

Bedarf es einer Reform des Rechtsmittelverfahrens im Strafverfahren?¹

Die Diskussion um das richtige Rechtsmittel im Strafverfahren ist so alt wie die Strafprozessordnung selbst. Falsche Einzelentscheidungen (= menschliches Versagen) können gesetzlich freilich nie ganz ausgeschlossen werden, sehr wohl aber ist das Verfahren zur Entscheidungsfindung optimierbar, um Fehlurteile tunlichst zu vermeiden bzw deren Anzahl so gering wie möglich zu halten.

Deskriptoren: Reform der Hauptverhandlung und des Rechtsmittelverfahrens, Überprüfbarkeit von Tatsachenfeststellungen, Nichtigkeitsgründe, audiovisuelle Ausstattung des Strafverfahrens.

Normen: § 281 Abs 1 Z 4, § 281 Abs 1 Z 5, § 281 Abs 1 Z 5a, §§ 228–258 und § 271a StPO.

Von Alexia Stuefer

1. Einleitung und Methodik

Der Beitrag versteht sich als Versuch einer Dekonstruktion mit Lösungsansätzen. Der Zugang ist rechtspolitisch.² Der bis in das vorvorige Jahrhundert zurückreichenden und bis heute andauernden wissenschaftlichen Auseinandersetzung um das „richtige“ Rechtsmittel im Strafverfahren wird mit tiefem Respekt begegnet, methodisch aber nicht an sie angeknüpft. Es wird insofern ein neuer Weg eingeschlagen, der sich des Risikos als Traditionsbruch mit den damit verbundenen Konsequenzen angesehen zu werden bewusst ist und es in Kauf nimmt.

In diesem Sinn sind sogleich die Hintergründe der Betrachtungen offenzulegen: Die Autorin entstammt der jüngeren Generation, die den Großteil der Entwicklung des Rechtsmittelrechts in Gesetz und Rsp nicht erlebt hat, sondern naturgemäß darauf beschränkt ist, diesen retrospektiv nachzuvollziehen und zu begreifen. Selbst

wahrgenommen hat sie die jüngere Phase, die aus gesetzlicher Sicht vor allem durch Einführung der Grundrechtsbeschwerde an den OGH³ und die Reformen des Rechts der Untersuchungshaft⁴ sowie des Ermittlungsverfahrens geprägt war und ist. Letztere ist durch das am 1.1.2008 in Kraft getretene Strafprozessreformgesetz⁵ umgesetzt worden. Das rechtshistorisch als Zäsur zu bezeichnende Gesetz hat aus Sicht der beschuldigten Person zu einem Paradigmenwechsel geführt. Die Novelle hat deren Rechte (und Pflichten) erstmals in der Geschichte des Strafprozessrechts (einfachgesetzlich) kodifiziert und deren Wirksamkeitsbeginn an den Anfang des Strafverfahrens gestellt.⁶ Gleichzeitig hat sie der Staatsanwaltschaft die Leitung des Ermittlungsverfahrens übertragen und sich dadurch einen weiteren Schritt vom inquisitorischen System entfernt und dem adversatorischen geöffnet. In diese Aufzählung reiht sich die ab 1.1.2015 zur Verfügung stehende Möglichkeit, während des Strafverfahrens den VfGH wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes anzurufen.⁷

Auch die Rsp hat sich im Lauf der vergangenen zehn Jahre insofern gewandelt, als sie ihr Augenmerk vermehrt der Achtung der Grundrechte der beschuldigten Person zugewandt⁸ und zu diesem Zweck sogar das kodifizierte Recht verlassen hat, um im Weg der richterlichen Rechtsschöpfung den Erneuerungsantrag gem § 363a StPO per analogiam zu erfinden.⁹ Abgesehen davon hat sich am „streng formalistischen österreichi-

1 Es handelt sich um ein überarbeitetes Manuskript, das die Autorin am 24.1.2013 vor der Österreichischen Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie zum Thema: „Brauchen wir eines neues Rechtsmittelverfahren in Österreich – Pro und Contra“ vorgetragen hat. Sie hat sich für eine Reform ausgesprochen, während *Kier* dagegen argumentiert hat; vgl *Kier*, Brauchen wir ein neues Rechtsmittelverfahren in Österreich?, ÖJZ 2013/120, 1013.

2 *Nowakowski* hat sein Gutachten zum 2. ÖJT mit den Worten eingeleitet: „Ein Gutachten zu diesem Gegenstand muss rechtspolitisch orientiert sein“; vgl GA 2. ÖJT (1964) I/1; vgl ebenfalls darauf Bezug nehmend *Birklbauer*, GA 18. ÖJT (2012) III/1 11; ebenso *Kaltenböck*, Reform des Rechtsmittelsystems durch Abschaffung aller Formalschranken, AnwBl 1986, 435.

3 BGBl I 1992/864, in Kraft seit 1.1.1993.

4 BGBl I 1993/526, in Kraft seit 1.1.1994.

5 Strafprozessordnung idF des Strafprozessreformgesetzes BGBl I 2004/19.

6 Materielle Beschuldigtenstellung.

7 Vgl dazu Beschluss des Nationalrats 2380 BgNR 24. GP, Fünf-Parteien-Anträge, abrufbar unter www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2013/PK0527/index.shtml.

8 Es ist vor allem die Rsp zum Beschleunigungsgebot in Haftsachen und zum Überraschungsverbot in der Hauptverhandlung zu nennen.

9 Mit dem als subsidiärem Rechtsbehelf ausgestalteten Erneuerungsantrag nach § 363a StPO per analogiam, den der OGH mit der

schen Rechtsmittelsystem¹⁰ und an den „technisch-formalen Anforderungen, die in der Rsp des OGH seit Ende der 90er Jahre entwickelt und insb an die gesetzeskonforme Ausführung einer Nichtigkeitsbeschwerde gestellt werden“,¹¹ nichts geändert. Auch für die Erhebung der Grundrechtsbeschwerde und des Erneuerungsantrags gem § 363a StPO per analogiam hat der OGH jeweils straffe formale Hürden vorgesehen, die auf den Wortlaut des Grundrechtsbeschwerdegesetzes oder des § 363a StPO nicht rückführbar sind.

Diese Realitäten (hier eine progressive Gesetzgebung, dort die in formalistischer Hinsicht konservative Rsp) empfindet die Autorin, die Strafverteidigerin von Beruf ist, als gegenläufig und unbefriedigend für die beschuldigte Person. Sie bilden den gedanklichen Ausgangspunkt der Überlegungen und dienen gleichzeitig dazu, die Richtung vorzugeben. Der erste Teil bildet den Versuch einer abstrahierend dekonstruktivistischen Befundaufnahme, der zweite einen skizzenhaften Entwurf von Lösungsansätzen.

2. Befundaufnahme

Dem einleitend dargelegten Ansatz entsprechend bewegt sich die Befundaufnahme nicht auf Basis empirischer Untersuchungen¹² und des Studiums sämtlicher Entscheidungen, die der OGH in den vergangenen Jahrzehnten gefasst hat, sondern orientiert sich anhand einer Gesamtschau an der Neu-(Anders-)Bewertung von vermeintlichen Selbstverständlichkeiten und faktischen Begebenheiten mit dem Ziel der Offenlegung grundsätzlicher Problemstellungen.

2.1. Das Rechtsmittelverfahren funktioniert

Dass das österreichische Rechtsmittelverfahren bereits seit über 100 Jahren funktioniert, ist eine Tatsache, die unbestreitbar zutrifft. Sie ist zugleich das stärkste Argument, das gegen (s)eine Änderung spricht. Aus diesem Grund haben sich in regelmäßigen Abständen vor allem Angehörige der Justiz und der Lehre für dessen Beibe-

haltung ausgesprochen bzw die Aussichtslosigkeit von Bestrebungen für eine Totalreform vorweggenommen.¹³ Der EGMR hat Österreich wegen der Ausgestaltung seines Rechtsmittelsystems bisher noch nie verurteilt, was bedeutet, dass es als EMRK-konform bezeichnet werden kann. Es wird – auch international – vor allem wegen seiner Schnelligkeit und Effizienz gelobt. Die Tragweite dieses Arguments spielt in einer Zeit weltweit erhöhter individueller Mobilität und der Dominanz von wirtschaftsliberalen Marktprinzipien eine wesentliche Rolle. Die Regeln des Markts beeinflussen die Gesellschaft nicht nur nachhaltig, sondern sie ordnen sich zu Zwecken der Funktionssicherung zu großen Teilen sogar unter. In der Gesamtschau ist im Auge zu behalten, dass die Rechtssicherheit, die über Rechtsgüterschutz (auch) durch Strafrecht herzustellen und aufrechtzuerhalten versucht wird, eine besondere Bedeutung in der Systemerhaltung einnimmt. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtspflege und mit ihr (auch) die höchstgerichtliche Rsp derzeit sichtbar effizienzorientiert. Sie misst im Rahmen der Einzelfallentscheidung die individuellen Interessen der beschuldigten Person strukturbedingt an den allgemeinen Interessen einer effektiven Strafverfolgung. Das Ergebnis der Abwägung richtet sich im Einzelfall auch nach den jeweiligen Erfordernissen der wirksamen Durchsetzung der Strafverfolgungsinteressen.¹⁴

2.2. Die Kritik verstummt nicht

Obwohl das Rechtsmittelsystem seiner Funktion unter diesem Blickwinkel gerecht zu werden scheint, verstummt die Kritik nicht. Seit Inkrafttreten der StPO im Jahr 1873¹⁵ wird die Frage der Anfechtung des erstinstanzlichen Urteils kontrovers diskutiert. Die Überprüfung der Tatfrage nahm/nimmt seit jeher besonders viel Raum ein. Hervorsticht, dass sich die Fragestellungen inhaltlich kaum verändert haben, wie das Studium der Schriften¹⁶ und die aktuelle Diskussion zeigen.¹⁷ Damals wie heute stellt sich die Frage, ob und wie die Überprüfung von erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen best-

Grundsatzentscheidung 1.8.2007, 13 Os 135/06 m, SSt 2007/53 = EvBl 2007/154 = AnwBl 2008, 32 geschaffen hat, können Grundrechtsverletzungen nach Ausschöpfung des Instanzenzugs beim OGH geltend gemacht werden. Der OGH hielt in der Entscheidung fest, dass eine planwidrige Gesetzeslücke vorlag und diese „mit Blick auf den Grundrechtsschutz“ zu schließen war.

