischen Beweismittel und Beweisthema, handelt es sich um eine empirisch-technische Indikation. Das Gericht muss erkennen können, ob das bezeichnete Beweismittel in Frage kommt, das Beweisthema zu beweisen. Maßstab sind die bekannten naturgesetzlichen Erfahrungssätze.<sup>90</sup>

Schon vor dem StPRefG verlangte die Rechtsprechung, dass der Antragsteller angibt warum zu erwarten sei, dass die Durchführung des beantragten Beweises zu dem behaupteten Ergebnis führen soll (=Tauglichkeit des Beweismittels). Je fraglicher die Brauchbarkeit des Beweises in Hinsicht auf die übrigen Verfahrensschritte ist, desto eingehender musste die Begründung sein. Mangelte es einem Beweisantrag an dieser Begründung, wurde er als unzulässiger Antrag auf Erkundungsbeweis pauschal abgelehnt<sup>91</sup> (siehe unten Kap. 4.6)

In Folge dieser Rechtsprechung wies der OGH etwa den Antrag auf Einholung eines kinderpsychologischen Sachverständigengutachtens, welches darlegen sollte, dass die Aussagen des minderjährigen Opfers falsch sind, zurück. Der Antragsteller legte nicht dar warum anzunehmen sei, dass das Opfer welches kontradiktorisch vernommen wurde und

---

<sup>87</sup> OGH 21.08.2007, 11Os74/07b.

<sup>88</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 18.

<sup>89</sup> Vgl. *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 62 ff.

<sup>90</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 20.

<sup>91</sup> Vgl RIS-Justiz RS0107040.

erklärt hatte nicht mehr auszusagen, an der Erstellung dieses Gutachtens mitwirken würde.<sup>92</sup>

Die zweite Komponente, welche die Rsp bei der Begründung eines erfolgreichen Beweisantrages verlangt, beschreibt die Konnexität zwischen Beweisthema und verfahrensentcheidenden Tatsachen. Es muss begründet werden, wieso das Beweisthema für die Schuld- und Subsumtionsfrage von Bedeutung ist.<sup>93</sup> Es muss dargelegt werden inwiefern das zu erwartende Ergebnis bei der Beurteilung von entscheidenden Tatsachen von Bedeutung ist.<sup>94</sup>

Laut obersten Gerichtshof sind unter entscheidenden Tatsachen idZ Tatsachen zu verstehen, „die die Unterstellung unter ein Strafgesetz (Lösung der Schuldfrage) oder einen bestimmten Strafsatz betreffen.“<sup>95</sup> So verlangte der OGH beispielweise bei einem Antrag auf Verlesung von Tagebucheintragungen, weshalb diese geeignet sein sollen, das Beweisthema, in diesem Fall ein ambivalentes Verhältnis zum Tatopfer, zu beweisen und in wieweit von so einem ambivalenten Verhalten auf eine für die Subsumtionsfrage bedeutende Feststellung, nämlich eine allgemein heftige Gemütsbewegung iSd § 76 StGB, zu schließen sei.<sup>96</sup>

Ist die verfahrensmäßige Indikation der begehrten Beweisaufnahme durch die Akten hinreichend indiziert, so ergibt sich daraus die Konnexität zwischen Beweisthema und entscheidende Tatsachen. Solche Beweisanträge dürfen nicht rein aus dem Formmangel der fehlenden Begründung zurückgewiesen werden. Daraus folgt, dass das RM-Gericht, wenn der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z4 geltend gemacht wird, (siehe unten Kap. 5.1.1) bei einer aktenmäßigen Indikation der Begründung in die Sachfrage eintreten muss, da es prüfen muss, ob das Erstgericht eine Pflicht zur Beweisaufnahme nach dem Instruktionsgrundsatz gehabt hätte.<sup>97</sup> Schon vor der expliziten Verankerung des Beweisantragsrechts in der StPO sah die Judikatur von dem Erfordernis der Begründung bei deren Offensichtlichkeit ab.<sup>98</sup> Auch nach dem Wortlaut des § 55 Abs 1 ist eine Begründung der Beweisrelevanz nur anzugeben, „soweit dies nicht offensichtlich ist“  
Ergibt sich also bereits aus Nennung von Beweismittel und Beweisthema die Beweisrelevanz, kann eine gesonderte Begründung unterbleiben. „Offensichtlichkeit“

---

<sup>92</sup> OGH 09.08.2005, 14Os47/05a.

<sup>93</sup> Vgl. *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 67.

<sup>94</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 20.

<sup>95</sup> RIS-Justiz RS0116503.

<sup>96</sup> OGH 20.01.2004, 11Os152/03.

<sup>97</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 21.

<sup>98</sup> Vgl OGH 02.12.2004, 15Os89/04.

bedeutet allerdings nicht, dass die Relevanz sich jedem Betrachter aus dem Beweismittel und –thema ergeben muss. Maßgeblich ist hier das mit allen Akten vertraute Gericht.<sup>99</sup>

Die Dichte der erforderlichen Begründung ist von der Plausibilität des Beweisantrags abhängig. Wird die Erforderlichkeit bereits durch die Sachlage deutlich, mag man auch noch nicht von einer Offensichtlichkeit iSd § 55 Abs 1 sprechen, kann sich die Begründung auf ein Minimum reduzieren. Je weniger hingegen die Relevanz des Beweisantrags durch die Sachlage indiziert ist, desto höher sind die Anforderungen an die Begründetheit.<sup>100</sup>

#### **4.5 Besonderheiten im Ermittlungsverfahren**

Festzuhalten ist, dass sich aus dem Zeitpunkt der Antragstellung, laut Hinterhofer, verschiedene Maßstäbe für die Formalkriterien des Beweisantrags ergeben können. Dies hängt mit den verschiedenen Zwecken der einzelnen Verfahrensstadien zusammen und welche Beweise darin aufzunehmen sind. Dies hat Auswirkungen sowohl auf die Anforderungen an das Beweisthema als auch auf die Begründung.<sup>101</sup>

Gem § 91 dient das EV dazu, Sachverhalt und Tatverdacht soweit zu klären, dass die StA über Anklage, Rücktritt oder Einstellung entscheiden kann. Der Beweisantrag richtet sich also auf die Aufklärung des Tatverdachts. Eine erhebliche Tatsache, wie oben beschrieben, muss im EV also deutlich weiter zu verstehen sein als in der HV. Ob dieses weite Verständnis einer erheblichen Tatsache soweit geht, dass über den § 55 StPO auch Anträge auf einen Erkundigungsbeweis geltend gemacht werden können, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten.<sup>102</sup> (siehe dazu Kap 4.7)

Aus dem Zweck des EV ergibt sich auch, dass der Antragsteller begründen muss, warum das beantragte Beweismittel etwas zu Klärung des Tatverdachts beitragen kann. Selbst wenn ein Entlastungsbeweis beantragt wurde, muss dieser begründet werden. Die Begründungspflicht entfällt, wie oben bereits erläutert, nur bei Offensichtlichkeit der Beweisrelevanz.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> Vgl. *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 63.

<sup>100</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 21.

<sup>101</sup> *Hinterhofer*, Beweisantrag im neuen Strafverfahren, 35.

<sup>102</sup> *Hinterhofer*, Beweisantrag im neuen Strafverfahren, 31.

<sup>103</sup> *Hinterhofer*, Beweisantrag im neuen Strafverfahren, 35.

## 4.6 Ablehnungsgründe

Erfüllt ein Antrag auf Beweisaufnahme die Kriterien des § 55 Abs 1, darf er, bei sonstiger Nichtigkeit, nur aus den in Abs 2 normierten Gründen abgelehnt werden. Aus dem Wortlaut „*eine Beweisaufnahme auf Antrag des Beschuldigten darf nur unterbleiben wenn*“ ergibt sich, dass es sich dabei um eine taxative Aufzählung handelt.<sup>104</sup>

Laut dem ersten Satz des Abs 2 dürfen „*unzulässige, unverwertbare und unmögliche Beweise*“ nicht aufgenommen werden. Die Unzulässigkeit eines Beweisantrages nach § 55 Abs 2 kann sich einerseits auf die Formalkriterien der Antragstellung beziehen, andererseits auf deren Zielführung. Die Zielführung ist beispielweise unzulässig, wenn sich der Beweisantrag auf eine Rechtsfrage bezieht. Es gilt der „*iura novit curia*“ Grundsatz. Ferner ist die Beweisaufnahme unzulässig wenn eine entsprechende Aufklärungszulässigkeit fehlt, also wenn ein Beweiserhebungsverbot besteht.<sup>105</sup>

Der nächste Ablehnungsgrund betrifft die Beweisaufnahme unverwertbarer Beweis, also bei Vorlegen eines Beweisverwertungsverbots. Hier stellt sich die Frage, ob ein unzulässig aufgenommenes Beweisergebnis verwertet werden darf. Laut stRspr geht mit einem Erhebungsverbot nicht zwingend ein Verwertungsverbot einher. Dies ist für jedes einzelne Erhebungsverbot selbständig zu beurteilen.<sup>106</sup>

Unter die Unmöglichkeit eines Antrags können alle Mängel gestellt werden, die die begehrte Beweisaufnahme praktisch verhindern. Der Antrag ist aber auch dann wegen Unmöglichkeit abzuweisen, wenn die Beweisaufnahme zwar abstrakt denkbar, aber konkret, beispielweise bei Unerreichbarkeit eines Zeugen, aussichtslos ist.<sup>107</sup>

Der zweite Satz des Abs 2 regelt die zulässigen Ablehnungsgründe für einen formell einwandfrei gestellten Beweisantrag. Dies darf geschehen wenn das Beweisthema offenkundig oder für die Beurteilung des Tatverdachts ohne Bedeutung ist (gem Z1), wenn das beantragte Beweismittel nicht geeignet ist eine erhebliche Tatsache zu beweisen (gem Z2) oder wenn das Beweisthema als erwiesen gelten kann (gem Z 3).<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 23.

<sup>105</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 24.

<sup>106</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 25.

<sup>107</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 26.

<sup>108</sup> *Fabrizy*, StPO § 55 Rz 13.

Ohne Bedeutung, gem § 55 Abs 2, Z 1 Fall 2, ist ein Beweisthema, wenn die Beweisaufnahme weder durch die Akten indiziert, noch aus der Begründung erschließbar ist. Insb ist ein Beweisthema dann bedeutungslos, wenn es für die Beurteilung des Schuld oder Subsumtionsfrage keine Relevanz hat.<sup>109</sup>

Die Ungeeignetheit eines Beweismittels gem Z 2 bezieht sich auf die mangelnde Beweisrelevanz, welche bereits zur Begründungspflicht nach Abs 1 gehört. Es ist demnach ungeeignet, wenn es keine erhebliche Tatsache betrifft.<sup>110</sup>

#### **4.7 Der Antrag auf Erkundungsbeweis**

Fehlt im Antrag die Angabe, warum das Beweismittel zu dem zu erwartenden Ergebnis führen sollte, und ist dies auch nicht ohne weiteres aus der Aktenlage zu erkennen, liegt ein Antrag auf Durchführung von Erkundungen oder ein Beweisermittlungsantrag vor. Der Erkundungsbeweis ist im Vorfeld des Beweisantrages anzusiedeln.<sup>111</sup> Solche Anträge werden von der Rechtsprechung sehr restriktiv behandelt.

Beweisermittlungsanträge können jedoch vor allem für den zu Unrecht Beschuldigten von maßgeblicher Bedeutung sein. Dies zeigt folgendes, in der Lehre diskutierte Beispiel: Der unschuldig Angeklagte wird durch eine Blutprobe wegen einer Alkoholfahrt belastet. Er selbst kennt den historischen Sachverhalt und weiß, dass er keinen Alkohol konsumiert hat. Will er nun beweisen, dass das Blut nicht von ihm kommt, also die Probe vertauscht wurde, etwa mit Beantragung eines SV-Gutachtens, handelt es sich hierbei um Antrag auf Erkundungsbeweisführung. Es ist ihm nicht möglich darzulegen, wieso das von ihm beantragte Beweismittel den gewünschten Erfolg erwarten lasse.<sup>112</sup>

Bei einem Antrag auf Erkundungsbeweisführung handelt es sich um einen Antrag, der den Formalkriterien des § 55 Abs 1 nicht entspricht. Demzufolge sind die in § 55 Abs 2 bis 4 normierten Regeln, insb. die als taxativ anzusehenden Ablehnungsgründe des Abs 2, nicht einschlägig.<sup>113</sup> Dies bedeutet im Umkehrschluss, will der Antragssteller sichergehen dass das Gericht seinen Antrag nur unter den erschwerten Bedingungen des Abs 2 ablehnen

---

<sup>109</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 28.

<sup>110</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 29.

<sup>111</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 22.

<sup>112</sup> ua *Velten*, Verteidigungsrechte in Strafrecht und Strafverteidigung in (Hrsg) *Stuefer/Pleischl*, Strafrecht und Strafverteidigung Beiträge zum Symposium für Richard Soyer zum 60 Geburtstag (2015) 9 (14).

<sup>113</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 35.

kann, muss er sicher stellen, dass sein Antrag den Formalerfordernissen des Abs 1 Genüge tut. Insb. muss sein Beweisantrag den von der Judikatur entwickelten Anforderungen an die Beweisrelevanz entsprechen.