10 Birkbauer, GA 11.

11 Soyer, Referate und Diskussionsbeiträge, 18. ÖJT (2012) III/2 57.

12 Solche existieren zu diesem Thema aktuell nicht. Vgl Soyer, Referate 54; vgl die Darstellung von Zerbes in Becker/Kinzig (Hg), Rechtsmittel im Strafrecht (2000) 295.

13 Vgl (Auswahl) Foregger, GA 9. ÖJT (1985) I/3 55; Estl, Referat und Diskussionsbeiträge, 2. ÖJT (1964) II/6 12; Moos, Reform des Rechtsmittels im Strafprozess, Gesamtreform des Strafverfahrens,

Internationales Christian-Broda-Symposion 1986; Löffler, Die Strafprozessnovelle vom Jahre 1918, 37.

14 Vgl Velten, Grundrechtsschutz im Strafprozess durch den Verfassungsgerichtshof, in Soyer (Hg), Strafverteidigung – Steinige Wege, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen VIII (2007) 13.

15 Vgl RGBl 1873/119.

16 Vgl so schon Nowakowski, GA 14; Kadecka, Empfiehlt sich im Rechtsmittelverfahren gegen ein Gerichtshofurteil in Strafsachen eine Überprüfung der Tatfragen?, Gesammelte Aufsätze, Universitätsverlag Wagner (1959) 199; Estl, Referate und Diskussionsbeiträge 2. ÖJT (1964) II/6 12; Löffler, Die Strafprozessnovelle vom Jahre 1918, 37.

17 Birkbauer, GA 11; Soyer, Referate 65.

möglich gewährleistet werden kann. Aus diesem Umstand erschließt sich eine *seit Beginn* bestehende und spürbar *nicht enden wollende* Unbehaglichkeit und Unruhe. Der historische Befund ist in diesem Punkt homogen, maW: Die inhaltlich nur in Nuancen zu unterscheidende Auseinandersetzung ist eine jahrhundertalte Tradition.¹⁸ Die Gründe dafür liegen auf der Hand. Aufgrund der Eingriffsintensität des Strafrechts erfährt die Frage der Bekämpf- und Überprüfbarkeit der erstgerichtlichen Entscheidung eine besondere (für das einzelne Individuum nicht zuletzt auch emotionale) Dimension.¹⁹ Mit der erstinstanzlichen verurteilenden Entscheidung beendet das Tatgericht das Strafverfahren zum ersten Mal „definitiv“,²⁰ was im Fall der Verhängung einer unbedingten Freiheitsstrafe den äußersten Eingriff, den die Rechtsordnung für Regelverstöße vorsieht, nämlich den Entzug der persönlichen Freiheit, bedeutet. Dem Schutz vor staatlichen Fehl- oder Willkürentscheidungen hat die Gesetzgebung daher die größtmögliche Bestandsgarantie zu verleihen, die die Rechtsordnung kennt.²¹ Die als Abwehrrecht ausgestaltete Rechtsmittelbefugnis steht demgemäß im Verfassungsrang,²² ist also etwa im Gegensatz zum Interesse an einer effizienzorientierten Strafverfolgung selbst ein Grundrecht.²³ Rechtlich folgt daraus, dass die Rsp diesen Grundrechtsbezug nie außer Acht zu lassen und im Fall von widerstreitenden Interessenslagen den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechten den Vorrang zu geben hat. Abwägungsprozesse sind zum Zweck der Nachvollziehbarkeit transparent zu machen.

2.3. Lücken in der Überprüfbarkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen

Keine der in der geltenden StPO vorgesehenen Rechtsmittelmöglichkeiten garantiert eine lückenlose Überprüfung der (entscheidenden) Tatsachenfeststellungen einer erstinstanzlichen Verurteilung.

Die Sorge, ob die gesetzlichen Möglichkeiten die Überprüfung der Tatfrage wirklich zulassen, ist daher heute wie schon im Jahr 1876²⁴ gerechtfertigt. Sowohl das rechtsstaatliche als auch das liberale Grundprinzip, die jeweils in den Grundrechten mediatisiert sind, verlangen ein Rechtsmittelsystem, das die Bekämpfbarkeit der Tatfrage in der erstinstanzlichen Verurteilung, mit der womöglich weitreichende Konsequenzen, im äußersten Fall der Entzug der persönlichen Freiheit, verbunden sind, garantiert. Wenn eine Person zu Unrecht verurteilt worden ist, obwohl sie die der Verurteilung zugrundeliegende Tat nicht begangen hat, hat sie das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Feststellung der Unschuld. Die Tatfrage hat also zwingend in vollem Umfang überprüfbar zu sein, widrigenfalls ist dem Grundrecht nicht entsprochen.

Der Staat und mit ihm die Rsp als dritte Staatsgewalt haben die verfassungsrechtliche Verpflichtung, für ein Verfahren zu sorgen, das diesem Erfordernis vollends gerecht wird. Im Vergleich dazu stehen etwa die Interessen an einer effizienten Strafverfolgung nicht im Verfassungsrang, weshalb aus derartigen Erwägungen keine Einschränkung des Grundrechts erfolgen darf; sie wäre verfassungswidrig.

Der Eingangsbefund trifft sowohl für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen kollegialgerichtliche²⁵ als auch für die Schuldberufung gegen (einzelgerichtliche) Urteile zu.

Das kollegiale Tatgericht kann nämlich in der Tatfrage irren²⁶ und dennoch in der Lage sein, das Urteil nach den Kriterien des § 281 Abs 1 Z 5 StPO darzustellen. Liegen keine sonstigen Verfahrensmängel oder Rechtsfehler vor und ergeben sich aus den Akten keine erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit des Ausspruchs über entscheidende Tatsachen (§ 281 Abs 1 Z 5a StPO), ist ein „tatsächlich“ falsches Urteil nicht bekämpfbar.

Auch die Berufung wegen des Ausspruches über die Schuld in der jetzigen Form garantiert keine umfassende Überprüfung der (belastenden) entscheidenden Tatsa-

18 Dass mit *Kier* ein Angehöriger der Verteidigung die Rsp des OGH zum Rechtsmittelrecht in Schutz nimmt, stellt soweit überblickbar ein Novum dar, vgl ÖJZ 2013/120, 1013.

19 Vgl Moos, Referate und Diskussionsbeiträge 18. ÖJT (2012) III/2 119.

20 Gemeint: Das Urteil schließt das erstinstanzliche Verfahren (wenn auch nicht endgültig) ab. Die Entscheidungen des Haft- und Rechtsschutzgerichts im Ermittlungsverfahren sind ebenso definitiv, ihrer Natur nach aber vorläufig (etwa die Untersuchungshaft) oder punktuell (Hausdurchsuchung, Beschlagnahme).

21 Vgl dazu *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Nachdruck 2000) 228.

22 Vgl Art 13 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), Art 2 des 7. Zusatzprotokolls zur Menschenrechtskonvention (7. ZP EMRK), Art 6 EMRK.

23 Vgl dazu auch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

24 Vgl dazu Moos, Reform des Rechtsmittels 180, wonach „die österreichischen Advokaten (Anm: schon drei Jahre nach Inkrafttreten

der StPO) nach hitziger Debatte eine entsprechende Erweiterung der außerordentlichen Wiederaufnahme zu einem Rechtsmittel für den Angeklagten gefordert haben, womit sie auf die vorher erst nach heißen Kämpfen aufgegebenen Berufung gegen die Thatfrage zurückkamen.“

25 Aus Gründen der Vereinfachung wird auf eine Darstellung der Rechtsmittel gegen geschworenengerichtliche Urteile verzichtet.

26 Das Tatgericht spricht eine Verurteilung wegen Raubes aus, weil es die belastenden Angaben eines von zwei Augenzeugen für glaubwürdiger erachtet hat als die entlastenden Aussagen des weiteren Augenzeugen und der beschuldigten Person, die den Vorwurf bestritten hat, weil er unrichtig ist. Vgl dazu *Roeder*, Zur Überprüfung der Tatfrage, JBl 1960, 523: „Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer heutigen Gestalt ist aber kein Rechtsmittel, das auch nur einigermaßen geeignet ist, der materiellen Wahrheit zum Siege zu verhelfen. [...] Was hilft die scharfsinnigste Lösung der Rechtsfrage auf der schwankenden Unterlage einer unrichtigen Entscheidung in der Tatfrage?“

chen des (einzelrichterlichen) Urteils. Wie der praktische Befund zeigt, führen derartige Rechtsmittel nur in seltenen Fällen zu einer Aufhebung. In der weit überwiegenen Zahl der Verfahren haben die Rechtsmittelgerichte keine Bedenken gegen die Richtigkeit von Feststellungen, die sich auf Aussagen oder Gutachten von Sachverständigen stützen. Nur in einem solchen Fall oder wenn es die Rechtsmittelgerichte²⁷ notwendig finden, wären die Beweismittel nochmals vorzuführen. Im Übrigen besteht eine Bindung an die erstgerichtlichen Tatsachefeststellungen und eine – weitgehende – Verlesungsermächtigung (vgl. § 473 Abs 2 StPO, § 489 Abs 1 StPO).²⁸ Die öffentlichen Berufungsverhandlungen dienen dementsprechend zumeist der bloßen Verlesung der Akten und der Bekanntgabe der Verwerfung der Berufung. Sie dauern wenige Minuten und sind aus Sicht der verurteilten Person sinnlos.

2.4. Die höchstgerichtliche Rsp zu den Nichtigkeitsgründen ist hermetisch formalisierend

Das System der Nichtigkeitsgründe nach § 281 StPO ist grundsätzlich geeignet, um schwerwiegende formelle Verfahrensmängel und materielle Rechtsfehler einer erstinstanzlichen Verurteilung geltend zu machen. Das gilt, wie bereits ausgeführt, nicht für die Überprüfung der Tatfrage.

2.4.1. Technisch-formale Hürden erschweren den Zugang zum Recht

Mit dem verfassungsrechtlich geschützten Rechtsmittelrecht nicht vereinbar sind hingegen die „technisch-formalen Anforderungen, die in der Rsp des OGH seit Ende der 90er Jahre entwickelt und insb an die gesetzeskonforme Ausführung einer Nichtigkeitsbeschwerde gestellt werden“.²⁹

Das Wesen des Rechtsmittelverfahrens besteht abstrakt formuliert auch darin, den Zugang zum Recht zu sichern.³⁰ Die Rsp gewährt diesen Zugang auf nicht be-

friedigende Art und Weise, da sie an die beschuldigte Person und an deren Verteidigung zu hohe formale Anforderungen für die Ausführung der Beschwerde stellt. Unvertretene Personen und die im Strafrecht nicht vertretene Verteidigung sind kaum in der Lage, diese – von der Rsp im Lauf der Zeit entwickelten – technischen Hürden zu überwinden. Die weit überwiegende Anzahl der als Verteidiger einschreitenden Personen ist weder auf Straf- noch auf Strafverfahrensrecht spezialisiert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass auch die Anklagebehörde die formalen Anforderungen in der überwiegenden Anzahl der Fälle nicht erfüllt, wie ein (freilich nicht repräsentativer) Blick in die veröffentlichten höchstgerichtlichen Entscheidungen zeigt.

Die hohen formalen Ansprüche sind zunächst Folge der vom Höchstgericht verwendeten Sprache.³¹ Im Unterschied zu anderen (nationalen und internationalen) Höchstgerichten sind die Ausdruckweise und die verwendeten Begriffe ohne systematisches Studium der Erkenntnisse des Höchstgerichtes und der Kommentarliteratur³² nur sehr schwer zu erfassen.

Die Rsp entwickelte im Lauf der Zeit ein geradezu mathematisch austariertes System, zu dessen Verständnis zunächst eine Übersetzung der verklausulierten Sprache und Begrifflichkeiten notwendig ist.³³ Die einzelne Entscheidung ist ohne Rückgriff auf frühere Erkenntnisse, Judikaturlinien, Rechtssätze und die jeweiligen Anmerkungen der Kommentarliteratur meist nicht verständlich.³⁴ Die Erkenntnisse sind über Diktion und Begriffskategorien im Lauf der vergangenen Jahrzehnte zu einem System entwickelt worden, das ohne Verwendung ebendieser nicht zugänglich ist und daher als hermetisch zu bezeichnen ist. Eine konstruktive Kommunikation zwischen verurteilter Person und Höchstgericht auf Augenhöhe ist nur schwer möglich, wenn erstere – aus strukturellen Gründen³⁵ – nicht in der Lage ist, sich der Sprache des Höchstgerichtes zu bedienen. Die Rsp ist auf diese Weise bereits durch Sprachform und Ausdrucksweise meist methodisch³⁶ überlegen, was sich freilich

27 Nota bene: Es handelt sich um die in letzter Instanz entscheidenden Gerichte.

28 Vgl. OGH 22.1.2007, 15 Os 138/06t ÖJZ-LS 2007/25 = Jus-Extra OGH-St 3997 = Jus-Extra OGH-St 3998 = RZ 2007, 176 EÜ285, 286 – RZ 2007 EÜ286 = SSt 2007/3; *Fabrizzy*, StPO¹¹ § 473 Rz 3; *Schünemann*, Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens, Schriftenreihe des BMJ, Bd 148 (2010) 21.

29 *Soyer*, Referate 57.

30 Vgl. *Zerbes*, Rechtsmittel, unter Hinweis auf *Mikinovic/Stangl*, Das Rechtsmittel im Strafprozess 1977, 237 f und *dies*, Rechtsmittelentscheidungen im Strafverfahren, RZ 1978, 74.

31 Dazu *Ratz* in WK-StPO § 281 Rz 1: „Das Rechtsmittelverfahren ist formalisierte Kommunikation [...]“

32 Für die Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde einzig relevant (und „anerkannt“): Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung.

33 Vgl. dazu *Ratz* in WK-StPO § 281 Rz 1: „[...] ist für Praxis und Lehre eine klare Begriffsbildung unverzichtbar.“

34 Vgl. dazu auch *Frühwirt/Stern/Voithofer*, Vorwort zum Thema: Zugang zum Recht, *juridikum* 2012/1, 44; *Voithofer*, Bemerkungen zum Zusammenhang zwischen Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht, *juridikum* 2012/1, 86.

35 Es fehlen ihr teilweise das Verständnis, das Wissen, die Fertigkeit, die Zeit, die Spezialisierung. Die Rspr sieht über diese – in den jeweiligen Abfassungen der Nichtigkeitsbeschwerden – mitunter deutlich zutage tretenden (strukturellen) Schwächen hinweg, was im Hinblick auf die Entscheidung des EGMR E 27.4.2006, 30961/03, *Sannino/Italien*, ÖJZ 2007/9 (MRK) (zumindest) zu hinterfragen ist. Der EGMR verurteilte Italien wegen Verletzung von Art 6 EMRK wegen offenkundiger Mängel bei Vertretung durch Pflichtverteidiger.

36 Dass einige wenige Angehörige der Verteidigung die Sprache und die formalisierende Systematik verstehen und sich in ihr zurecht finden, wird verschiedentlich als Argument für das Funktionieren des Rechtsmittelverfahrens vorgebracht, bestätigt aber in Wahrheit

nur bei abstrakter Betrachtungsweise offenbart. Im Rahmen der jeweiligen Einzelentscheidung kann das Sprachinstrumentarium auf subtilem Wege je nach Bedarf eingesetzt werden, zumal es keine Instanz gibt, die das Höchstgericht (in dieser Hinsicht) kontrolliert. Die dadurch verliehene Sprach-, Definitions- und Deutungsmacht eröffnet einen weiten Ermessensspielraum: Greift das Höchstgericht eine Beschwerde ohne Rücksicht auf die bei der Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde verwendete Ausdrucksweise dennoch auf, was ihm ja möglich ist, kann es sich als das fürsorgende Höchstgericht gerieren.³⁷

2.4.2. Höchstgericht kann Verwerfungsmöglichkeiten erweitern

Als Konsequenz der beschriebenen Verständnisschwierigkeit kann das Höchstgericht Beschwerden mit Rückgriff auf das von ihm selbst entwickelte System aber auch verwerfen und es gleichzeitig jeweils schrittweise und in Nuancierungen erweitern. An dieser Stelle ist exemplarisch auf die Rsp zu § 281 Abs 1 Z 5a StPO zu verweisen, die zu einer völligen Entwertung der Aufklärungsrüge geführt hat.³⁸ Das Höchstgericht verlangt in stRspr „deutlich (zu) machen, wodurch der Angeklagte an der Ausübung seines Rechts, die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung sachgerecht zu beantragen, gehindert war“.³⁹ Als Begründung für diese Judikaturlinie wird ua angeführt, dass „überbetonte, ‚josefinisch‘ anmutende Amtswegigkeit zu Nachlässigkeiten bei der Wahrnehmung der Verteidigungsrechte (führt)“.⁴⁰ Im Wortlaut des § 281 Abs 1 Z 5a StPO ist keine Pflicht der verurteilten Person zur „Deutlichmachung der verhinderten Antragstellung“ normiert. Aus diesem Grund kann der Umstand, dass die beschuldigte Person keinen Antrag gestellt hat, die gesetzliche Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitserforschung nicht zum Erlöschen bringen.⁴¹ Die Möglichkeit der Antragstellung setzt ein disponibles Recht voraus, das die amtswegige Wahrheitsermittlung (auch) nach stRsp und Lehre ganz unbestritten nicht ist.