Bertel steht den von der Judikatur aufgestellten Anforderungen an die Tauglichkeit des Beweismittels sehr kritisch gegenüber. „*In Wahrheit kann es, in einem Verfahren, in dem die materielle Wahrheit gefunden werden soll, nicht auf Mängel in der Begründung eines Antrags, sondern bloß darauf ankommen, ob die Beweisaufnahme nach Aktenlage und den Ergebnissen der Verhandlung indiziert ist.*“<sup>114</sup>

Die Auffassung, die Begründung müsse angeben, wieso die beantragte Beweisaufnahme das vom Antragsteller behauptete Ergebnis erwarten ließe und ob es anderen unter Hinblick der bisherigen Beweiswürdigung ins Gewicht fällt, hält er für unrichtig. In der Regel sei dies dem unschuldig Beschuldigten gar nicht möglich.<sup>115</sup> Dieser Meinung folgend müsste sich die Judikatur bei der Entscheidung über Beweisermittlungsanträgen auch an die taxative Aufzählung der Ablehnungsgründe gem § 55 Abs 2 halten.

Der OGH hingegen lehnt Beweisanträge, welche es an der Begründung mangelt, bzw Anträge mit dem Ziel zu überprüfen, ob von einem Beweismittel eine weitere Aufklärung zu erwarten sei, im Stadium der HV, pauschal als unzulässiger Antrag auf Erkundungsbeweis ab.<sup>116</sup>

Hinterhofer hielt Anträge auf Erkundungsbeweis, zumindest im EV, zunächst für zulässig. Er begründet das mit der bereits in Kap 4.5 angesprochenen, dynamischen Interpretation der Anforderungen nach § 55 Abs 1. Da im EV bereits alles was zur Aufklärung des Tatverdachts etwas beitragen könne, eine erhebliche Tatsache sei, sollen auch Anträge auf Erkundungen mittels des § 55 zulässig sein. Die von ihm angeführte Rechtsprechung zum alten Vorverfahren bestätigt diese Meinung.<sup>117</sup>

Er revidierte seine Meinung allerdings. Selbst im EV seien dem Beschuldigten Anträge auf Erkundungsbeweisführung verwehrt. Er schließt dies zum einen direkt aus den Begründungserfordernissen der §§ 55 Abs 1 letzter Satz und Abs 2 Z 2 und der dazu

---

<sup>114</sup> Bertl/Venier, Strafprozessrecht<sup>6</sup> (2000) Rz 649.

<sup>115</sup> Bertl/Venier, Strafprozessrecht<sup>10</sup> (2017) Rz 128.

<sup>116</sup> Ris-Justiz RS0118123.

<sup>117</sup> Hinterhofer, Beweisantrag im neuen Strafverfahren, 32; idS OGH 16.10.200714 Os 111/07s.

ergangenen Rechtsprechung<sup>118</sup>, zum anderen aus § 104 Abs 1 1. Satz, letzter Hs. Dieser schließt im Rahmen der gerichtlichen Aufnahme eines SV-Beweises explizit nur zu Verzögerung gestellte Beweisanträge aus, erlaubt also daher ein auf Erkundigung gerichtetes Beweisbegehren. Bei Annahme eines generellen Recht des Beschuldigten zur Stellung solcher Anträge, wäre eine solche Regelung entbehrlich gewesen.<sup>119</sup>

MAN am zutreffendsten beschreibt Schmoller die Rolle von Beweisermittlungsanträgen im Strafprozess. In der HV sollten diese zwar tunlichst unterbleiben, aber uU können auch erst zum Zeitpunkt der HV Umstände auftreten, die eine Erkundungsbeweisführung notwendig erscheinen lassen. Anträge auf eine solche Beweisaufnahme können unter diesen Umständen die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung auslösen. Eine Ablehnung solcher Anträge darf sich nicht pauschal auf deren Unzulässigkeit begründen, sondern muss konkret angeben, weshalb das Gericht der beantragten Ermittlung keine Beweisrelevanz zumisst.<sup>120</sup>

Grundsätzlich stimmt er der Zulässigkeit solcher Anträge im EV zu. Anders als Hinterhofer unterscheidet Schmoller sie allerdings von Anträgen gem § 55. Letzterer verlangt auch schon im EV eine hinreichende Begründung. Bloße Beweisermittlungsanträge sind, wenn es die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitsermittlung verlangt, zu behandeln, unterliegen allerdings nicht den Bedingungen des § 55 Abs 2.<sup>121</sup> Diese Meinung wird zurzeit auch vom OGH vertreten: „(...) Anträge auf Erkundungsbeweise, die den Formalanforderungen nicht genügen, verfallen aber nicht a priori der Ablehnung, sondern entfalten eine prozessuale Wirkung weil darin ein Antrag zu sehen ist, der Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung in einem bestimmten Bereich nachzukommen“<sup>122</sup>

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Beweisermittlungsanträge grundsätzlich zumindest im EV zulässig sind, sie allerdings nicht den strengen Kriterien des § 55, insb den darin normierten Ablehnungsgründen, unterliegen. Allerdings sollte das Gericht darauf bedacht sein, dass sie uU die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitsermittlung auslösen und es bei Ablehnung einer näheren Begründung bedarf. Eine Ablehnung lässt sich im Gegensatz zu einem Antrag nach § 55 nicht mit der Antragsrüge gem § 281 Abs 1 Z4 bekämpfen. UU

---

<sup>118</sup> Vgl OGH 11Os26/14d = Jus-Extra OGH-St 4871 = EvBl-LS 2014/182 = Wess/Rohregger, JSt 2014,200 = JSt-Slg 2014/35 S 239 - JSt-Slg 2014,239 = Wess, ZWF 2015,19 = RZ 2015,65 EÜ27 - RZ 2015 EÜ27 = JSt-LS OGH 2015/16 S 63 - JSt-LS OGH 2015,63.

<sup>119</sup> Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 6.52.

<sup>120</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 37.

<sup>121</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 43.

<sup>122</sup> OGH 11Os51/13d = EvBl 2014/62 S 420 - EvBl 2014,420.



eröffnet eine ungerechtfertigte Ablehnung allerdings den Anwendungsbereich der Aufklärungsrüge gem § 281 Abs 1 Z 5 a. (siehe unten Kap 5.1.3)

#### 4.8 Verhältnis zur Aufklärungsmaxime

Da der österreichische Strafprozess inquisitorisch geprägt ist, also das Gericht dem Instruktionsgrundsatz unterliegt, müssen von Amts wegen alle relevanten Beweise aufgenommen werden. Auf der Basis der amtswegigen Aufklärungspflicht könnten die Parteien auch ohne explizite Regelung Anträge stellen, mit dem Ziel, das Gericht zur Einhaltung dieses Prinzips aufzufordern. Wenn das Gesetz nun eine gesonderte Regel für Beweisanträge schafft, sie an bestimmte Kriterien bindet und die Ablehnungsgründe taxativ aufzählt, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der amtswegigen Aufklärungspflicht und Beweisanträgen. Insb ob mit einem formal korrekt gestellten Antrag das Gericht zu Beweisaufnahmen verpflichtet werden kann, zu denen es nach den Regeln der amtswegigen Wahrheitserforschung nicht verpflichtet wäre.

Mit der ausdrücklichen gesetzlichen Normierung wollte der Gesetzgeber den Forderungen nach verstärkter Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten des Beschuldigten auf die Stoffsammlung entgegenkommen. Fraglich ist in wie weit durch die ausdrückliche Normierung nun wirklich die Einflussmöglichkeiten der Parteien auf die Prozesssammlung gestärkt wurde. Ein Recht auf die Stellung von Beweisanträgen stand dem Beschuldigten bzw. Angeklagten schon vor dem StPRG zu. Des Weiteren heißt es in den Materialien, dass ein Beweisantrag nach § 55 die „ *Kriminalpolizei, die Staatsanwaltschaft und Gericht im Sinne ihrer allgemeinen Pflicht zur objektiven und unvoreingenommenen Sachaufklärung zu einer Beweisaufnahme verpflichtet*“<sup>123</sup> Dieser Wortlaut lässt vermuten, dass ein erfolgreicher Beweisantrag die Behörden und das Gericht nur zur Beweisaufnahme innerhalb ihrer ohnehin amtswegigen Aufklärungspflicht verpflichten würde.

---

<sup>123</sup> ErläutRV 25 BlgNR XXII. GP 79.

## Exkurs: in Deutschland vertretene Lehrmeinungen

Im Hinblick darauf, dass man in Deutschland die Diskussion um das Verhältnis der richterlichen Aufklärungsmaxime zum Beweisantragsrecht schon wesentlich länger und breiter führt als in Österreich, werden in Folge in aller Kürze die hierzu unterschiedlich vertretenen Lehrmeinungen dargestellt. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um die „Identitätslehre“ und die „Differenzierungslehre“<sup>124</sup>

Gleich wie in Österreich ist dem deutschen Strafprozess der Grundsatz der richterlichen Aufklärungspflicht immanent. Das Gericht hat von Amtswegen alle Beweisaufnahmen über entscheidungserheblichen Tatsachen zu veranlassen, mit dem Ziel, die materielle Wahrheit zu finden.<sup>125</sup> Das Recht der Prozessbeteiligten, insb des Beschuldigten, Beweisanträge zu stellen und an der Stoffsammlung mitzuwirken, scheint in so einem Verfahrenssystem überflüssig. Deswegen wurde in der Lehre versucht das Beweisantragsrecht als bloßes Mittel zur Intensivierung der amtswegigen Aufklärungspflicht zu deuten. (=Identitätslehre)<sup>126</sup>

Die Vertreter dieser Lehre führen das Recht Beweisanträge zu stellen, auf das Prinzip der Beweisantizipation zurück. Das Beweisantizipationsverbot ist laut der Identitätslehre von der Rechtsprechung iZm dem Beweisantragsrecht entwickelt worden und später in den Vorschriften über die zulässigen Ablehnungsgründe eines Beweisantrages kodifiziert worden. Der Beweisantrag ist demnach nur ein Mittel, um das Gericht zur Einhaltung dieses Prinzips zu bewegen.<sup>127</sup> Als Konsequenz dieser Lehre, kann mittels eines Beweisantrages das Gericht nicht zu einer umfassenderen Beweisaufnahme angeregt werden, als es aufgrund der Instruktionsmaxime von Amtswegen verpflichtet wäre.<sup>128</sup>

Die Differenzierungslehre sieht das Recht der Parteien Beweisanträge zu stellen als von dem Verbot der Beweisantizipation gelöstes Prinzip an. Der Sinn des Beweisantrages sei es,

dem Antragssteller zu ermöglichen, dem Gericht seine eigene Einschätzung die Beweisrelevanz darzulegen und durchzusetzen.<sup>129</sup> Es handelt sich hierbei um eine Kompetenzregelung. Während innerhalb der Aufklärung von Amtswegen das Gericht eine

---

<sup>124</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 23.

<sup>125</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht § 45 Rz 1 ff.

<sup>126</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht § 45 Rz 5.

<sup>127</sup> *Weßlau*, Der blinde Fleck – Kritik an der Lehre von Beweisantragsrecht in FS Fezer (2008) 289 (292 ff.).

<sup>128</sup> *Gössel*, Zum Verhältnis von Beweisantragsrecht und Amtsermittlung, in FS Gollwitzer (2004) 47 (61).

<sup>129</sup> *Weßlau* in FS Fezer 289 (302).

Relevanzbeurteilung der aufzunehmenden Beweise durchführt, verlagert der Beweisantrag diese Vorab-Einschätzung auf den Antragsteller, welcher dieser seinen Eigenen Erfahrungshorizont zu Grunde legt. In Hinblick auf das in der HV übermächtige Gericht soll das Beweisantragsrecht der Parteien, zur Verfahrensbalance im Strafprozess beitragen<sup>130</sup>

Versucht man nun aus diesen theoretischen Überlegungen das Verhältnis zwischen Aufklärungsmaxime und Beweisantragsrecht im österreichischen Strafprozess zu klären, ist mAn Schmoller zu folgen. Dieser lehnt die Identitätslehre ab. Allein der Umstand, dass der Gesetzgeber mit dem § 55 ein explizites Beweisantragsrecht schuf spricht dafür, dass durch solch einen Antrag das Gericht zu einer erweiterten Sachverhaltsaufklärung verpflichtet wird. Würde durch einen nach den Kriterien des § 55 gestellten Antrags, nur die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung konkretisiert werden, hätte es nicht so einer detaillierten Regelung bedurft. Weiterst begründet er die Ablehnung der Identitätslehre mit dem in den Erläuterungen zum StPRefG erwähnten Zweck des § 55, nämlich den Parteien eine verstärkte Einflussmöglichkeit auf die Stoffsammlung zu bieten.<sup>131</sup>

Vielmehr sei iSd Differenzierungslehre die Kompetenz der notwendigen Vorabwürdigung bei einer Beweisaufnahme verschoben. Während beim amtswegigen Vorgehen das Gericht die Beweisrelevanz, im Rahmen des Verbotes der Beweisantizipation, selbst einschätzt, hat es sich bei einem formal korrekt gestellten Beweisantrag auf eine reine Plausibilitätskontrolle zu beschränken. Die vorrangige Einschätzung trifft der Antragssteller, welche er im Antrag darlegen muss.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht § 45 Rz 6.