Die Rsp lagert damit eine Verantwortung, die nach dem Wortlaut des Gesetzes und dem historischen Willen der Gesetzgebung dem Höchstgericht übertragen worden

ist, an die beschuldigte Person und die Verteidigung aus, obwohl dies gar nicht möglich ist. Die Begründung, wonach „Nachlässigkeiten bei der Ausübung von Verteidigungsrechten“⁴² zu befürchten seien, ist in diesem Zusammenhang geradezu unbegreiflich.

Dass die Rsp ihr System im beschriebenen Sinn schrittweise weiterentwickelt, zeigt auch die E 14 Os 73/11h,⁴³ mit der der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde ua aus nachfolgendem Grund zurückgewiesen hat: „Der Vorwurf unterbliebener Aussonderung der Protokolle über die Aussagen der XX, XY, XZ scheitert zufolge unzutreffender Bezeichnung von Fundstellen im umfangreichen Aktenmaterial (vgl RIS-Justiz RS0124172).“

Die Nichtigkeitsbeschwerde war wie folgt ausgeführt (Namen von der Autorin geändert): „Die nicht prozessordnungsgemäß (es liegt kein Ausnahmetatbestand nach § 252 Abs 1 StPO vor) vorgekommenen, den Geschworenen aber bekannt gewordenen, Aussagen *belasten den Angeklagten* sowohl hinsichtlich der vermeintlichen Planung als auch zur Ausführung (Tatgeneigtheit) an sich (vgl etwa die Aussagen von *Susanne L.*, die die Aussagen der Schwester des Angeklagten referiert, ON 142, AS 63 ff; *Peter S.*, ON 10, AS 179 ff, *Doris W.*, ON 10, AS 291, *Dr. Josef R.*, ON 10, AS 299, *Iris R.*, *Marta P.*, *Miriam F.*, ON 60, AS 101 ff). Die Gesetzesverletzung war somit unzweifelhaft von nachteiligem Einfluss auf die Entscheidung. Es liegt somit ein gänzlich anderer Sachverhalt als in 12 Os 138/08y vor. Die Aussagen wurden weder referiert noch wurde in einem Beweisantrag darauf Bezug genommen. Die Verteidigung hat sich, wie ausgeführt, vielmehr mehrfach gegen die Verlesung ausgesprochen.

Die als nicht gesetzeskonform vorgekommen gerügten Aussagen waren – wie das Zitat zeigt – unter Angabe der Ordnungsnummer und der Aktenseite einzeln und bestimmt (also so genau wie nur möglich) bezeichnet. Eine einzige Fundstelle war aufgrund eines Tippfehlers mit einer irrtümlichen Aktenseitenzahl versehen.

Weder nach der wörtlichen, systematischen, historischen noch teleologischen (historischen und objektiv-teleologischen) Interpretation ist aus der StPO abzuleiten, dass bei Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde die „Fundstellen im Aktenmaterial“ zu nennen sind.

nur die Regel, dass es gros Schwierigkeiten mit dem System bestehen. Die Mehrzahl der mit dem Strafrecht in Konflikt geratenen Personen kann – aus welchen Gründen auch immer (Geldmangel, Unwissenheit, Unsicherheit, unzureichende Beratung ua) – nicht von diesen *einigen wenigen* vertreten werden. Für diese Mehrzahl sind strukturell verbesserte Bedingungen zu schaffen, um jeglichen Anschein einer Klassenjustiz zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund ist nicht nur an die Legislative, sondern auch an die Judikative zu appellieren, die offenkundigen Missstände zu benennen und sie mit entsprechendem Weitblick zu beheben.

37 Mit der Konsequenz, dass das höchstrichterliche Tun wie ein Gnadenakt anmutet. Zum Begriff des „Fürsorgeermessens“: Moos, Reform des Rechtsmittels 180.

38 Vgl dazu überzeugend Velten, Grundrechtsschutz 39.

39 Ratz in WK-StPO § 281 Rz 480 mwN

40 Ratz in WK-StPO § 281 Rz 479 f.

41 Vgl in diese Richtungweisend Steininger, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren⁵ § 281 Abs 1 Z 5a Rz 24.

42 Ratz in WK-StPO § 281 Rz 479.

43 Vgl OGH 8.11.2011, 14 Os 73/11h.

Dennoch verlangt das Höchstgericht seit 2008,⁴⁴ nunmehr bereits in stRsp, eine derartige – dem Gesetz fremde – Benennung. Das Höherschrauben der hermetisch formalisierenden Anforderungen (und damit die weitere Verknotung des Systems) veranschaulicht dieses Beispiel – nicht zuletzt auf der Sprachebene – ganz besonders gut: Während die Entscheidung, die diese Entwicklung eingeläutet hat, nämlich 10 Os 83/08t,⁴⁵ noch die Nennung der „Fundstellen von Verlesung und darauf bezogenen Widerspruch im umfangreichen Aktenmaterial“ verlangt hat, ist die „Angabe der genauen Fundstellen“ seit 13 Os 96/09t⁴⁶ in solchen Akten bereits „unerlässlich“, um mit 14 Os 30/10h⁴⁷ dieses Erfordernis auf sämtliche Akten „unabhängig vom Umfang der Akten“ auszudehnen. Ihren (möglicherweise nur vorläufigen) Höhepunkt erreichte diese Entwicklung mit 14 Os 73/11h. Nunmehr reicht auch die genaue Angabe (s oben) der Fundstellen nicht mehr, um der prozessordnungsgemäßen Ausführung der Beschwerde Genüge zu tun, auch die „unzutreffende“ Bezeichnung, die beim Lesen des Beschwerdetexts aus dem Kontext unvermittelt und mühelos als Tippfehler zu erkennen ist, sanktioniert es nun mit Zurückweisung.

Josefinisch mutet an, dass dem Höchstgericht akkurat in dieser Entscheidung ein Tippfehler unterlaufen ist, den zu korrigieren es sich eineinhalb Monate nach Zustellung der Entscheidung an den nunmehr Verurteilten veranlasst sah. Lediglich am Rande ist zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer in erster Instanz wegen Begehung von § 75 StGB verurteilt worden war, maW: Es handelte sich also keineswegs um einen Bagatellfall.⁴⁸

2.4.3. Ressourcenknappheit beschränkt Grundrechte

Nicht nur die Funktionsweise des Systems, auch die mit dieser Rsp verfolgten Zwecke lassen sich durch die Betrachtung dieser Judikate exemplarisch sehr deutlich aufzeigen. Das Höchstgericht scheint zur Ressourcenschonung gezwungen zu sein und lagert – kurz gesagt – die Lektüre der Akten auf die Verteidigung aus, allerdings mit der weitreichenden Konsequenz der Erweiterung der Verwerfungsmöglichkeiten, wenn es die „Bezeichnung einer Fundstelle“ als unzureichend ansieht.

Das Höchstgericht verschafft sich damit einen immensen Ermessensspielraum, gegen den de lege lata keine Handhabe besteht.

Dem Höchstgericht ist großes Verständnis und ebensolcher Respekt für sein Wirken und seine Tätigkeit entgegenzubringen. Die Lebenssachverhalte und mit ihnen die Strafverfahren werden zunehmend komplexer und aufwändiger, erfordern also bei gleichbleibenden Mitteln einen ungleich höheren Einsatz von Ressourcen. Dennoch ist es verfassungsrechtlich nicht zulässig, das Grundrecht auf effektive Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung aus Überlastungsgründen einzuschränken.

Ein weiteres Beispiel für eine nicht nachvollziehbar hermetisch formalisierende Rsp ist die E 13 Os 131/12g.⁴⁹ Obwohl die Verteidigung sich vor dem Tatgericht wegen der Verletzung der Verteidigungsrechte prozessordnungsgemäß (also nach den Anforderungen der StPO und der stRsp) mit Antrag beschwert hatte und den Verstoß ebenso lege artis mit Nichtigkeitsbeschwerde (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) gerügt hatte,⁵⁰ nahm das Höchstgericht zur Frage der Grundrechtskonformität der aufgeworfenen Fragestellung, nämlich ob ein Zeuge der Anklage als Gerichtsgutachter tätig sein kann und ob das Tatgericht dessen Expertise zur Begründung der entscheidenden (verurteilenden) Tatsachen verwerten kann, während es der Verteidigung verwehrt ist, ein eigenes Gutachten einzuführen, nicht Stellung. Das verwundert umso mehr, als die Vollversammlung des Höchstgerichts bereits im Jahr 2011 exakt diesen Umstand als in einem „offensichtlichen Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 3 lit d EMRK“ gesehen hatte.⁵¹ In der zitierten Entscheidung verwarf es die Rügen mit der Begründung, dass „die Antragsteller dem ungerügten Protokoll zufolge keineswegs die Befangenheit des vom Gericht bestellten Sachverständigen [...] geltend gemacht“ sowie „das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen [...] gar nicht substantiell hinterfragt [hatten]“.⁵² Dieses Argument irritiert, zumal die Verteidigung die Befangenheit und die daraus resultierende Verfassungsverletzung expressis verbis vorgebracht hatte.⁵³ Das Höchstgericht ist (nach geltender Rechtslage) verpflichtet, bei Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines einfachen Ge-

44 Vgl OGH 27.8.2008, 13 Os 83/08t; RIS-Justiz RS0124172.

45 Vgl OGH 27.8.2008, 13 Os 83/08t.

46 Vgl OGH 19.11.2009, 13 Os 67/09s.

47 Vgl OGH 13.4.2010, 15 Os 30/10h.

48 Vgl dazu Art 2 Abs 2. 7. ZP EMRK, wonach vom Rechtsmittelrecht für strafbare Handlungen geringfügiger Art durch Gesetz näher bestimmte Ausnahmen möglich sind.

49 Vgl OGH 2.7.2013, 13 Os 131/12g.

50 Die Beschwerdeführer rügten die Verfassungswidrigkeit der Bestellung jener Person als Gerichtsgutachter, die zuvor als Gutachter der Anklagebehörde tätig war und nun als deren Zeuge für die

Stichhaltigkeit der Anklage in die Hauptverhandlung eingeführt wurde.

51 Vgl Tätigkeitsbericht 2011, abrufbar unter: www.ogh.gv.at/sites/www.ogh.gv.at/files/ogh/documents/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2011.pdf.

52 Vgl jeweils OGH 12.7.2013, 13Os 131/12g; Tätigkeitsbericht 2011, abrufbar unter: www.ogh.gv.at/sites/www.ogh.gv.at/files/ogh/documents/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2011.pdf.

53 Der Autorin liegt das Protokoll der Hauptverhandlung vor. Vgl dazu auch zuletzt *Birklbauer*, JSt 2013/4 (in Druck).

setzes (StPO) ein Gesetzprüfungsverfahren beim Verfassungsgerichtshof anzuregen. Dass es diese Bedenken hat, ergibt sich (ebenso *expressis verbis*) aus den Feststellungen im Tätigkeitsbericht und aus dem dort an die Gesetzgebung gerichteten Appell, die StPO zu ändern.⁵⁴ Die beschuldigte Person kann sich – wie das vorliegende Beispiel auf beeindruckende Weise zeigt – im gegenwärtigen System auch bei prozessordnungsgemäßer Antragstellung, also bei präzisester Einhaltung jener Regeln der „formalisierten Kommunikation“,⁵⁵ die die StRsp verlangt, nicht darauf verlassen, eine inhaltliche Antwort zu erhalten, geschweige denn, damit durchzudringen, und zwar selbst dann nicht, wenn das Höchstgericht selbst ebendiese Verfassungsverletzung in den Raum gestellt hat. Die Kommunikation zwischen Gericht und verurteilter Person kann angesichts dieses Befundes weder auf Augenhöhe noch als würdevoll bezeichnet werden, die Ausübung des Antragsrechtes und der damit verbundenen Rechtsmittelmöglichkeit – angesichts dieser Rsp – alles andere als „effektiv“.

3. Lösungsvorschläge

Nachdem die Frage der Reformbedürftigkeit des Rechtsmittelsystems mit einem klaren Ja zu beantworten ist, sind nun mögliche Lösungsszenarien in mehreren Schritten aufzuzeigen.

3.1. Erster Schritt: Aufwertung der Hauptverhandlung

Die Hauptverhandlung hat der Mittelpunkt des Strafverfahrens zu bleiben, sie ist dessen neuralgischer Punkt. Je fairer sie gestaltet ist, desto höher ist im Regelfall die Bereitschaft der Beteiligten, deren Ergebnis zu akzeptieren, und desto weniger wird das Rechtsmittelverfahren strapaziert, das wörtlich ja nur unerträgliche Entscheidungen zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren hat. Der Zweck der Reform ist die Aufwertung der Hauptverhandlung mit dem Ziel der Vermeidung von Rechtsmitteln. Die derzeitige Gestaltung der Hauptverhandlung ist nicht mehr zeitgemäß und bedarf einer Verbesserung.⁵⁶

Was mit dem Strafprozessänderungsgesetz 2004⁵⁷ für das Ermittlungsverfahren bereits geschehen ist, hat für die Hauptverhandlung und für das Rechtsmittelsystem zu folgen. Die Anklagebehörde ist nun *domina litis* des Ermittlungsverfahrens, ihre Aufgaben (so wie jene der unter ihrer funktionellen Aufsicht agierenden Kriminalpolizei) sind ebenso wie die Rechte der beschuldigten Person erstmals gesetzlich festgeschrieben. Die Kodifizierung der Rechte führte zu einer bedeutsamen Aufwertung der Stellung der beschuldigten Person und dadurch zur Institutionalisierung der Verteidigung. Im Ermittlungsverfahren sind die beschuldigte Person und die Staatsanwaltschaft einander systematisch gegenübergestellt, das Gericht wacht über die Einhaltung der Grundrechte durch die Staatsanwaltschaft, und zwar weitgehend ohne inhaltlich an den Ermittlungen beteiligt zu sein.⁵⁸ Das bedeutet eine Hinwendung zu einem adversatorisch gestalteten System, das die verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensrechte der beschuldigten Person unter den Schutz eines unabhängigen Gerichts stellt und ihnen so zum Durchbruch verhilft, ohne die Interessen an einer wirksamen Strafverfolgung außer Acht zu lassen. Damit einher geht die Anerkennung des Individuums als autonomes Prozesssubjekt.⁵⁹ Dieser Weg ist durch eine Reform der Hauptverhandlung und des Rechtsmittelverfahrens fortzusetzen.

In der Hauptverhandlung hat das Tatgericht *de lege lata* unter Beachtung des Grundsatzes der amtswegigen Wahrheitserforschung über die Schuldfrage zu entscheiden, indem es die von der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person beantragten und (davon unabhängig) jene Beweise aufnimmt, die es selbst für die Klärung der entscheidenden Tatsachen für notwendig erachtet. Das Gesetz überträgt ihm mit § 254 StPO die sogenannte diskretionäre Gewalt zur Sachverhaltsermittlung,⁶⁰ mit § 232 StPO die Verhandlungsleitung und mit den §§ 232 bis 237 StPO die Sitzungspolizei.^{61, 62} Die sich daraus ergebende „inquisitorische Vormachtsstellung“⁶³ äußert sich eindrücklich auch auf der sprachlichen Ebene (arg: „diskretionäre Gewalt“, „Sitzungspolizei“).⁶⁴

54 Vgl Tätigkeitsbericht 2011, abrufbar unter: www.ogh.gv.at/sites/www.ogh.gv.at/files/ogh/documents/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht2011.pdf. Die Gesetzgebung hat nach Redaktionsschluss reagiert und eine Änderung von § 126 StPO beschlossen, die am 1.1.2015 in Kraft tritt, vgl Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014 abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_00181/index.shtml. Ob sie dem verfassungsrechtlichen Postulat entsprochen hat, ist fraglich, wegen des Redaktionsschlusses kann nicht näher darauf eingegangen werden.

55 Vgl dazu Ratz in WK-StPO § 281 Rz 1.

56 Vgl dazu richtungsweisend Moos, 9. ÖJT (1985) II/3 107, ebenso in diese Richtung argumentierend Veltien, Grundrechtsschutz 13.

57 BGBl I 2004/19.

58 Vgl die Ausnahmen in §§ 104, 107, 174 Abs 1 StPO.

59 Die Disposition über subjektive Rechte (zu welchem Zweck auch immer) setzt deren gesetzliche Festschreibung voraus.

60 Vgl Fabrizy StPO¹¹ § 254 Rz 1 mwN.

61 Vgl dazu die Kommentierungen von Danek in WK-StPO §§ 232 bis 237.

62 Vgl dazu auch die Bestimmungen der Geo, BGBl II 1951/264 idF BGBl II 2013/204.

63 Soyer in Soyer (Hg), Strafverteidigung 85.

64 Das Wort „Gewalt“ ist dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen, hingegen wird es in der Rsp als auch in der Kommentarliteratur verwendet, vgl etwa OGH 23.3.2010, 11 Os 22/10k; 12.6.2012, 14 Os 48/12h; Kirchbacher WK-StPO § 254 Rz 2 mwN. Die Wortwahl spricht für sich.