<sup>131</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 30; ErläutRV 25 BlgNR XXII. GP 79.

<sup>132</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 32.

## 5. Anfechtung wegen unzureichender Sachverhaltsaufklärung

Wie bereits des Öfteren in dieser Arbeit erörtert wurde, trifft das Gericht im inquisitorisch geprägten Strafverfahren eine Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung. Gem des Prinzips der materiellen Wahrheit muss diese immer das Ziel verfolgen, die Aufklärung des realen Geschehensablaufs zu fördern. In diesem Kapitel soll nun dargelegt werden, welche Möglichkeiten die Strafprozessordnung und die Judikatur den Beschuldigten bzw. Angeklagten nun zu Verfügung stellen, sollten die Strafverfolgungsbehörden oder das Gericht gegen diese Prinzipien verstoßen.

Um die Möglichkeiten der Bekämpfung eines Aufklärungsmangels darzulegen, muss dieser zuerst von anderen Nichtigkeitsgründen differenziert werden, insb dem Feststellungsmangel. Diese unterscheiden sich in den Bezugspunkten. Während der Feststellungsmangel an die subsumtionsrelevanten Tatsachen anknüpft, welche aus dem Beweisverfahren erschlossen worden sind bzw erschlossen hätten werden müssen, liegt ein Aufklärungsmangel vor, wenn die Erhebungen unvollständig oder ganz unterblieben sind. Diese Mängel können auch zusammenfallen, wenn das Gericht für die Anwendung gewisser Normen, beispielweise bei der Frage ob ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, weder Feststellungen getroffen hat noch sämtliche möglichen Beweisquellen ausgeschöpft hat. Im Hinblick auf die Frage ob dem Beschuldigten ein Rechtfertigungsgrund zugutekommt können aufgrund der nicht ausreichenden Tatsachengrundlage keine Feststellungen getroffen werden. Es liegt also ein Feststellungsmangel vor, welcher uU mittels § 281 Z 9 lit b bekämpft werden kann. Bezüglich der nicht ausgeschöpften Beweisquellen liegt ein Aufklärungsmangel vor. Der nach dem § 281 Abs 1 Z 5 zu rügende Darstellungsmangel und der mittels Z 5a bekämpfbare Bewertungsmangel setzten im Vergleich zum Aufklärungsmangel einen Schritt später an. Das Urteil ist mit einem dieser beiden Mängel behaftet, wenn ein konkretes Beweisergebnis gegen die festgestellten Tatsachen spricht.<sup>133</sup>

Bei der Bekämpfung eines Aufklärungsmangels ist zu unterscheiden, ob bereits ein Urteil aufgrund der unzureichenden Sachverhaltsaufklärung ergangen ist oder nicht. Im Falle eines Urteiles ist man im kollegialgerichtlichen Verfahren auf die Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gem §281 und im Verfahren vor dem BR und dem ER am LG auf die Schuldberufung gem § 464 Z 2 angewiesen. Will der Beschuldigte bzw Angeklagte bereits während einem laufendem Verfahren einen Verstoß gegen das Prinzip der

---

<sup>133</sup> *Steininger*, Tatfrage 395 ff.

amtswegigen Wahrheit bekämpfen, kann er sich bei entsprechender Antragstellung mit dem Einspruch gegen Rechtsverletzung gem §106 und der Beschwerde behelfen. (siehe unten Kap 5.4)

## 5.1 Kollegialgerichtliche Urteile

Um eine unzureichende Beweisaufnahme im kollegialgerichtlichen Verfahren zu bekämpfen, ist der Rechtsmittelwerber an die Nichtigkeitsgründe des § 281 gebunden. Die Tatsache, dass die Stoffsammlung in der HV in der uneingeschränkten Verantwortung des Richters liegt, spiegelt sich in dem im Nichtigkeitsverfahren geltenden Neuerungsverbot wieder. In diesem Verfahrensstadium können keine neuen Beweismittel vorgebracht werden.<sup>134</sup> Aus dem Neuerungsverbot ergibt sich der Rahmen der Beurteilungsperspektive. Der OGH prüft Aspekte der Tatfrage nur anhand der vorhandenen Akten und aus dem Blickwinkel des bereits abgeschlossenen Verfahren. Die tatrichterlichen Garantien werden durch dieses Vorgehen nicht verletzt, da ein diesbezüglicher Mangel gem § 288 bzw §§ 346 bis 351 immer zur Aufhebung und Zurückverweisung an die erste Instanz führt und nicht zu einer reformatorischen Entscheidung des OGH.<sup>135</sup>

Trotz des geltenden Neuerungsverbotes kann der OGH im Nichtigkeitsverfahren gem § 285 f „*die Einholung tatsächlicher Aufklärungen über behauptete Formverletzungen oder Verfahrensmängel*“ anordnen. Als Formverletzung kommen die Verfahrensrügen gem

§ 381 Abs 1 Z 1 bis 4 in Betracht. Für das Geschworenengericht sind hier die §§ 344 iVm

§ 345 Z 1 bis 5 einschlägig.<sup>136</sup> Die Z 5a als Tatsachenrüge betrifft in der Regel weder eine Formverletzung noch einen Verfahrensmangel. Ein Verfahren aufgrund ihres zweiten Anwendungsbereich, dem Aufklärungsmangel, (siehe unten Kap 5.1.3) fällt laut Ratz hingegen unter den § 285 f.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Steininger, Tatfrage 255.

<sup>135</sup> Steininger, Der Oberste Gerichtshof als Tatsacheninstanz bei der Erledigung von Nichtigkeitsbeschwerden, in FS Platzgummer (1995) 325 (342).

<sup>136</sup> Steininger in FS Platzgummer 343.

<sup>137</sup> Ratz in Fuchs/Ratz, WK StPO § 285f Rz 4.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Absicherung des Instruktionsgrundsatzes im Nichtigkeitskatalog, lange Zeit nur sehr mangelhaft erfolgte. Die Nichtigkeitsgründe gem § 281 Abs 1 Z 2 und 3 beziehen sich nur auf einzelne fehlerhafte Beweiserhebungen, allerdings nicht auf den Beweisumfang. Auch der Nichtigkeitsgrund gem Z 5 ist nur bedingt einschlägig, da die damit rügbare Unvollständigkeit sich laut hM nur auf die vom Erstgericht bereits erhobenen Beweise bezieht, nicht auf eine an sich unvollständige Stoffsammlung.<sup>138</sup> (siehe unten Kap 5.1.2).

Die Antragsrüge gem Z4 ist das wichtigste Werkzeug des Verurteilten, eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung zu bekämpfen, verlangt allerdings einen in der HV gestellten Antrag. An dieser Stelle sei noch einmal angeführt, dass die korrekte Stellung von Beweisanträgen in der HV das probateste Mittel ist, um eine unzureichende Stoffsammlung durch das Gericht zu bekämpfen.

### **5.1.1 Die Antragsrüge gem § 281 Abs 1 Z 4**

Gem § 281 Abs 1 Z 4 ist ein Urteil nichtig, wenn über einen Antrag des BF nicht erkannt worden ist oder, wenn der gegen seinen Antrag oder Widerspruch gefasste Beschluss Gesetze oder Grundsätze des Verfahrens verletzt, deren Anwendung entweder grundrechtlich oder sonst durch das Wesen eines fairen Verfahrens geboten ist. Um eine Unterlassung der Beweisaufnahme nach Z 4 zu beanstanden, muss der Berufungswerber also in der HV einen Antrag auf Beweisaufnahme gestellt haben.<sup>139</sup>

Anträge müssen formal korrekt gestellt worden sein, um den Anwendungsbereich des § 281 Abs 1 Z4 zu eröffnen. In der HV müssen diese laut des Mündlichkeitsprinzips gem § 12 Abs 1 S 1 mündlich gestellt werden.<sup>140</sup> Nach ständiger Judikatur müssen Beweisanträge welche in Schriftsätzen außerhalb der HV eingebracht werden, vom BF in der HV wiederholt werden. Eine bloße Verlesung reicht selbst dann nicht aus, wenn das Gericht sich in einem Zwischenerkenntnis mit den schriftlich gestellten Anträgen auseinandersetzt.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> *Steininger*, Tatfrage 256.

<sup>139</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 3 Rz 87.

<sup>140</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 5.

<sup>141</sup> RIS-Justiz RS0099099, RIS-Justiz RS0099511.

Entspricht ein Beweisantrag diesen Voraussetzungen muss das Schöffengericht darüber gem § 238 Abs 1 mittels Beschluss entscheiden, falls der Vorsitzende diesem nicht entsprechen will. Der Beschluss ist samt Entscheidungsgründen gem § 238 Abs 3 sofort, jedenfalls jedoch vor Schluss der Verhandlung mündlich zu verkünden. Insbesondere bei Beweisanträgen ist es allerdings in der Praxis erforderlich, mit der Entscheidung zu warten, da für Beurteilung der Beweisrelevanz oft weitere Verfahrensschritte notwendig sind, wie etwa die Befragung des Angeklagten.<sup>142</sup> Die Begründung darf aber nicht der Urteilsausfertigung vorbehalten werden. Der Antragssteller soll noch die Möglichkeit haben, auf die zur Ablehnung führenden Umstände zu reagieren und uU zu beseitigen. Die Protokollierung der mündlich ergangenen Begründung des Beschlusses ist jedoch durch die Urteilsbegründung ersetzbar.<sup>143</sup>

Bereits nach dem Wortlaut des § 281 Abs 1 Z 4 ist nicht jeder Verstoß gegen Gesetze oder Verfahrensgrundsätze mit Nichtigkeit bedroht, sondern nur, wenn deren Einhaltung durch grundrechtliche Vorschriften oder durch das Wesen eines fairen Verfahrens geboten ist. Werden Bestimmungen der StPO welche ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht sind verletzt, kann dies mit der Nichtigkeitsbeschwerde gem § 281 Abs 1 Z 3 geltend gemacht werden. Soll nun eine nicht ausdrücklich mit Nichtigkeit bedrohte Verletzung eines Gesetzes, dennoch zur Nichtigkeit führen, bedarf dies einer tragfähigen Begründung. Der Verstoß der mit Z 4 gerügt werden soll, soll den mit ausdrücklicher Nichtigkeit bedrohten zumindest annähernd gleichwertig sein. Der OGH führt also eine Gleichwertigkeitsprüfung durch.<sup>144</sup>

Verstößt das Gericht beispielweise gegen die Vorschriften des § 238, ist dies nicht ausdrücklich mit Nichtigkeit sanktioniert. §281 Abs 1 Z 4 bezieht sich nur auf die Entscheidung über die Antragsstellung, nicht über die formelle Richtigkeit der Begründung. vorausgesetzt, dass der OGH den Antrag, auf den Zeitpunkt der Antragsstellung bezogen, auch keine Berechtigung zukommen lassen würde.<sup>145</sup> Will der Antragssteller das Gericht zur Einhaltung des § 238 bewegen, muss er einen just darauf abzielenden Antrag stellen. Wird diesem zu Unrecht nicht entsprochen liegt Nichtigkeit iSd § 281 Abs 1 Z 4 vor.<sup>146</sup> Gleiches gilt für mittels Beschluss stattgegebene, allerdings nicht umgesetzte Anträge. Um das bloße Unterbleiben einer beschlossenen Handlung im

---

<sup>142</sup> *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 238 StPO Rz 8.

<sup>143</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 12.

<sup>144</sup> *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 337

<sup>145</sup> *Hinterhofer/Oshidari*, Strafverfahren Rz 9.98 unter Verweis auf RS0121628.

<sup>146</sup> *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 316.

Rechtsmittelverfahren bekämpfen zu können, muss ein Antrag auf deren Umsetzung gestellt werden. Der darüber erkennende Beschluss, kann wiederum mittels Z 4 bekämpft werden.<sup>147</sup>

Bei der Prüfung ob einem Antrag Berechtigung zukommt, ist stets von der Verfahrenslage bei Antragsstellung auszugehen. Aufgrund des geltenden Neuerungsverbots, werden in der Nichtigkeitsbeschwerde vorgebrachte Gründe, welche die früherer Antragsstellung ergänzen, nicht beachtet.<sup>148</sup>

Beweisanträge spielen die größte praktische Bedeutung im Rahmen der Antragsrüge. Das österreichische Beweisrecht, hat sich maßgeblich aus der zu § 281 Z 4 bzw § 345 Abs 1 Z 5 ergangen höchstrichterlichen Judikatur entwickelt.<sup>149</sup> (ausführlich dazu siehe oben Kap 4)

Ein vom Gericht abgelehnter Beweisantrag führt zur Nichtigkeit, wenn das Erstgericht einen der Ablehnungsgründe des § 55 Abs 2 zu Unrecht bejaht hat, etwa weil das Gericht zu Unrecht von einem ungeeigneten Beweismittel ausgeht oder die Beweisführung als unzulässig ansah. Gleiches gilt in jenen Fällen, in denen das Erstgericht zu Unrecht von einer fehlenden Konkretisierung des Beweisantrages ausgegangen ist und somit irrtümlich angenommen hat, dass kein Antrag iSd § 55 vorliegt. Ist es möglich, dass die zu Unrecht unterbliebene Beweisführung sich auf das Urteil ausgewirkt hätte, ist dieses grundsätzlich nach Z4 anfechtbar.<sup>150</sup>

Hat das Erstgericht schließlich zu Recht angenommen, dass aufgrund der fehlenden Begründung kein Antrag iSd § 55 vorliegt, also ein Antrag auf Erkundungsbeweisführung, kann dessen Ablehnung nicht nach Z4 gerügt werden. Stellt in diesen Fällen die nichtdurchgeführte Beweisführung eine Verletzung der Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung dar, kann dies uU mit dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5a als Aufklärungsrüge, im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden. (siehe unten Kap 5.1.3)

---

<sup>147</sup> *Hinterhofer/Oshidari*, Strafverfahren Rz 9.100.