Das Gesetz übersieht dabei, dass es das Tatgericht mit zu vielen Anforderungen überfrachtet. Die auf die beschriebene Weise vorzunehmende Wahrheitserforschung zwingt es, die Ermittlung des Sachverhalts ganz auf sich zu nehmen. Währenddessen hat es die Verhandlung zu leiten und das Verhalten der Beteiligten zu überwachen. Das Gesetz zwingt es dazu, nicht nur die Verfahrensbeteiligten, sondern vor allem auch sich selbst zu „instruieren“.⁶⁵ Fragen und Anträge von Prozessbeteiligten können in dieser Situation dazu führen, dass das Tatgericht seine eigene Verfahrensführung ständig zu hinterfragen, neu zu beurteilen und zu bewerten hat,⁶⁶ was mitunter zu Spannungen führt, vor allem wenn sich das Gericht – aufgrund der Vorbereitung durch das Studium des Ermittlungsakts – bereits eine Vorstellung vom Geschehen gemacht hat und wenn diese mit der Verantwortung der beschuldigten Person nicht übereinstimmt.⁶⁷ Ein dialektischer Diskussionsprozess, dessen Ziel es ist, ein in der Vergangenheit liegendes Geschehen unter Einbeziehung der Beteiligten zu rekonstruieren, maW zu „verhandeln“, ist so nur schwer möglich. Die beschuldigte Person kann nämlich kaum verhindern, dass ihre Verhaltensweisen (Fragen, Anträge, Stellungnahmen, Bemerkungen) beim Tatgericht eine abwehrende Haltung provozieren mit der Konsequenz, dass es sich gegen die Argumente der beschuldigten Person verschließt anstatt sie als realistische Geschehensvariante anzuerkennen. Das Ergebnis ist die „unkritische(n) Reproduktion der im Gerichtsakt enthaltenen, im Vorverfahren gewonnenen Beweise, deren Zustandekommen in entscheidender Weise durch polizeiliche Ermittlungsinteressen und Vernehmungsmacht geprägt ist“.⁶⁸ Aus dem Gesagten erklärt sich auch die performative Dominanz und gleichzeitige Passivität der Staatsanwaltschaft⁶⁹ in der Hauptverhandlung. Die Überlegenheit der Anklagebehörde lässt sich an einer Vielzahl von Beispielen veranschaulichen: § 244 StPO normiert die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zum Vortrag der Anklage. Dieser Pflicht entspricht sie in den einzelgerichtlichen Verfahren so gut wie nie, denn indem die jeweilige Vertretung mit den Worten „wie schriftlich“ auf den Strafantrag verweist, trägt sie die Anklage nicht vor. Sie verletzt dadurch regelmäßig zwar nicht mit Nichtigkeit bedrohtes, wohl aber zwingendes Verfahrensrecht. Das Gericht sieht über diese Vorgangsweise meist kommentarlos hinweg. Zugegeben handelt es sich bei § 244

StPO um keine Verpflichtung, deren Missachtung unmittelbare grundrechtliche Auswirkungen für die beschuldigte Person hat. Es zeigt aber das prozessrechtliche Selbstverständnis der Beteiligten auf. Was für ein Eindruck entsteht dadurch (bereits) zu Beginn der Hauptverhandlung, und zwar nicht nur für die beschuldigte Person, sondern auch in der Öffentlichkeit? Die beschuldigte Person hat (meist) gar keine andere Wahl, als anzunehmen, dass das Tatgericht die Anklageschrift und die jeweilige Vertretung der Anklagebehörde so gut kennt, dass es gar nicht notwendig ist, die Anklage vortragen zu lassen und für die Einhaltung des Verfahrensrechts zu sorgen. Hinzukommt, dass die beschuldigte Person oder deren Verteidigung im Fall einer für die Entkräftung der Vorwürfe wesentlich gehaltenen Replik auf die Worte „wie schriftlich“ zu antworten gezwungen ist und sich damit bereits am Beginn des Kommunikationsprozess notgedrungen der Lächerlichkeit preisgibt. Die identische Situation spielt sich nach Schluss des Beweisverfahrens ab. Die Vertretung der Anklagebehörde „hält“ den Strafantrag „wie schriftlich aufrecht“ obwohl sie § 255 StPO dazu verpflichtet, „die Ergebnisse der Beweisführung zusammenzufassen und die Anträge sowohl wegen der Schuld als auch wegen der gegen ihn anzuwendenden Strafbestimmungen zu stellen und zu begründen“.⁷⁰ Das Tatgericht nimmt die (gegen die StPO verstoßende) Verhaltensweise konsequenzlos zur Kenntnis und geht in vielen Fällen sogar so weit, dass es den Schlussvortrag der Verteidigung gar nicht sichtbar mitverfolgt, sondern in Akten blättert oder sonstigen Tätigkeiten nachgeht. Solche Konstellationen sind nicht nur für die beschuldigte Person, sondern auch für Verteidigung sowie für eine etwaig anwesende Öffentlichkeit entwürdigend.

Ein weiteres Beispiel stellt die gelebte Praxis zum Beweisantragsrecht dar. Die StPO stellt an die Staatsanwaltschaft und die beschuldigte Person jeweils dieselben Anforderungen für die prozessordnungsgemäße Formulierung von Beweisanträgen. Während die beschuldigte Person in der Hauptverhandlung zur Einhaltung der Formerfordernisse gezwungen ist, um die Aufmerksamkeit des Gerichtes zu erlangen, kann sich die Staatsanwaltschaft in aller Regel auf die bloße Benennung des gewünschten Beweismittels beschränken, damit das Gericht tätig wird. In der überwiegenden Zahl der Fälle „hält“ die Staatsanwaltschaft „die Beweise“, die in der

65 Moos, Die Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2003, 324.

66 Vgl. Velten, Grundrechtsschutz 19 f.

67 Vgl. Schünemann, Reform; Soyler in Soyler (Hg), Strafverteidigung 83; Moos, Die Reform der Hauptverhandlung, ÖJZ 2003, 321; Moringier, Teilnahmerecht und eigene Ermittlungen der Staatsanwälte und deren Verwendung in der Hauptverhandlung, AnwBl 2000, 385.

68 Soyler, Vorstellungen zur „Hauptverhandlung neu“ in Soyler (Hg), Strafverteidigung 85.

69 Velten, Grundrechtsschutz 39.

70 Vgl. dazu instruktiv die Darstellung von Danek in WK-StPO § 255 Rz 3 ff.

schriftlichen Anklageschrift angeführt sind, einfach „aufrecht“. Im Ergebnis bevorzugt das Tatgericht die Staatsanwaltschaft, also jene Prozessbeteiligte, die aufgrund ihrer staatlichen Ermittlungsbefugnissen ohnehin schon übermächtig ist. Für die beschuldigte Person kommt erschwerend hinzu, dass – der nach wie vor inquisitorisch geprägte – § 238 Abs 3 StPO es dem Tatgericht ermöglicht, den Beschluss und dessen Begründung nach einer abweisenden Entscheidung über einen Beweisantrag erst am Schluss der mündlichen Verhandlung zu verkünden. Das Tatgericht kann auf diese Weise die Prozessbeteiligten von der wirksamen Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhaltes während der Hauptverhandlung abhalten. Die Beweisaufnahme gibt dem Prozessgeschehen eine bestimmte Richtung und versetzt das Tatgericht in die Lage, den historischen Sachverhalt bestmöglich zu rekonstruieren. So gesehen ist das Beweisantragsrecht eines der wesentlichen Rechte der beschuldigten Person, um ihren Prozessstandpunkt durchzusetzen. Kann das Tatgericht einen Beweisantrag der beschuldigten Person aber abweisen, ohne sich mit den Gründen für die Abweisung sofort auseinanderzusetzen, wird es ihr kaum gelingen, das Gericht von seiner Sicht zu überzeugen. Denn es werden ihr ohne Begründung akkurat jene Argumente bis zum Schluss der Verhandlung vorenthalten, auf die zu reagieren sie nach der stRsp verpflichtet ist. Im Ergebnis bedeutet dies, dass sie mit ihren Anträgen auf ein etwaiges Rechtsmittel angewiesen ist, wenn das Tatgericht am Schluss der Verhandlung nach Verkündung der Gründe sich nicht (mehr) zur Beweisaufnahme veranlasst sieht, auch wenn die beschuldigte Person prozessordnungsgemäß darauf reagiert hat. Dass ein dadurch provoziertes Rechtsmittelverfahren einen beträchtlichen Mehraufwand (auch) an (staatlichen) Ressourcen bedeutet, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist die Aufnahme von Beweisen möglichst auf die erste Instanz zu konzentrieren und das Tatgericht zur sofortigen Beschlussverkündung und -begründung zu verpflichten.

Auch das in § 248 Abs 3 StPO garantierte Recht auf Erstattung einer Stellungnahme und das in § 252 Abs 3 StPO geregelte Recht auf Abgabe einer Bemerkung kann die beschuldigte Person de lege lata nicht sofort durchsetzen, obgleich sie für die Klärung des Sachverhalts und vor allem auch zur Entkräftung von belastenden erheblichen Tatsachen (etwa zur Erschütterung der Glaubwürdigkeit von Beweispersonen) wesentlich sind.⁷¹

Die Liste der Beispiele lässt sich beliebig fortsetzen. Als besonders ungerecht erweist sich etwa der Umstand, dass die Vertretung der Staatsanwaltschaft den jeweiligen Verhandlungssaal, in dem die Hauptverhandlung stattfindet, mit eigenem Schlüssel betreten kann und sich regelmäßig alleine mit dem Gericht in ebendiesem Raum aufhält, bevor die Hauptverhandlung überhaupt begonnen hat. Dass die Dominanz der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung auch von der Rsp nicht nur geduldet, sondern sogar gewollt ist, zeigt die bereits zitierte E 13 Os 131/12g,⁷² wonach es (im Ergebnis) der Staatsanwaltschaft als Beteiligter der Hauptverhandlung erlaubt ist, als Verfahrensbeteiligte Gutachten in die Hauptverhandlung einzubringen, nicht aber der beschuldigten Person.⁷³

Dass durch all diese Verhaltensweisen unweigerlich der Anschein eines Schulterchlusses zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft entsteht, liegt auf der Hand.⁷⁴ Die beschuldigte Person ist der Staatsanwaltschaft somit nicht nur de jure, sondern auch de facto unterlegen. Mit einem modernen Prozessverständnis, wonach die beschuldigte Person nicht Objekt, sondern ein mit verfassungsrechtlich gewährleisteten Verfahrensrechten ausgestattetes Subjekt des Verfahrens ist, ist weder die Rechtslage noch die gelebte Rechtspraxis vereinbar.