<sup>148</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 15.

<sup>149</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 4 Rz 16.

<sup>150</sup> *Schmoller in Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 112 ff.



### 5.1.2 Die Mängelrüge bzw. Darstellungsrüge gem Z 5

Die StPO kennt für den Bereich des Erkenntnisverfahrens zwei Instanzen. Urteile des Schöffengerichtes und Geschworenengerichtes sind in der Schuldfrage nur beim OGH bekämpfbar. In Hinblick darauf, dass im kollegialgerichtlichen Verfahren die Beweiswürdigung gem Art 91 B-VG unter Mitwirkung des Volkes getroffen wird, darf diese daher nicht von einem allein aus Berufsrichter zusammengesetzten Senat für nichtig erklärt werden. Der OGH ist also grundsätzlich nicht als Tatsacheninstanz eingerichtet. Die Tatfrage allerdings jedweder Kontrolle zu entziehen, wäre rechtstaatlich nicht zu vertreten. Deswegen wurde mit den Nichtigkeitsgründen der § 281 Abs 1 Z 5 und 5a Werkzeuge geschaffen, um den BF die Möglichkeit zu geben zumindest gewisse Aspekte der Tatsachenfrage zu rügen.<sup>151</sup>

Gem § 281 Abs 1 Z5 ist ein Urteil nichtig, wenn der Ausspruch des Gerichts über entscheidende Tatsachen undeutlich, unvollständig oder mit sich selbst im Widerspruch ist oder wenn über den Ausspruch keine oder offenbar unzureichende Gründe angegeben sind oder wenn zwischen dem Ausspruch und den Akten erheblicher Widerstand besteht.

Wie bereits in Kap 4.3 erörtert handelt es sich laut OGH bei entscheidenden Tatsachen, um Umstände, „die die Unterstellung unter ein Strafgesetz (Lösung der Schuldfrage) oder einen bestimmten Strafsatz betreffen.“<sup>152</sup> Nicht unter die entscheidenden Tatsachen fallen demnach Umstände die keinen materiell rechtlich Einfluss auf die Subsumtion haben oder die Ermessensfragen der Strafzumessung betreffen. Die fehlerhafte Feststellung solcher ist mittels Straferufung zu bekämpfen.<sup>153</sup>

Mit den fünf Fällen dieses Nichtigkeitsgrundes lassen sich Fehler sowohl bei der Feststellung, als auch bei der Begründung entscheidender Tatsachen bekämpfen. Diese Differenzierung ist insofern von Bedeutung, da die fünf verschiedenen Fälle dieses Nichtigkeitsgrundes, nicht alle an beiden Ebenen ansetzen. So betrifft der

1. Fall die „Undeutlichkeit“ sowohl die Feststellung als auch die Begründung,
2. Fall die „Unvollständigkeit“ nur die Begründung,
3. Fall der „innere Widerspruch“ die Feststellung und die Begründung,
4. Fall die „fehlende und offenbar unzureichende Begründung“ nur die Begründung,

---

<sup>151</sup> Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 9.108.

<sup>152</sup> RIS-Justiz RS0116503.

<sup>153</sup> Steininger, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5 Rz 3.

## 5. Fall die „Aktenwidrigkeit“ nur die Begründung.<sup>154</sup>

Im Unterschied zur Tatsachenrüge gem § 281 Abs 1 Z 5a und der Wiederaufnahme gem § 362 sollen grundsätzlich bloß die formalen Kriterien der Entscheidungsgründe eines Urteils mittels Z 5 bekämpfbar sein. Gleichwohl wird in der Praxi oft versucht, über diesen Nichtigkeitsgrund die Beweiswürdigung selbst anzufechten.<sup>155</sup> Dass dieser Nichtigkeitsgrund rein auf die formalen Verstöße der Beweiswürdigung zugeschnitten ist, und nicht auf die Beweiswürdigung selbst, lässt sich aus dem traditionellen Verständnis der Beweiswürdigung als reine Ermessensfrage erklären. Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z 5a jedoch anerkannt, dass dieses Verständnis nicht mehr zeitgemäß ist.<sup>156</sup>

Obwohl die Z 5 also grundsätzlich mit dem durchgeführten Beweisverfahren des Erstgerichtes begrenzt ist, ließ die Rsp vor allem in älteren Entscheidungen auch die Rüge von Aufklärungsmangel über den § 281 Abs 1 Z 5 zu.<sup>157</sup> Für so eine weite Interpretation dieses Nichtigkeitsgrundes kommen vor allem der 4. Fall die fehlende oder unzureichende Begründung und der 2. Fall der Z 5, die Unvollständigkeit, in Betracht.

Dem Anfechtungsgegenstand der Begründungsrüge, wie der vierte Fall der Z 5 auch genannt wird, liegt eine Verletzung der Begründungspflicht durch das Erstgericht zugrunde. Diese wird in § 270 Abs 2 Z 5 statuiert, auf welchen der § 281 Abs 1 Z 5 ausdrücklich verweist. Das Gericht muss demnach nicht nur darlegen, welche Tatsachen das Gericht aus welchen Gründen für erwiesen hält, sondern es muss auch zeigen, wieso es den entgegenstehenden Verfahrensergebnissen keinen Glauben schenkte. Aufgrund der Begründungspflicht müssen also alle Ergebnisse des Beweisverfahrens verwertet werden.

<sup>158</sup>

Gem dem Gesetzeswortlaut kommt die Begründungsrüge für zwei Fälle in Betracht. Der erste Fall rügt die fehlende Begründung. Es handelt sich hierbei nur um den Extremfall, indem das Gericht überhaupt keine Verbindung zwischen Feststellungen und Beweisverfahren gezogen hat. Der 2. Fall liegt vor, wenn das Gericht zwar eine

---

<sup>154</sup> Ratz in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 393.

<sup>155</sup> Ratz in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 397.

<sup>156</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5 Rz 17.

<sup>157</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5 Rz 39.

<sup>158</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5 Rz 25.

Begründung für die als erwiesen angesehenen Tatsachen angegeben hat, diese allerdings offenbar unzureichend ist. Hier geht es um die Kontrolle der begründenden Argumente.<sup>159</sup>

Der OGH setzt den Maßstab an eine fehlende oder offenbar unzureichende Begründung sehr hoch an. So sind nur Schlussfolgerungen die sich aus den Beweisergebnissen nach den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung nicht ableiten lassen oder gar unlogisch erscheinen unzureichend begründet.<sup>160</sup>

Obwohl, wie oben bereits erwähnt, die Ergebnisse des vom Erstgericht durchgeführten Beweisverfahrens den Rahmen für diesen Nichtigkeitsgrund bilden, hat die Rsp in einigen älteren Entscheidungen auch in dem Übergehen von Beweiserhebungen eine unzureichende Begründung gesehen. Je schwächer die Überzeugungskraft einer Begründung von Schlussfolgerungen ist, desto eher wird dem Gericht nahegelegt die vorhandenen Beweisquellen besser auszuwerten und in einigen Fällen sogar neue zu erheben.<sup>161</sup>

Rein sprachlich würde sich eine Verletzung der Aufklärungspflicht auch unter die „Unvollständigkeit“ subsumieren lassen. Hat das Gericht von Haus aus nicht alle notwendigen Beweise erhoben, so kann auch für keine vollständige Auswertung der Beweismittel gesorgt werden. Die frühere Rsp des OGH hat die Anfechtung einer unvollständigen Beweiserhebung mittels der Unvollständigkeitsrüge in gewissen Fällen noch zugelassen und die Erstgerichte zu Beweisaufnahmen aufgefordert.<sup>162</sup>

So hat das Höchstgericht beispielsweise in einem Strafverfahren über eine betrügerische Krida, das Urteil aufgrund einer von der StA gestellten Nichtigkeitsbeschwerde gem § 281 Abs 1 Z 5 aufgehoben. Das Erstgericht stellte aufgrund der Aussage des Angeklagten, er habe sich bei einer Grundstückstransaktion von seinem Anwalt beraten lassen fest, dass ihm das Unrechtbewusstsein fehlt. Der Verteidiger hatte auf zwar eine Vernehmung des Anwalts bestanden, sie ist aber aufgrund des Nichterscheins des Anwalts in der HV unterblieben. Laut OGH war diese Feststellung mangelhaft iSd Z 5, da der Anwalt des Angeklagten nicht vernommen wurde.<sup>163</sup>

Die neuere Rechtsprechung sieht eine Verletzung des Instruktionsgrundsatzes, also bei Nichtheranziehen gewisser Beweismittel durch das Erstgericht, nicht von der

---

<sup>159</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5 Rz 26.

<sup>160</sup> RIS-Justiz RS0099628.

<sup>161</sup> *Steininger*, Ein neuer Nichtigkeitsgrund mangelnder Sachaufklärung im Strafprozeß? ÖJZ 1990, 73(80).

<sup>162</sup> *Steininger*, Tatfrage 240.

<sup>163</sup> *Steininger*, Tatfrage 240 unter Verweis auf OGH 13 Os 115/85 EvBl 1986/130.

Unvollständigkeit des § 281 Abs 1 Z 5 umfasst. „*Angeblich unvollständige Beweiserhebung (...) sind jedoch nicht Gegenstand einer Mängelrüge*“<sup>164</sup> Es lässt sich nun festhalten, dass, obwohl in der Vergangenheit eine mangelhafte Stoffsammlung unter gewissen Umständen zur Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 führte, er kein probates Mittel darstellt, um eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung zu bekämpfen. Die hL und die neuere Rechtsprechung sieht den klassischen Aufklärungsmangel nicht vom Anwendungsbereich dieses Nichtigkeitsgrundes umfasst.

### 5.1.3 Der § 281 Abs 1 Z 5a als Aufklärungsrüge

Auf die grundsätzliche Unanfechtbarkeit der Beweiswürdigung von schöffen- und geschworenengerichtlichen Urteilen wurde auch durch die Schaffung der Z 5a, welche durch das StRÄG 1987 in den Katalog der Nichtigkeitsgründe aufgenommen wurde, nicht verzichtet. Die sog. Tatsachenrüge ermöglicht allerdings die Überprüfung der der Beweiswürdigung zu Grunde gelegten Tatsachen. Dieser Nichtigkeitsgrund zielt auf eine Überprüfung der Einhaltung der durch Z 5 definierten Grenzen der freien Beweiswürdigung ab.<sup>165</sup>

Laut § 281 Abs 1 Z 5a ist ein Urteil nichtig, „*wenn sich aus den Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen ergeben*“ Dieser aus dem § 281 Abs 1 Z 5 hervorgegangener Nichtigkeitsgrund hat nach überwiegender Meinung zwei Anwendungsgebiete. Einerseits die bereits erwähnte Überprüfung des verwerteten Beweismaterials auf Bewertungsmängel und andererseits, den für das Thema dieser Arbeit einschlägigen Aufklärungsmangel.<sup>166</sup>

Diese Ansicht ergibt sich bereits aus dem Bericht des Justizausschusses zum StRÄG 1987. Mit Normierung dieses Nichtigkeitsgrundes wollte der Gesetzgeber den bereits seit langem gestellten Forderungen auf Verbesserung des Rechtsmittelverfahrens in Senatsprozessen entgegenkommen und hat die Möglichkeit geschaffen, die Beweiswürdigung in gewissem Umfang anzufechten. Die Überprüfung soll dann möglich sein, wenn erhebliche Bedenken gegen den Schuldspruch geltend gemacht werden. Die Anfechtungsmöglichkeit soll dabei

---

<sup>164</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5 Rz 41 unter Verweis auf OGH 13 Os 59/06k = SSt 2006/62.

<sup>165</sup> *Fabrizy*, StPO § 281 Rz 62 ff.

<sup>166</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz 1

über die mittels Z 5 geltend zu machende „*offenbar unzureichende Begründung*“ und Aktenwidrigkeit hinausgehen. Es soll die „*(intersubjektiv) nicht hinreichend überzeugende Beweiswürdigung in Bezug auf die Lösung der Tatfrage*“ anfechtbar sein. Erhebliche Bedenken können sich allerdings eben auch daraus ergeben, dass das erkennende Gericht zwar richtig argumentiert hat, aber Beweismittel unter Außerachtlassung der Pflicht zur amtswegigen Erforschung der Wahrheit nicht oder nur unzureichend ausgeschöpft hat und folglich ein Aufklärungsmangel vorliegt.<sup>167</sup>

Die Nichtigkeit nach Z 5a ist in einem Mangel jener der Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen (zur Definition siehe oben Kap 5.1.2 und Kap 4.3) begründet. Sie hat also den gleichen Anknüpfungspunkt wie die Nichtigkeit nach Z 5.<sup>168</sup> Im Unterschied zu Z 5 ist dieser Nichtigkeitsgrund allerdings nicht auf die Urteilsbegründung gem § 270 oder auf die in der HV gem § 258 Abs 1 vorgekommenen Beweise beschränkt. Bedenken können sich aus dem gesamten Aktenmaterial ergeben<sup>169</sup> Die Indikation der erheblichen Bedenken aus den Akten hat der OGH immer sehr weit gefasst. Die Rüge kann sich auch mit Beweismaterial befassen, welches aufgrund rechtzeitigen Einlangens in der HV hätte vorkommen können und dürfen oder welches Anlass zur Beweisaufnahme gegeben hätte.<sup>170</sup> Gleichzeitig bildet die aktenmäßige Indikation der erheblichen Bedenken auch die Grenze der Tatsachenrüge, im Gegensatz zur Schuldberufung dürfen keine neuen Tatsachen vorgebracht werden, es gilt das Neuerungsverbot.<sup>171</sup>

Die sich aus den Akten ergebenden „*erheblichen Bedenken*“ sind das zentrale Merkmal der Z 5a. Nach Inkrafttreten dieser Norm erforderte es einer Differenzierung dieses Begriffes, von der sonst nur im einzelgerichtlichen Verfahren zulässigen Schuldberufung, mit der die gesamte Beweiswürdigung anfechtbar ist. (siehe unten Kap 5.2). Die frühe Rechtsprechung des OGH hat sich noch darauf konzentriert festzustellen, wann erhebliche Bedenken nicht gegeben sind. IM Rahmen dieser ständigen Judikatur sprach der OGH explizit aus, dass dieser Nichtigkeitsgrund nicht die Anfechtung der tatrichterlichen Beweiswürdigung im Sinne einer echten Schuldberufung ermöglicht.<sup>172</sup>

Allerdings musste der OGH auch bald positive Kriterien für die erheblichen Bedenken schaffen und lies eine Überprüfung der Beweiswerterträge zu. Die grundsätzliche

---

<sup>167</sup> JAB 359 BlgNR XVII. GP 43.

<sup>168</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz1.

<sup>169</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz 2.

<sup>170</sup> *Fabrizy*, Die Handhabung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z 5a StPO, in FS Miklau (2006) 131 (134) unter Verweis auf RIS-Justiz RS0119310, RS0117516.

<sup>171</sup> *Weratschnig* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 281 Abs 1 Z 5a Rz 4.

<sup>172</sup> *Fabrizy* in FS Miklau 132 unter Verweis auf RIS-Justiz RS0100555.

Unanfechtbarkeit der Beweiswürdigung blieb allerdings aufrecht. Laut dieser Rsp beginnt der Anwendungsbereich des § 281 Abs 1 Z 5a dort, wo die Grenzen der freien Beweiswürdigung durchbrochen werden.<sup>173</sup>

In seiner neueren Rechtsprechung sieht der OGH den Anwendungsbereich der Z 5a weitaus restriktiver als es der Wortlaut vermuten lässt. Demnach will dieser Nichtigkeitsgrund als Tatsachenrüge nur „*schlechterdings unerträgliche Feststellungen zu entscheidenden Tatsachen (...) und völlig lebensfremde Ergebnisse der Beweiswürdigung durch konkreten Verweis auf aktenkundige Beweismittel (...) verhindern.*“<sup>174</sup> Bertel erachtet in dieser sehr strengen Auslegung nicht nur die Absicht des Gesetzgebers, sondern auch den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz verletzt. Er begründet dies mit der Rechtsprechung in Mediensachen im Rahmen derer der OGH, unter Berücksichtigung der Rsp des EGMR zu Art 10 EMRK, die Erheblichkeitsschwelle weitaus niedriger ansetzt.<sup>175</sup>

Als Tatsachenrüge kann die Z 5a erhoben werden, wenn in den Akten Beweisergebnisse, welche eine entscheidende Tatsache betreffen, existieren, die erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit einer Urteilsannahme aufkommen lassen. Maßstab ist hier die allgemeine menschliche Erfahrung.<sup>176</sup> Lehre und die Rechtsprechung sprechen auch von der „*intersubjektiven Überzeugungskraft*“. Dieser Begriff wurde erstmals von Nowakowski in diesem Zusammenhang verwendet. Laut ihm hängt die Beweiswürdigung teilweise von persönlichen Einstellungen und Haltungen ab. Jeder Mensch sieht Dinge anders, ist allerdings von seiner persönlichen Sicht der Dinge überzeugt. Rational, also intersubjektiv lässt sich die Beweiswürdigung nicht begründen. Laut Nowakowski sollen im Rahmen einer Tatsachenrüge Situationen in denen man sagen kann: „*Ich bin dieser Überzeugung, man kann aber auch der anderen sein*“ nicht anfechtbar sein. Fällt die Beweiswürdigung allerdings aus dem Rahmen des Vertretbaren und führt dies zu Situationen wo man sagen muss: „*Dieser Überzeugung kann man vernünftiger Weise denn doch nicht sein!*“ soll eine Anfechtung möglich sein. Bedenken über die Subjektivität des Beurteilers, welche intersubjektive Überzeugungskraft besitzen, sollen der Anfechtung durch eine Tatsachenrüge zugänglich sein.<sup>177</sup>

Objektiv-systematisch sei eine solche Tatsachen Rüge in der Z 5a allerdings fehl platziert. Nowakowski, sprach sich in seinem Gutachten zum 2. Österreichischen Juristen Tag gegen

---

<sup>173</sup> Fabrizy in FS Miklau 133 unter Verweis auf RIS-Justiz RS0099716, RIS-Justiz RS0099720.

<sup>174</sup> RIS-Justiz RS0118780.

<sup>175</sup> Bertl/Venier, Strafprozessrecht Rz 375.

<sup>176</sup> Weratschnig in Schmölzer/Mühlbacher, StPO § 281 Abs 1 Z 5a Rz 4.

<sup>177</sup> Nowakowski, Gutachten für die Verhandlungen des 2. Österreichischen Juristentages 1964, 16ff.

eine Verankerung der Tatsachenrüge in der damals noch zu schaffenden Z 5a aus. Der neue Nichtigkeitsgrund sei nicht formal zu verstehen. Durch ihn soll eine materielle Überprüfung der festgestellten Tatsachen ermöglicht werden. Setzt man ihn in einer räumlichen Beziehung zu dem formalen Nichtigkeitsgrund der Z 5 könnte diese Eigenschaft verdunkelt werden.<sup>178</sup>

Vorrangig für das Thema dieser Arbeit ist allerdings der zweite Anwendungsbereich der Z 5a, die sog Aufklärungsrüge. Grundsätzlich können sich auch aus einer unvollständigen Sachverhaltsaufklärung iSd §§ 232 Abs 2 und 254 erhebliche Bedenken nach Z 5a ergeben. Es entspricht nunmehr der herrschenden Ansicht, dass in dieser weiten Auslegung der „*erheblichen Bedenken*“, Aufklärungsmängel des Erstgerichts beinhaltet sind.<sup>179</sup> Rein sprachlich lässt sich diese Auslegung jedenfalls unter die Z5a subsumieren, da erhebliche Bedenken auch durch eine fehlerhafte Stoffsammlung entstehen können. Auch die „*erheblichen Bedenken*“ iSd § 362 werden in der Rsp dahingehend ausgelegt. (siehe unten Kap 5.3) Subjektiv-historisch lässt sich diese Interpretation auch durch den Jab zum StRÄG 1987 stützen, in welchem der Gesetzgeber explizit festhält, dass sich erhebliche Bedenken auch aus einer Verletzung der Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung ergeben können (siehe oben).<sup>180</sup>

Moss kritisiert die Normierung der Aufklärungsrüge in der Z 5a. Die Aufklärungsrüge rügt eine fehlende bzw. unzureichende Stoffsammlung sie geht den Anwendungsbereich der Z 5 und Z5a als Tatsachenrüge prozedural voraus. Diese systematisch unrichtige Einordnung der Aufklärungsrüge lässt sich allerdings mit der früheren Rsp zu Z 5 erklären, in welcher der OGH, unter Ermangelung einer echten Aufklärungsrüge gelegentlich Urteile aufgrund eines Aufklärungsmangels aufhob. (siehe oben)<sup>181</sup>

Nichts desto trotz lässt die Rsp und die überwiegende Lehre die Anfechtung eines Aufklärungsmangels über Z 5a zu. Der Musterfall eines Aufklärungsmangels ergibt sich aus der Tatsache, dass es in den Akten Hinweise auf ein Beweismittel existieren, auf welches noch in keinem Verfahrensstadium Bedacht genommen wurde.<sup>182</sup> Wird ein Beweismittel zwar im EV verwendet und geht von ihm auch ein Beweiswert aus, liegt ein Aufklärungsmangel vor, wenn das Gericht es in der HV unberücksichtigt lässt. Steininger

---

<sup>178</sup> Nowakowski, Gutachten für die Verhandlungen des 2. Österreichischen Juristentages 1964, 22.

<sup>179</sup> Steininger, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz16.

<sup>180</sup> Steininger, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz17.

<sup>181</sup> Moos, Die Ausdehnung der Nichtigkeitsbeschwerde auf die Beweiswürdigung nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO in ÖJZ 1989, 135.

<sup>182</sup> Steininger, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz 21 unter Verweis auf 12 Os 12/90 = RZ 1990/94.

verweist hier auf ein Urteil, des OGH in dem „*erhebliche Bedenken gegen die wider den leugnenden Angeklagten ergangenen Schuldsprüche iSd Z 5a geweckt wurden, indem der einzige Belastungszeuge in der HV nicht zu seinen Widersprüchlichen Aussagen im Vorverfahren befragt wurde.*“ Eine mangelhafte Auseinandersetzung mit Widersprüchen von Beweismitteln, welche in der HV vorgekommen sind, ist hingegen mittels der Unvollständigkeitsrüge gem § 281 Abs 1 Z 5 zu bekämpfen.<sup>183</sup>

Ein Aufklärungsmangel muss sich auf entscheidende Tatsachen beziehen und durch die Akten indiziert werden, um mithilfe der Z 5a bekämpft werden zu können. Dies zeigt, dass die Aufklärungsrüge an den Instruktionsgrundsatz gebunden ist. Die Unterlassung der Aufnahme von Beweismitteln, welche nicht aufgrund der Pflicht zur Wahrheitsermittlung aufgenommen werden müssen, sollen auch nicht mittels der Aufklärungsrüge gerügt werden können. Aufklärungsmängel in Bezug auf Beweismittel, die sich nicht aus den Akten ableiten lassen und die bei inhaltsgleicher Beweisantragsstellung in der HV aus formalen Gründen abgelehnt worden wären, sind der Anfechtung mittels der Z 5a nicht zugänglich.<sup>184</sup>

Das Rechtsmittelgericht betrachtet die Frage ob ein Aufklärungsmangel vorliegt, unabhängig davon ob dieser mittels der Aufklärungsrüge gem Z 5a oder der Antragsrüge gem Z 4 geltend gemacht wird, ex post aus Sicht eines abgeschlossenen Verfahren. Während sich im erstinstanzlichen Verfahren die Relevanz einer Beweisaufnahme erst im Laufe des Verfahrens ergeben kann, verbindet der OGH Entstehungs- und Beurteilungszeitpunkt.<sup>185</sup>

Will der BF eine unzureichende Beweisaufnahme im Geschworenverfahren gem § 345 Z 10a bekämpfen, ergeben sich einige Besonderheiten, da der Wahrspruch des Geschworenenurteils ja bekanntlich keine Begründung kennt. Der Nichtigkeitsgrund der Z 10a bildet hier eine Ausnahme des Grundsatzes, dass der Wahrspruch der Geschworenen mittels Nichtigkeitsbeschwerde unanfechtbar ist. Damit kann die Tatfrage unabhängig von dem Vorliegen einer richterlichen Beweiswürdigung in der Niederschrift oder der Überzeugungskraft der darin enthaltenen Erwägungen eigenständig überprüft werden. Die gesamte Aktenlage, respektive das dem Angeklagten rechtlich zugängliche Aktenmaterial, ist in die Beurteilung bei der Frage, ob Bedenken vorliegen, einzubeziehen. Die Rsp

---

<sup>183</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz 25 unter Verweis auf OGH 22.03.2006 13Os13/06w.

<sup>184</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz 18ff.