Eine Reform hat daher zunächst die zentralen (verfassungs- und europa-) rechtlichen Handlungsrahmen für die Hauptverhandlung, nämlich die Garantien des fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK, die Art 82 bis Art 94 B-VG sowie die in der Charta der Europäischen Union verankerten Grundsätze in den Mittelpunkt zu stellen. Das (unabhängige, unabsetzbare und unversetzbare) Tatgericht hat die Beweise innerhalb angemessener Frist öffentlich und unmittelbar sowie unter Beachtung der besonderen Garantien des Art 6 Abs 3 EMRK aufzunehmen. Unter diesen Prämissen ist dem Gericht einfachgesetzlich ein geeignetes Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, damit es den historischen Sachverhalt bestmöglich rekonstruieren kann.⁷⁵ Je besser die Nachbildung des fraglichen Ereignisses gelingt und je fairer der Weg dorthin gestaltet ist, desto eher kann das – letztendlich immer fiktive – Ergebnis seiner Funktion als Bezugs- und Angelpunkt des Strafverfahrens gerecht werden. Denn die Qualität der erstinstanzlichen Entscheidungsfindung hat unmittelbare Auswirkungen auf das Rechtsmittelverfahren. Die faire und transparente Verfahrensgestaltung und vermiedene Verfahrens- oder Rechtsfehler erhöhen die allgemeine Richtigkeitsgewähr

71 Vgl dazu auch *Soyer in Soyer* (Hg), Strafverteidigung 85.

72 Vgl OGH 2.7.2013, 13 Os 131/12g.

73 Siehe zur neuen Rechtslage Fn 54.

74 Vgl *Schünemann*, Reform 14 mwN.

75 Vgl §§ 228 ff StPO.

von erstinstanzlichen Urteilen und machen Rechtsmittel insofern überflüssig.

Die Neugestaltung der Hauptverhandlung hat aus diesen Gründen mit der weitgehenden Zurückdrängung der inquisitorischen Grundstruktur zu beginnen, um einen modernen Grundsätzen entsprechenden möglichst herrschaftsfreien Kommunikationsprozess zu ermöglichen.⁷⁶ In konsequenter Fortführung der durch das Strafprozessreformgesetz 2004 gestellten Weichen sind die Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten auch in der Hauptverhandlung nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu strukturieren. Dabei sind insb auch die Erkenntnisse der Psychologie und der Kommunikationswissenschaften zu berücksichtigen,⁷⁷ um eine *Verhandlung* über den Sachverhalt zu ermöglichen, in der die Beteiligten einander gleichberechtigt begegnen können und die beschuldigte Person nicht Gefahr läuft, a limine als Störfaktor wahrgenommen zu werden. Verfahrensgerechtigkeit ist auch zu leben und auf diese Weise sichtbar zu machen. In materia hat das Gericht den Interaktionsprozess zwar weiterhin unter dem Gesichtspunkt der amtswegigen Wahrheitserforschung zu leiten, die Hauptlast für die Argumentation der Stichhaltigkeit der Anklage ist hingegen weitestgehend der Staatsanwaltschaft zu übertragen. Die gegenwärtige Rechtslage erlaubt es ihr, wie ausgeführt, eine weitgehend passive Rolle einzunehmen, da sie sich ohnehin darauf verlassen kann, dass das Gericht die Wahrheit mitunter beeinflusst durch die entsprechende Vorbereitung, durch das Studium jener Akten, die sie maßgeblich selbst geschaffen hat, ermittelt. Dass das Gericht die beschuldigte Person mitunter als störendes Element wahrnimmt, wirkt sich dabei ganz zu ihrem Vorteil aus.

Eine weitere zentrale Reformüberlegung, die richtungsweisend für die Erneuerung des Rechtsmittelverfahrens ist, ist die technische Modernisierung des Strafverfahrens. Während der Einsatz von Aufzeichnungen durch Bild- und Tontechnik zunehmend sämtliche Bereiche des Lebens durchdringt, greift akkurat die Strafjustiz nur sehr zögerlich auf derartige Hilfsmittel zurück. Um die Qualität der Entscheidungsfindung zu verbessern, ist es mehr als je zuvor geboten, das Verfahren der modernen

Kommunikationstechnologie anzupassen. In Deutschland wird der Einsatz von Ton- und Videoprotokollen im Strafverfahren bereits seit dem Jahr 1993,⁷⁸ seit 2010 (neben dem Ermittlungsverfahren) auch für die Hauptverhandlung gefordert.⁷⁹ Auch in Österreich fordern gewichtige Stimmen schon seit langem eine solche Technisierung des Verfahrens.⁸⁰ Die Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen hat schon im Jahr 2004 die Ton- und Bildaufnahme der Aussagen von beschuldigten Personen im Ermittlungsverfahren und der Hauptverhandlung gefordert.⁸¹ Zuletzt hat sich der Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizer Strafrechtslehrer ausführlich mit der audiovisuellen Dokumentation von Aussagen im Ermittlungsverfahren und deren Verwertung in der Hauptverhandlung befasst.⁸² Der zeitgemäße Einsatz von audiovisuellen Hilfsmitteln unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten⁸³ ist auch für die reformierte Hauptverhandlung zu verlangen. Dass die Entwicklung in diese Richtung weist, hat die Gesetzgebung bereits zu erkennen gegeben. Der Einsatz von audiovisuellen Techniken der Beweisaufnahme ist der StPO keineswegs fremd, wie die §§ 97, 150, 165, 247a, 250 und 271a StPO zeigen. Praktische Bedeutung hat de lege lata derzeit lediglich § 247a StPO, der die Vernehmung „unter Verwendung von Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung“ von bestimmten Beweispersonen ermöglicht (kontradiktorische Vernehmung). Das von einer solchen Vernehmung angefertigte Audiovideoprotokoll hat das Tatgericht (so die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen) in der Hauptverhandlung vorzuführen. Der so gestaltete Einsatz von audiovisuellen Medien wird seit Jahren in Strafverfahren wegen des Verdachtes der Begehung von Delikten gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung praktiziert. Von den übrigen Möglichkeiten machen die Behörden nur punktuell Gebrauch, zumal das Gesetz deren Einsatz zum Teil in das Ermessen von Staatsanwaltschaft (und Kriminalpolizei) sowie Gericht legt (§ 271a – StPO Aufzeichnung der Hauptverhandlung zur Unterstützung der Protokollierung) und im Fall einer zeugenschaftlichen Einvernahme zusätzlich von der Zustimmung der Beweisperson abhängig macht (§§ 97,

76 Vgl dazu die kritische Darstellung von *Ortman*, Vor dem Gesetz, juridikum 2012/1, 53f ua unter Bezugnahme auf *Vismann*, Medien der Rechtsprechung (2011).

77 Vgl *Soyer* in *Soyer* (Hg), Strafverteidigung 83; *Schünemann*, Reform 13.

78 Vgl die umfassende Darstellung von *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger eV (2012) 111.

79 Gesetzesentwurf der deutschen Bundesrechtsanwaltskammer (2010) zur „Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ zitiert nach *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger eV (2012) 111 f.

80 Vgl *Hinterhofer*, Videovernehmungen und deren Verwertbarkeit im österreichischen Strafprozess, RZ 2000, 234 ff.

81 Vgl Beschlüsse des 2. Österreichischen StrafverteidigerInnentag in *Soyer* (Hg), Strafverteidigung – Konflikte und Lösungen, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen II (2004) 144.

82 Vgl Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme), GA 2014, 1.

83 Diese Punkte bedürfen einer näheren Erörterung, die aus Platzgründen nicht vorgenommen wird. Vgl dazu instruktiv zur deutschen Rechtslage unter Berücksichtigung der europarechtlichen Normen *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger eV (2012) 113 f und 128.

150 StPO). §§ 165 und 250 StPO sehen die Aufzeichnung bloß für die Vernehmung bestimmter Beweispersonen⁸⁴ zwingend vor, hinsichtlich der übrigen (auch beschuldigten) Personen ist eine entsprechende Prognoseentscheidung zu treffen, nämlich „wenn zu besorgen ist, dass die Vernehmung in einer Hauptverhandlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich sein werde“.⁸⁵

Zum Zweck der Verbesserung der Qualität der Entscheidungsfindung in der Hauptverhandlung ist der Einsatz der Bild- und Tonaufzeichnungen bei sonstiger Nichtigkeit (soweit technisch zugänglich) auf sämtliche Beweisaufnahmen auszuweiten. Dementsprechend sind die Einvernahmen von beschuldigten Personen sowie von Auskunfts- und Beweispersonen bereits im Ermittlungsverfahren ausnahmslos audiovisuell festzuhalten, um dem Tatgericht einen lebhaften Eindruck von den jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen zu verschaffen.⁸⁶ Die Audiovideoprotokolle hat das Tatgericht – so wie bisher – als Beweisergebnisse nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz in der Hauptverhandlung vorkommen zu lassen (§ 258 StPO). Die Vorteile eines solcherart technisierten Ermittlungsverfahrens sind beträchtlich: Die Aussagen sind wortwörtlich und damit präziser festgehalten, etwaige Verständnisschwierigkeiten, Missverständnisse sowie Meinungsverschiedenheiten zu Übersetzungsleistungen⁸⁷ können in der Hauptverhandlung mit einfachsten Mitteln geklärt werden. Das Tatgericht hat erstmals die Möglichkeit, sich einen unmittelbaren Eindruck von den Aussagen der befragten Personen zu verschaffen. Die Vernehmungsmacht der Polizei wird auf ein rechtsstaatlich erträgliches Maß reduziert, indem nur audiovisuell vorhandene Aussagen verwertbar sind.⁸⁸ Gängige Verhaltensweisen der Kriminalpolizei wie „Vorgespräche“ oder informative Befragungen im „Off“ werden auf diese Weise zurückgedrängt. Ebenso werden sich Vernehmungstechnik und -stil im Hinblick auf die audiovisuelle Aufzeichnung ändern.