<sup>185</sup> *Steininger* in FS Platzgummer 343.



entzieht allerdings die Niederschrift, also jenen Teil der Akten, der einer Begründung am nächsten kommt, der Beurteilungsgrundlage der Tatsachenrüge gem Z 10a.<sup>186</sup>

#### 5.1.4 Mitwirkungspflichten des Beschwerdeführers

Die hier aufgezeigten Möglichkeiten der Anfechtung einer unvollständigen Stoffsammlung durch das Erstgericht erfahren durch den OGH allerdings eine gewichtige Einschränkung. Will der BF nämlich eine unvollständige Sachverhaltsaufklärung mittels Z 5a bekämpfen, muss er auch darlegen, woran er gehindert war, in der HV einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Z 5a kann somit nur subsidiär gegenüber der Antragsrüge aufgegriffen werden.<sup>187</sup>

Die frühere Rsp vermied die Verbindung der Z 5a mit dem Erfordernis einer Parteiinitiative in der HV. Sie stellte nur höhere Anforderungen an die „erheblichen Bedenken“.<sup>188</sup> Auch nach der Einführung der Z 5a stellte der OGH klar, dass über diesen Nichtigkeitsgrund nur ausnahmsweise eine Verletzung der Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung geltend gemacht werden kann. Dies wurde nur dann als gerechtfertigt erachtet, wenn „*die Sachverhaltsermittlung derart mangelhaft geblieben ist, daß erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen auf der Basis der bisherigen Verfahrensergebnisse bestehen*“. Primär soll die unzureichende Stoffsammlung über die Antragsstellung gem Z 4, also nur über eine konkrete Beweisantragsstellung in der HV geschehen.<sup>189</sup>

Die neuere Rechtsprechung lässt, wie eben angeführt, selbst bei erheblichen Bedenken keine Aufklärungsrüge über Z 5a zu, wenn der Antragsteller nicht darlegen kann, woran er an einer diesbezüglichen Antragstellung in der HV gehindert war.<sup>190</sup> Diese mittlerweile als ständig anzusehende Rsp wird von Ratz gestützt. Laut diesem führt „*überbetonte „josefinisch“ anmutende Amtswegigkeit*“ zu Vernachlässigung der Verteidigungsrechte. Gleichzeitig wird bei einem zu einfachen Zugang zur Aufklärungsrüge aus den Augen verloren, dass eine Nichtigkeitsbeschwerde nur zur Kontrolle des erstinstanzlichen Verfahren dienen soll. Wird dieses bei erfolgreicher Beschwerde wiederholt, wird der

---

<sup>186</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz 28ff unter Verweis auf RIS-Justiz RS0115549.

<sup>187</sup> RIS-Justiz RS0115823.

<sup>188</sup> *Steininger*, Nichtigkeitsgründe § 281 Abs 1 Z 5a Rz 22ff.

<sup>189</sup> RIS-Justiz RS0099195.

<sup>190</sup> Vgl OGH 15Os10/03 ÖJZ-LSK 2003/153 = SSt 2003/19; RIS-Justiz RS0114036.

Abstand zwischen den zu beweisenden Sachverhalt und den vorzuführenden Beweismitteln nochmals größer und soll deswegen tunlichst vermieden werden.<sup>191</sup>

Auch Kier beschreibt diese Rsp, aus Sicht eines Strafverteidigers als nachvollziehbar. Würde man auf das Erfordernis eines Parteiantrages verzichten, eröffne dies der Verteidigung die Möglichkeit, im Zuge des Aktenstudiums auf ein darin indiziertes, allerdings weder von der StA noch vom Erstgericht behandeltes Beweismittel zu fokussieren und dieses bewusst nicht in der HV zu beantragen, um zu sehen ob das vorhandene Beweismaterial für ein Urteil ausreicht. Ein schuldig sprechendes Urteil könnte unter Verweis auf das Unterbleiben der amtswegigen Wahrheitserforschung aufgehoben werden. Unter diesem Gesichtspunkt hält Kier die hier vom OGH geforderte Mitwirkungspflicht des Verteidigers für verständlich.<sup>192</sup>

Moos hingegen kritisiert diese Praxis des OGH. Er sieht in der Begründung, es sei primär Sache der Parteien eine unzulängliche Stoffsammlung schon in der HV zu rügen und eine Beweisaufnahme zu veranlassen, einen Widerspruch zum Amtsermittlungsgrundsatz.<sup>193</sup> Auch seitens der Strafverteidiger wird diese Subsidiarität immer wieder kritisiert. So steht etwa Tudor-Kostic dieser „*Beweisantragspflicht*“ sehr kritisch gegenüber. Da laut ihm das Gericht in der HV nur versucht, den in der Anklageschrift behaupteten Sachverhalt zu beweisen und der Angeklagte nur über einen den strengen formalen Erfordernissen des § 55 StPO entsprechenden Beweisantrag Einfluss auf die Stoffsammlung nehmen kann, sieht er den „fair trial“ Grundsatz verletzt. *„Diese Mischung zwischen Amtswegigkeit (zu Lasten des Angeklagten) einerseits und der auf hohem Level formal zu prüfenden Beweisantragspflicht der Verteidigung andererseits setzt den österreichischen Strafprozess immer wieder in ein Spannungsverhältnis zum fair trial.“*<sup>194</sup>

Wie in dieser Arbeit bereits dargestellt worden ist hat die Rechtsprechung auch sukzessive immer mehr Mitwirkung der Parteien schon bei der Stellung eines Beweisantrages verlangt. (siehe oben Kap 4.1). Im Zusammenhang mit der Subsidiarität der Aufklärungsrüge verleiht dies dem österreichischen, eigentlich inquisitorisch geprägten Strafprozess, adversatorische Tendenzen. Laut Fuchs gibt es für diese von den Parteien geforderte Mitwirkung gute Gründe. Einerseits ist es dem Rechtsmittelgericht in einer von

---

<sup>191</sup> Ratz in Fuchs/Ratz, WK StPO § 281 Rz 480.

<sup>192</sup> Kier, Brauchen wir ein neues Rechtsmittelverfahren in Österreich? Pro und Contra - Teil 1, ÖJZ 2013, 1013 (1017).

<sup>193</sup> Moos, Die Reform der Hauptverhandlung. Teil 2, ÖJZ 2003, 369 (376).

<sup>194</sup> Todor-Kostic, Die Beweisantragspflicht im Spannungsverhältnis zur amtswegigen Wahrheitserforschung, JSt 2017, 470.

immer komplexeren Sachverhalten geprägten Prozessrealität nicht zuzumuten, das Urteil aufgrund einer allgemein gehaltenen Rüge in alle Richtungen hin zu überprüfen. Die Beweisbeschaffung muss unter Beteiligung der Parteien erfolgen. Andererseits sprechen auch Gründe der Prozessökonomie dafür. Falls dem Erstgericht ein Fehler unterläuft, indem es etwa eine notwendige Beweisaufnahme unterlässt, soll dies möglichst noch im selben Verfahrensstadium behoben werden und nicht erst über den Rechtsmittelweg. Die Nichtmitwirkung des Angeklagten soll mit einer Beschränkung seiner Rechtsmittelmöglichkeiten sanktioniert werden. „*Mit einem Wort: Der moderne Prozess erfordert die tätige Mitwirkung der Parteien.*“<sup>195</sup>

Allerdings hat diese geforderte Mitwirkung der Parteien laut Fuchs auch eine Kehrseite. Vor allem muss man dem, von dem die Mitwirkung verlangt wird, auch wirklich die Möglichkeit geben dieser nachkommen zu können, insb der Verteidigung. Dem StA stehen ohnehin alle staatlichen Mittel zu Verfügung. Fuchs forderte auf Grund der erhöhten Mitwirkungspflicht, dass das Gericht die Forderungen des § 238 ernst nehmen sollte. Nur wenn über Beweisanträge sofort entschieden wird und die Entscheidungsgründe jederzeit verkündet und protokolliert werden müssen, kann der Antragsteller auf eine allenfalls mangelnde Antragsstellung reagieren. (siehe oben 5.1.1). Neben der gesetzlichen Verankerung eines eigenen Nachforschungsrechtes des Beschuldigten, welches auch heute noch vergeblich in der StPO zu suchen ist, fordert Fuchs aufgrund dieser adversatorischen Tendenzen auch eine Reform der Verfahrenshilfe. Wenn man an die Tätigkeit des Verteidigers hohe Ansprüche stellt indem er, bei sonstiger Beschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten, kluge und gut begründete Anträge stellen muss, verlangt man gleichzeitig eine gute, sprich zeitintensive Prozessvorbereitung von ihm. Fuchs schlägt deshalb vor den Verfahrenshilfe-Anwalt nach Tarif zu bezahlen und nicht mittels einer Pauschalvergütung gem § 48 RAO eine zukünftige Pensionsleistung in Aussicht zu stellen. Allein schon deswegen, um ihm die ökonomischen Mittel zu Verfügung zu stellen, seiner neuen Rolle im Strafverfahren gerecht zu werden.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> Fuchs, 33. Ottensteiner Fortbildungsseminar, 20.

<sup>196</sup> Fuchs, 33. Ottensteiner Fortbildungsseminar, 20.

## 5.2 Einzelgerichtliche Urteile

Gem § 463 ist die Berufung an das LG das einzige zulässige Rechtsmittel gegen Urteile des BG. Sie kann gem § 464 entweder wegen vorliegender Nichtigkeitsgründe, wegen des Ausspruches über die Schuld und Strafe oder wegen des Ausspruchs über privatrechtliche Ansprüche ergriffen werden. Gem § 489 ist die Berufung auch das einzige Rechtsmittel gegen Urteile des LG als Einzelrichter. Sie ergeht in diesem Fall an das OLG. Mittels der Berufung werden die Anfechtungsmöglichkeiten, welche gegen ein kollegialgerichtliches Urteil zu Verfügung stehen, in einem Rechtsmittel verbunden, erweitert um die Möglichkeit das Ergebnis der Beweiswürdigung bekämpfen zu können.<sup>197</sup>

Ziel der Schuldberufung gem § 464 Z 2 ist die Änderung oder Ergänzung der schulderheblichen Feststellungen des Urteils durch das LG. Im Gegensatz zum Verfahren über eine Nichtigkeitsbeschwerde vor dem OGH herrscht hier kein Neuerungsverbot. Es können gem § 467 neue Beweisanträge gestellt werden und in Folge kann es vor dem Berufungsgericht zu einem neuem Beweisverfahren kommen.<sup>198</sup> In der Praxis hingegen hat es sich nicht unumstritten eingebürgert, dass das Rechtsmittelgericht gem § 470 Z3 das Urteil in nichtöffentlicher Sitzung aufhebt und die Sache an das Erstgericht zurück verweist, wenn es Zweifel am festgestellten Sachverhalt hegt. Gegen eine öffentliche Verhandlung vor dem LG bzw. OLG samt Wiederholung oder Ergänzung des Beweisverfahrens ,wie es der § 473 Abs 2 vorsieht, sprechen oftmals reine Zweckmäßigungsgründe.

Beweisanträge, die im Rahmen einer Schuldberufung gestellt werden, unterliegen den taxativen Ablehnungsgründen des § 55 Abs 2 (siehe oben Kap 4.5). Auch hierbei gilt das Verbot der Beweisantizipation. Ergeben sich Hinweise auf weitere Beweise, welche etwas zur Wahrheitsforschung beitragen könnten, müssen diese gem § 3 von Amts wegen aufgenommen werden.<sup>199</sup>

Die Berufung ist für den BF relativ leicht zu handhaben. Es kann alles vorgebracht werden, das den vom Erstgericht getroffenen Feststellungen entgegensteht. Kann der BF allerdings keine neuen Beweise vorlegen, erweist sich die Schuldberufung laut Kier als „*stumpfe Waffe*“ der Verteidigung, da die Rechtsmittelgerichte nur selten die Beweiswürdigung des

---

<sup>197</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 464 Rz 1.

<sup>198</sup> *Bertl/Venier*, Strafprozessrecht Rz 419.

<sup>199</sup> *Bertl/Venier*, Strafprozessrecht Rz 422.

Erstrichters als verfehlt ansehen. Auch die in der Berufung beantragten Beweismittel werden von den Rechtsmittelgerichten nur sehr restriktiv aufgenommen. Kier empfiehlt deshalb, alle vorhanden Beweismittel bereits in der ersten Instanz vorzulegen.<sup>200</sup> Kommen während der HV im einzelgerichtlichen Verfahren erhebliche Beweise nicht vor, kann dies der Angeklagte nur mittels der Schuldberufung beanstanden. Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z5a kann gem § 468 Abs 1 nicht ergriffen werden.<sup>201</sup>

Im Gegensatz zum Verfahren über Nichtigkeitsbeschwerden, in welchen die Bekämpfung einer Verletzung der Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung durch das Erstgericht oftmals schon aufgrund des Fehlens formaler Kriterien zum Scheitern verurteilt ist, kann mittels der Schuldberufung eine solche Verletzung relativ leicht beanstandet werden. Vor allem ist man bei der Bekämpfung einer unzureichenden Sachverhaltsaufklärung nicht an die Antragsstellung in der HV gebunden ist. Der Umstand, dass Urteile des BG und des LG als Einzelrichter, welche in das Leben des Verurteilten in der Regel nicht so schwerwiegend eingreifen wie Urteile der Kollegialgerichte, im Gegensatz zu diesen in der Tatfrage viel leichter und formfreier bekämpfbar sind, führte in der Lehre und Praxis immer wieder zu Kritik.

So schlug Birklbauer in seinem Gutachten zum 18. ÖJT auch für das kollegialgerichtliche Verfahren die Schaffung einer 2. Tatsacheninstanz vor. Durch die begrenzte Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung über den § 281 Abs 1 Z 5a ist zwar versucht worden, einen Kompromiss zu schaffen, aber dieser wird zum überwiegenden Teil als unbefriedigend aufgefasst. Die 2. Tatsacheninstanz für Kollegialgerichte soll sich laut dem Gutachten an der Schuldberufung orientieren und eine Beweiswiederholung nur dann stattfinden, wenn dies aus berechtigten Zweifeln an der Richtigkeit der Beweiswürdigung indiziert wird. Als einheitliche Restmittelinstanz soll das OLG fungieren.<sup>202</sup> Anderer Meinung ist hingegen Kier. Laut ihm würde eine Schaffung einer vollen 2. Tatsacheninstanz nicht nur hinsichtlich der Verfahrensdauer problematisch werden, sondern würde auch nicht zu einem besseren Ergebnis der Beweiswürdigung führen.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> Kier in Kier/Wess, Handbuch Strafverteidigung (2017) Rz 12.154 ff.

<sup>201</sup> Bertl/Venier Kommentar zur Strafprozessordnung (2012) § 464 Rz 3.

<sup>202</sup> Birklbauer, Braucht unser Strafprozess ein neues Rechtsmittelsystem? in Verhandlungen des Achtzehnten Österreichischen Juristentages, Bd III/1 87.

<sup>203</sup> Kier, ÖJZ 2013, 1016.

## 5.3 Außerordentliche Rechtsmittel

Verlässt man bei der Überlegung, wie eine Verletzung des Prinzips der amtswegigen Wahrheitserforschung bekämpft werden kann, den Katalog der ordentlichen Rechtsmittel und wendet seinen Blick den außerordentlichen Rechtsmitteln zu, kommt hier vor allem die Wiederaufnahme des Verfahrens in Betracht.

### 5.3.1 Ordentliche Wiederaufnahme

Die ordentliche Wiederaufnahme wird in den §§ 352 ff geregelt. Das Recht zur ordentlichen Wiederaufnahme des rechtskräftig Verurteilten wird in § 353 normiert. Gem dessen Abs 2 ist der Verurteilte zur Wiederaufnahme berechtigt, wenn er neue Tatsachen oder neue Beweismittel vorbringen kann, die geeignet erscheinen, seine Freisprechung oder die Verurteilung unter ein milderes Strafgesetz zu bewirken.

Neu sind Tatsachen und Beweismittel, „*wenn sie im früheren Verfahren nicht zur Kenntnis des Gerichtes gelangt sind oder wenn sie dem Gericht erst später zugänglich geworden sind*“<sup>204</sup> Bei der Frage ob die neu vorgebrachten Beweismittel geeignet sind die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts zu beeinflussen, ist gleich vorzugehen wie bei der Relevanzprüfung von in der HV gestellten Beweisanträgen (siehe oben Kap 4.4). Früher erhobene Beweisergebnisse sind bei der Prüfung allerdings zu beachten.<sup>205</sup>

Grundsätzlich gilt die Pflicht zur amtswegigen Wahrheitserforschung auch für das Wiederaufnahmeverfahren. Werden neue Beweismittel vorgebracht, kann das Rechtsmittelgericht weitere Kontrollbeweise von Amts wegen aufnehmen. Allerdings beschränkt sich die Sachverhaltsaufklärung hierbei auf das Wiederaufnahmeverbringen. Ermittlungen, welche in keiner Verbindung zu dem Vorbringen des BF stehen, sind nicht durchzuführen.<sup>206</sup> „*Der Untersuchungsrichter hat vielmehr entsprechend dem in § 3 StPO zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit von Amts wegen innerhalb der durch den Antrag gezogenen Grenzen jeden für die Entscheidung*

---

<sup>204</sup> RIS-Justiz RS0101229.

<sup>205</sup> Fabrizy, StPO § 353 Rz 3.

<sup>206</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 46.

*über die begehrte Wiederaufnahme wesentlichen Umstand zu prüfen.*<sup>207</sup> Auch hier gilt das Verbot der vorgreifenden Beweiswürdigung. Das Gericht hat sich bei dem Wiederaufnahme-Verfahren lediglich auf eine Prüfung darauf zu beschränken, zu prüfen ob das Beweismittel geeignet iSd § 352 Abs 2 ist. Die konkrete Beweiswürdigung und Beweiswertbestimmung ist in einem neuen Erkenntnisverfahren durchzuführen.<sup>208</sup>

Eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung im Sinne einer Verletzung des Instruktionsgrundsatz durch das Erstgericht kann also grundsätzlich nicht mittels der ordentlichen Wiederaufnahme bekämpft werden, da das Gericht ohne Kenntnis der nicht ausgeschöpften Beweismittel diesen ja gar nicht verletzen konnte (zum Umfang der Beweisaufnahme siehe oben Kap 3.2).

### **5.3.2 Außerordentliche Wiederaufnahme**

Die in § 362 normierte außerordentliche Wiederaufnahme ermöglicht es dem OGH entweder im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde von Amts wegen oder über besonderen Antrag des Generalprokurators Urteile zu Gunsten des Verurteilten aufheben, wenn sich bei Prüfung der Akten „*erhebliche Bedenken*“ gegen die Richtigkeit der „*dem Urteil zu Grunde gelegten Tatsachen*“ ergeben. Sie wird allerdings nur in selten Fällen vom OGH ergriffen.<sup>209</sup>

Mit der Einführung der Z 5a durch das StrÄG 1987, die es nun auch ermöglichte über die Nichtigkeitsbeschwerde „*erhebliche Bedenken*“ gegen die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts zu bekämpfen, entbrannte eine Diskussion über das Verhältnis der außerordentlichen Wiederaufnahme und der Tatsachenrüge. Laut Moos sollte der Anwendungsbereich der Z 5a weiter ausfallen, als der des § 362 und jener der Z 5. Es bestand die Befürchtung, die neu eingeführte Tatsachenrüge würde andernfalls obsolet werden.<sup>210</sup>

Laut Bertl hingegen entspricht der Anwendungsbereich des § 362 dem des § 281 Abs 1 Z 5a.<sup>211</sup> Auch laut Ratz sind die Anforderungen an die Erheblichkeit der

---

<sup>207</sup> RIS-Justiz RS0117043.

<sup>208</sup> Lewisch in Fuchs/Ratz, WK StPO § 353 Rz 66.

<sup>209</sup> Bertl/Venier, Strafprozessrecht Rz 476.

<sup>210</sup> Moos, Die Ausdehnung der Nichtigkeitsbeschwerde auf die Beweiswürdigung nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO in ÖJZ 1989, 102.

<sup>211</sup> Bertel, Grundriß des österreichischen Strafprozessrechts<sup>2</sup> Ergänzungsheft 1988 Rz 858a.

Bedenken die gleichen, wie für den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5a. Gleiches gilt für den Begriff der „*Entscheidenden Tatsachen*“. Trotz der Ähnlichkeit zu der Tatsachenrüge bestehen hinsichtlich des Prüfungsumfanges, den die außerordentliche Wiederaufnahme gewährt, Unterschiede. Der OGH kann die außerordentlichen Wiederaufnahme auch aus den in § 535 genannten Gründen ergreifen, welche aufgrund des Neuerungsverbot nicht vom Anwendungsbereich der Tatsachenrüge umfasst sind. Des Weiteren ist der OGH nicht an ein vorgeführtes bzw zu Unrecht nicht vorgeführtes Beweismaterial gebunden. Auch eine amtswegige Wahrnehmung eines Aufklärungsmangels des Erstgerichtes mittels des § 281 Abs 1 Z 5a kommt gem § 290 Abs 1 nicht in Betracht. Wird der OGH allerdings im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde befasst, kann er „*erhebliche Bedenken*“ über den § 362 auch ohne besonderen Antrag geltend machen.<sup>212</sup>

Berücksichtigt man nun den Wortlaut des Jab zum StrÄG 1987, der eine unzureichende Stoffsammlung als „*erhebliche Bedenken*“ iSd § 281 Abs 1 Z 5a qualifiziert, und folgt Bertl und Ratz in ihren Ausführungen in der Ansicht, dass die Außerordentliche Wiederaufnahme und die Tatsachenrüge das gleiche Erheblichkeitskriterium teilen, kommt man zum Schluss, dass eine Verletzung der Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich von Amts wegen durch den OGH über den § 362 bekämpft werden kann.

Stützen lässt sich diese Ansicht auf die zu § 362 ergangene Rechtsprechung. Zu nennen ist hier beispielweise die Entscheidung 9 Os 330/6. Der Verurteilte wollte mittels des § 281 Abs 1 Z 5 den Umstand rügen, dass von einem Mitangeklagten im Vorverfahren getätigte Aussagen, welche ihn entlasten würden, nicht in der HV vorkamen. Der OGH lehnte diesen Nichtigkeitsgrund ab, da sich die Unvollständigkeitsrüge einerseits nur auf in der HV vorgekommenes Beweismaterial bezieht (siehe oben Kapitel 5.1.2) und andererseits, weil es der Verteidiger versäumt hat, einen Antrag auf Verlesung in der HV zu stellen (siehe oben Kap 5.1.4). Allerdings hob der OGH das Urteil gem § 362 von Amts wegen auf, da ihm erhebliche Bedenken an den festgestellten Tatsachen kamen. Er bezog sich bei der Erörterung seiner Bedenken auch explizit auf eine Verletzung des Instruktionsgrundsatzes.<sup>213</sup>

---

<sup>212</sup> Ratz in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 362 Rz 4.

<sup>213</sup> OGH 9 Os 330/61 = Sst 32/80.



## 5.4 Unzureichende Sachverhaltsaufklärung in einem laufenden Verfahren

Will der Beschwerdeführer eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung bereits während eines laufenden Verfahrens beanstanden kommen die Beschwerde, bei staatsanwaltlichen Handlungen der Einspruch wegen Rechtsverletzung gem § 106 oder der Einspruch gegen die Anklageschrift gem § 212 in Betracht.<sup>214</sup>

Um bereits im EV Einfluss auf die Stoffsammlung zu nehmen und eine aus Sicht des Beschuldigten unzureichende Sachverhaltsaufklärung zu bekämpfen, kann dieser mittels § 55 bereits in diesem Verfahrensstadium Beweisanträge stellen. Gem § 55 Abs 3 kann die beantragte Beweisaufnahme allerdings der HV vorbehalten werden. Unzulässig ist dieser Vorbehalt *„wenn das Ergebnis der Beweisaufnahme geeignet sein kann, den Tatverdacht unmittelbar zu beseitigen, oder die Gefahr des Verlustes des Beweises einer erheblichen Tatsache besteht.“*

Eine beantragte Beweisaufnahme ist geeignet *„den Tatverdacht unmittelbar zu beseitigen“* wenn dadurch der Tatverdacht unter jenes Maß gesenkt wird, ab welchem die StA Anklage erhebt. Der drohende Verlust eines Beweismittels ist etwa dann anzunehmen, wenn ein Zeuge, welchem ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt, im EV noch zur Aussage bereit ist.<sup>215</sup> Laut Fuchs sollte der Vorbehalt für die HV jedoch in mehr Fällen unzulässig sein. Die Raschheit der österreichischen Strafverfahren ist nämlich auf das qualitativ hochwertige EV zurückzuführen. Laut ihm wäre es sinnvoller gewesen, den Abs 2 wie folgt zu formulieren. *„Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren kann unterbleiben, wenn sie ebenso gut in der Hauptverhandlung vorgenommen werden kann.“*<sup>216</sup>

Wird im EV ein Beweisantrag gestellt, hat die Kripo gem § 55 Abs 4 den beantragten Beweis aufzunehmen oder mittels Antragsbericht der StA vorzulegen. Diese hat die Beweisaufnahme entweder zu veranlassen oder den Beschuldigten zu verständigen, weshalb diese unterbleibt. Die StPO gewährt der Kripo also kein eigenständiges Ablehnungsrecht. Bei der Ablehnung bzw. beim Vorbehalt der Beweisaufnahme handelt es

---

<sup>214</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 3 Rz 90.

<sup>215</sup> Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 55 Rz 94.

<sup>216</sup> Fuchs, Die Strafprozessreform in rechtsdogmatischer Sicht, in BMJ (Hrsg), 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2008) 5. (18).

sich um einen „*staatsanwaltlichen Beschluss*“ welcher mittels § 106 bekämpft werden kann.<sup>217</sup> Leitet die Kripo den gestellten Beweisantrag nicht weiter, kann nur eine Beschwerde an die Gerichte des öffentlichen Rechts gestellt werden, seit der VfGH die Wortfolge „*oder Kriminalpolizei*“ im § 106 Abs 1 als Verstoß gegen den Art 94 BV-G aufhob.<sup>218</sup> Der Einspruch wegen Rechtsverletzung geht gem § 31 Abs 1 Z 3 an das LG als Einzelrichter. Gegen die Entscheidung des LG steht als zweiter Rechtszug gem § 107 Abs 3 die Beschwerde an das OLG zu Verfügung. Bei der Frage, ob die StA durch ihre Ablehnung eines Beweisantrags subjektive Rechte des Beschuldigten verletzt, ist auf Kap 4. dieser Arbeit zu verweisen.

Sammelt die StA im EV nicht genug Beweise und ist deshalb bei Anklageerhebung der Sachverhalt nicht soweit geklärt, dass eine Verurteilung naheliegt, kann der Angeklagte mittels § 212 Abs 2 Z 3 dagegen Einspruch erheben. Dieser ist gem Abs 6 dem OLG vorzulegen. Gibt das OLG dem Einspruch statt, tritt das Verfahren gem § 214 Abs 3 in das Stadium des EV zurück. Bei diesem Einspruch ist der Angeklagte nicht an die Stellung eines Beweisantrages im EV angewiesen. Eine Verurteilung liegt nahe, wenn der Tatverdacht eine solche mit einer über 50 prozentigen Wahrscheinlichkeit nahelegt.<sup>219</sup>

Gibt der Vorsitzende einem im ZV gestellten Beweisantrag nicht statt, muss er diesen gem § 222 Abs 2 einer erneuten Antragstellung in der Hauptverhandlung vorbehalten und sowohl den Antragsteller als auch die übrigen Verfahrensteilnehmer darüber in Kenntnis setzen. Eine förmliche Ablehnung ist hier nicht vorgesehen. Es gibt in diesem Verfahren also auch kein gesondertes Rechtsmittel und der Antragsteller ist auf die Antragstellung in der HV angewiesen.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> *Fuchs* in 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar 17.

<sup>218</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 55 Rz 100; VfGH G 259/09 = VfSlg 19281/2010.

<sup>219</sup> *Birklbauer/Mayrhofer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 212 Rz 15.

<sup>220</sup> *Hinterhofer* in 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar 50.

## 6. Resümee

Trotz der Tatsache, dass der österreichische Strafprozess „*noch immer ganz im Zeichen der prozessualen Gewalt des Inquisitionsrichters*“ steht<sup>221</sup>, verlangt die Rechtsprechung eine aktive Mitwirkung des Angeklagten, sieht er sich mit einer Verletzung der Offizialsmaxime konfrontiert. Ohne eine konkrete Beweisantragsstellung in der HV, ist es dem Verurteilten praktisch unmöglich eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung zu bekämpfen. Die Bekämpfung der Missachtung der Pflicht zur amtswegigen Wahrheitsermittlung durch das Erstgericht, erfährt durch die höchstrichterliche Rechtsprechung eine tiefgreifende Einschränkung.

Während mittels der Schuldberufung, aufgrund des hier nicht vorhandenen Neuerungsverbots, Fehler in der Stoffsammlung bei einzelgerichtlichen Verfahren relativ leicht bekämpft werden können, war dies bei kollegialgerichtlichen Verfahren lange Zeit nicht der Fall. Und dies trotz des Faktums, dass kollegialgerichtliche Urteile in der Regel viel schwerwiegendere Folgen für das Leben des Verurteilten nach sich ziehen können als einzelgerichtliche Urteile. Vor allem in der älteren Rsp kam es zwar vor, dass ein Urteil aufgrund einer unzureichenden Stoffsammlung über den § 281 Abs 1 Z 5 aufgehoben wurde, aber die neuere Judikatur und die hL sieht diesen Nichtigkeitsgrund mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens des Erstgericht begrenzt.

Dem Anliegen das Rechtsmittelverfahren in dieser Hinsicht zu verbessern, wollte der Gesetzgeber mit Schaffung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z 5a Rechnung tragen, die Anfechtungsmöglichkeiten der kollegialgerichtlichen Beweiswürdigung stärken und insb auch eine unzureichende Sachverhaltsaufklärung einer Anfechtung wegen Nichtigkeit zugänglich machen.<sup>222</sup> Allerdings hält sich die praktische Bedeutung der Z 5a als Aufklärungsrüge auf Grund der Tatsache, dass der OGH von dem Beschwerdeführer dabei verlangt darzulegen, weshalb er an einer Beweisantragstellung in der HV gehindert war, in Grenzen.<sup>223</sup> Es ist zwar in einem Verfahren, indem die Hauptverantwortung der Wahrheitsfindung bei dem Gericht liegen sollte, die Tatsasache, dass Bekämpfung einer, in Hinsicht auf das Prinzip der materiellen Wahrheit, unzureichenden Beweisaufnahme daran

---

<sup>221</sup> *Steininger*, Tatfrage 258.

<sup>222</sup> JAB 359 BlgNR XVII. GP 43.

<sup>223</sup> RIS-Justiz RS0115823.

scheitern kann, dass der Angeklagte es verabsäumt hat einen Beweisantrag zu stellen, nicht erstrebenswert, aber aus prozessökonomischen Gründen verständlich.

Dass die Handhabung des § 281 Abs 1 Z 5a durch den OGH dem österreichischen Strafverfahren adversatorische Tendenzen verleiht, lässt sich allerdings nicht leugnen. In diesem Zusammenhang erscheint Fuchs Forderung nach Stärkung der Verteidigungsrechte einleuchtend. Insb die Reform der Verfahrenshilfe ist hier ein weiteres Mal erwähnenswert.<sup>224</sup> Wenn man von der Verteidigung eine aktive Mitwirkung in der Hauptverhandlung mit einer damit einhergehenden zeitintensiven Vorbereitung verlangt, sollte man dieser dazu nicht nur die prozessualen, sondern auch die ökonomischen Mittel zu Verfügung stellen. Dies hat nämlich zur Folge, dass sich der Verteidiger des Angeklagten, welcher es sich leisten kann seinen rechtlichen Beistand zu bezahlen, ausgiebig auf die Verhandlung vorbereiten und durch gewissenhaftes Aktenstudium gut begründete Beweisanträge stellen kann. Hingegen kann sich der Verteidiger jenes Angeklagten, welcher Verfahrenshilfe beziehen muss, es sich oftmals aus rein ökonomischen Gründen nicht leisten sich so zeitintensiv mit den Akten zu beschäftigen. Verabsäumt dieser es dadurch, in der HV die richtig begründeten Beweisanträge zu stellen, hat es für den Angeklagten gravierende Folgen, da es ihm in diesem Fall nicht mehr möglich ist, sich im Rechtsmittelverfahren auf eine Verletzung des Instruktionsgrundsatzes zu berufen.

Abschließend ist zu sagen, dass der Beweisantrag, welcher erstmals durch das StPRefG eine ausdrückliche Regelung erfuhr, de lege lata das wichtigste Werkzeug des Beschuldigten bzw. Angeklagten ist, in seinem Sinne auf die Stoffsammlung des Gerichtes Einfluss zu nehmen. Des Weiteren ist dieser obligatorisch um eine unzureichende Beweisaufnahme über das Rechtsmittelverfahren zu bekämpfen. Ob durch die ausdrückliche gesetzliche Normierung des Beweisantragsrechts wirklich die Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten an der Stoffsammlung gestärkt worden sind, wie es der Gesetzgeber intendiert hatte<sup>225</sup>, ist fraglich.

Die in § 55 geforderte Begründung der Beweisrelevanz wurde bereits vor dessen Inkrafttreten von der Judikatur gefordert. Und obwohl, wie diese Arbeit aufgezeigt hat, der Antrag auf Erkundungsbeweis für den zu Unrecht Beschuldigten von maßgeblicher Bedeutung sein kann, werden diese immer noch von der Rechtsprechung im Stadium der

---

<sup>224</sup> Fuchs, 33. Ottensteiner Fortbildungsseminar, 20.

<sup>225</sup> ErläutRV 25 BlgNR XXII. GP 79.

Hauptverhandlung pauschal abgelehnt. Dass zumindest im Ermittlungsverfahren eine Ablehnung solcher Anträge, aufgrund der Pflicht zur amtswegigen Wahrheitsermittlung, einer ausführlicheren Begründung bedarf, hat mittlerweile auch der OGH anerkannt.<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> Vgl OGH 11Os51/13d = EvBl 2014/62 S 420 - EvBl 2014,420.

# Literaturverzeichnis

## Selbstständige Werke

- *Bertel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts<sup>2</sup> Ergänzungsheft (1988)
- *Birklbauer*, Strafprozessrecht Eine Einführung für das Grundstudium<sup>3</sup> (2016)
- *Bertl/Venier*, Strafprozessrecht<sup>6</sup> (2000)
- *Bertl/Venier*, Strafprozessrecht<sup>10</sup> (2000)
- *Bertl/Venier* Kommentar zur Strafprozessordnung (2012)
- *Fuchs/Ratz*(Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2016)
- *Fabrizy*, StPO und wichtige Nebengesetze<sup>13</sup> (2017)
- *Nimmervoll*, Das Strafverfahren Systematische Darstellung für Ausbildung und Praxis (2014)
- *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens (2017)
- *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht Ein Studienbuch<sup>27</sup> (2011)
- *Schmölzer/Mühlbacher*(Hrsg), Strafprozessordnung Kommentar Band 1: Ermittlungsverfahren (2017)
- *Schmölzer/Mühlbacher*(Hrsg), Strafprozessordnung Kommentar Band 2: Haupt- und Rechtsmittelverfahren (2017)
- *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>16</sup> (2017)
- *Steininger*, Die Kontrolle der Tatfrage im Schöffengerichtlichen Verfahren (1989)
- *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren Praxishandbuch<sup>4</sup> (2006)
- *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren Praxishandbuch<sup>6</sup> (2015)

## Aufsätze

- *Birklbauer*, Braucht unser Strafprozess ein neues Rechtsmittelsystem? in Verhandlungen des Achtzehnten Österreichischen Juristentages, Bd III/1 87

- *Fabrizy*, Die Handhabung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z 5a StPO, in FS Miklau (2006) 131
- *Fuchs*, Strafrecht im Wandel, in BMJ (Hrsg), 33. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2005) 5
- *Gössel*, Zum Verhältnis von Beweisantragsrecht und Amtsermittlung, in FS Gollwitzer (2004) 47
- *Hinterhofer*, Der Beweis Antrag im neuen Strafverfahren, in BMJ (Hrsg), 36 Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2008) 23
- *Hinterhofer*, Beweisantragsrecht nach alter und neuer StPO, in BMJ (Hrsg), Vorarlberger Tage 2007 (2008) 5
- *Kier*, Brauchen wir ein neues Rechtsmittelverfahren in Österreich? Pro und Contra - Teil 1, ÖJZ 2013, 1013
- *Moos*, Die Ausdehnung der Nichtigkeitsbeschwerde auf die Beweiswürdigung nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO in ÖJZ 1989, 135
- *Moos*, Die Reform der Hauptverhandlung. Teil 2, ÖJZ 2003, 369
- *Murschetz*, Reform der Hauptverhandlung - adversatorische versus inquisitorische Hauptverhandlung, in *Soyer/Ruhri* (Hrsg), Strafverteidigung - Die Hauptverhandlung (2015) 43
- *Nowakowski*, Gutachten für die Verhandlungen des 2. Österreichischen Juristentages 1964
- *Peukert*, Die Bedeutung des Art 6 EMRK ("fair trial") für das Beweisrecht, in FS Machacek-Matscher (2008) 645
- *Todor-Kostic*, Die Beweisantragspflicht im Spannungsverhältnis zur amtswegigen Wahrheitserforschung, JSt 2017 470
- *Soyer*, Wahrheit im Strafprozess - Die Perspektive des Verteidigers, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung - Ethik und Erfolg (2010) 78
- *Steininger*, Ein neuer Nichtigkeitsgrund mangelnder Sachaufklärung im Strafprozeß? ÖJZ 1990, 73
- *Steininger*, Der Oberste Gerichtshof als Tatsacheninstanz bei der Erledigung von Nichtigkeitsbeschwerden, in FS Platzgummer (1995) 325
- *Vacarescu*, Das Bedürfnis des Beschuldigten (Angeklagten) nach einem adversatorischen Strafverfahren, in *Soyer/Ruhri* (Hrsg), Strafverteidigung - Die Hauptverhandlung (2015) 65

- *Velten*, Verteidigungsrechte in Strafrecht und Strafverteidigung in (Hrsg) *Stuefer/Pleischl*, Strafrecht und Strafverteidigung Beiträge zum Symposium für Richard Soyer zum 60 Geburtstag (2015) 9
- *Weßlau*, Der blinde Fleck – Kritik an der Lehre von Beweisantragsrecht in FS Fezer (2008) 289



# Judikaturverzeichnis

## Entscheidungen

- EGMR 07.06.1989, 10857/84, *Bricmont/Belgien*
- OGH 11.03.2008, 14Os16/08x
- OGH 21.08.2007, 11Os74/07b
- OGH 09.08.2005, 14Os47/05a.
- OGH 20.01.2004, 11Os152/03
- OGH 02.12.2004, 15Os89/04
- OGH 11Os26/14d = Jus-Extra OGH-St 4871 = EvBl-LS 2014/182 =  
Wess/Rohregger, JSt 2014,200 = JSt-Slg 2014/35 S 239 - JSt-Slg 2014,239 =  
Wess, ZWF 2015,19 = RZ 2015,65 EÜ27 - RZ 2015 EÜ27 = JSt-LS OGH 2015/16  
S 63 - JSt-LS OGH 2015,63
- OGH 11Os51/13d = EvBl 2014/62 S 420 - EvBl 2014,420
- OGH 13 Os 59/06k = SSt 2006/62
- 12 Os 12/90 = RZ 1990/94
- OGH 22.03.2006 13Os13/06w
- OGH 15Os10/03 = ÖJZ-LSK 2003/153 = SSt 2003/19
- OGH 9 Os 330/61 = Sst 32/80
- VfGH G 259/09 = VfSlg 19281/2010

## Rechtsätze

- RS0097206
- RS0099092
- RS0098454
- RS0115823
- RS0118319
- RS0107040
- RS0116503

- RS0118123
- RS0099099
- RS0099511
- RS0116503
- RS0099628
- RS0115549
- RS0115823
- RS0099195
- RS0114036
- RS0101229
- RS0117043