Ein audiovisuelles Protokoll ist bei sonstiger Nichtigkeit auch von der Hauptverhandlung zu erstellen. § 271a StPO stellt den Einsatz der Bild- und Tonaufzeichnung in das alleinige Ermessen der dem Tatgericht vorsitzenden Person. Dass die Beteiligten – so die technischen Möglichkeiten überhaupt vorhanden sind – deren Einsatz über §§ 238, 281 Abs 1 Z 4 StPO erzwingen können, ist wegen Aussichtslosigkeit völlig unzureichend. In einer reformierten Hauptverhandlung hat die Aufnahme daher ausnahmslos zwingend zu sein. Die Beteiligten erlangen durch die Ausfolgung und Sichtung der Datenträger nicht nur „verstärkte Kontroll- und Anfechtungsmöglichkeiten“, sondern auch „Schutz gegen – aus dem Hauptverhandlungsprotokoll allein nicht immer erkennbare – allfälligen Missständen in der Verhandlungsführung“.⁸⁹ In keinem Bereich ist die Rekonstruktion eines in der Vergangenheit liegenden Ereignisses wichtiger als im Strafrecht, da es der eingriffsintensivste Rechtsbereich ist, den die Rechtsordnung (in Friedenszeiten) kennt. Die Vorteile der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung liegen aber keineswegs nur in der dadurch bewirkten Überprüfungs- und Schutzfunktion, sie trägt vor allem auch dazu bei, dass die Überprüfung der Tatfrage in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren wesentlich verlässlicher gestaltet werden kann („Tatkontrollverfahren“, siehe dazu sogleich 2. Schritt).

Die Ausweitung des Einsatzes von audiovisuellen Technologien im Strafverfahren ist daher das Gebot der Stunde,⁹⁰ sie stellt mitnichten einen Traditionsbruch, sondern eine systemimmanente Weiterentwicklung des gesetzgeberischen Willens dar.

3.2. Zweiter Schritt: Einführung der Dreinstanzlichkeit im Strafverfahren

Das reformierte Rechtsmittelverfahren gliedert sich in drei Instanzen.⁹¹

84 Vgl § 165 Abs 4 und Abs 5, § 250 Abs 3 StPO, also im Wesentlichen unmündige und/oder möglicherweise in ihrer Geschlechts-sphäre verletzte Beweispersonen.

85 Vgl *Fabrizy* StPO¹¹ § 165 Rz 1 mN: etwa Krankheit oder zu erwartende Aussageverweigerung.

86 Dass es darauf ankommt, hat bereits *Steiner* im Jahre 1937 beim 8. Deutschen Juristentag in der Tschechoslowakei (in Bezug auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit bei der Überprüfung der Tatfrage) betont: „[...] so wird die papierene Begründung oft matt wirken im Verhältnis zur Lebhaftigkeit des persönlichen Eindruckes bei der dramatisch erlebten Verhandlung.“, Protokolle des 8. Deutschen Juristentags in der Tschechoslowakei, GA (1937) 122.

87 Vgl dazu *Kadric/Scheiber*, Ausgangsprunkt Tampere: Unterwegs zum europäischen Strafprozess, Juridikum 2004, 209f; *Kadric*, Dolmetschen und EMRK, Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens, Schriftenreihe des BMJ – Bd 148 (2010) 263; *dies*, Dolmetschung als Ausdruck staatlicher Fürsorgepflicht – neue Impulse durch die RL 2010/64/EU, Juridikum 2012/1, 82.

88 *Kadric*, Dolmetschen 265: „Die bisherigen Erfahrungen mit Audio- und Videoaufzeichnungen von Verfahren vor der Polizei und vor den Gerichten zeigen, dass die Aufzeichnungen die Qualität erhöhen. Sämtliche Akteure achten im Hinblick auf die Nachprüfbarkeit auf exakt gesetzeskonformes Vorgehen.“ Vgl dazu auch *dies*, Dolmetschen 82.

89 Bei entsprechender Antragstellung befürwortend *Danek* in WK-StPO § 271a Rz 2; *ders* in *Soyer* (Hg), Statement, Strafverteidigung – Ringen um Fairness, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (2005) 51.

90 Nicht unerwähnt bleibt die damit verbundene Möglichkeit der Ressourceneinsparung.

91 Vgl *Birkbauer*, GA, der ebenfalls die Einführung eines zweinstanzlichen Rechtsmittelverfahrens fordert; *Pleischl*, Referate und Diskussionsbeiträge, 18. ÖJT (2012) III/2 76; *Kaltenböck*, Reform des Rechtsmittelsystems durch Abschaffung aller Formalschranken, AnwBl 1986, 435 f; *Heidrich*, Gedanken zu einer Reform des Rechtsmittelverfahrens in Strafsachen, RZ 1958, 29.

3.2.1. Der OGH ist zu entlasten

Der OGH als Höchstgericht ist zu entlasten, damit er sich verstärkt jenen Aufgaben widmen kann, die einem modernen Verständnis höchstrichterlicher Tätigkeit entspricht. Einem solchen widerspricht es insb, dass das Höchstgericht mit der zweitinstanzlichen Überprüfung von Tatfragen überhaupt befasst wird. Der ihm in Art 92 B-VG zugewiesenen Aufgabe, nämlich „oberste Instanz in Strafrechtssachen“ zu sein, kann der OGH viel eher gerecht werden, wenn er in der Tatfrage auf eine – dem Vorbild des (freilich entformalisierten) Grundrechtsbeschwerdeverfahrens nachgebildeten – reine Willkürkontrolle beschränkt ist.⁹² Er hat weiters die Einhaltung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte zu überwachen und für die Einheitlichkeit des Rsp der Unterinstanzen zu sorgen sowie grundsätzliche Antworten auf verfahrens- und materiellrechtliche Fragestellungen zu geben. Unter diesen Voraussetzungen kann er der Funktion eines Leitgerichts viel eher gerecht werden als unter den gegenwärtigen Bedingungen. Anrufbar ist er mit Revisionsantrag,⁹³ der dem Erneuerungsantrag nach § 363a StPO per analogiam nachgebildet ist und der zusätzlich eine Willkürkontrolle in der Tatfrage ermöglicht.

3.2.2. Die Oberlandesgerichte sind zweite Instanz für die Bekämpfung von kollegialgerichtlichen und einzelgerichtlichen Urteilen⁹⁴

Die OLG erhalten im Wesentlichen jene Funktion, die der OGH im gegenwärtigen System einnimmt, mit dem entscheidenden Unterschied, dass ein eigenes Verfahren die effektive Überprüfung der Tatfrage ermöglicht.

3.2.2.1. Tatkontrollverfahren

Dem OLG sind zu diesem Zweck sämtliche im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung gewonnenen Beweisergebnisse, insb die Audiovideoprotokolle zu übermitteln, um ihm die Möglichkeit einzuräumen, sich einen unmittelbaren Eindruck vom bisherigen Verfahren zu machen. Das audiovisuelle Material versetzt das Rechtsmittelgericht in die Lage, die Beweisaufnahme vor dem Erstgericht, das die Beweisergebnisse des Ermittlungsverfahrens anhand der dort gewonnenen Au-

diovideoprotokolle verwertet und gewürdigt hat, unter Beachtung des Mündlichkeitsgrundsatzes und des daraus abzuleitenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes, zu überprüfen. Der im Rahmen der Diskussion immer wieder erhobenen Forderung, dass eine verlässliche Überprüfung der Tatfrage nur nach vollständiger Wiederholung des Beweisverfahrens vor dem Rechtsmittelgericht möglich ist, wird dadurch vollkommen Rechnung getragen. Die audiovisuelle Technik erlaubt es, ein Geschehen unmittelbar, also völlig real, festzuhalten und an das Rechtsmittelgericht zu transportieren. Dieses ist nicht (mehr) auf ein schriftliches Hauptverhandlungsprotokoll, das die Geschehnisse in der Hauptverhandlung (bzw im Rahmen einer Vernehmung) nie exakt abbildet, angewiesen.⁹⁵ Unklarheiten in der Formulierung, Ungenauigkeiten bei der Übersetzung, nicht vermeidbare subjektive Einflüsse in der Abfassung der Protokolle durch Gericht oder Schriftführung können auf diese Weise zur Gänze ausgeschlossen werden.⁹⁶ Anhand der Audiovideoprotokolle wird auch die Glaubwürdigkeit von Aussagen einer wirksamen Überprüfung zugänglich, und zwar auch für Personen mit besonderen Bedürfnissen. Die bloße Einsicht in schriftliche Protokolle erweist sich zu deren Überprüfung als besonders unbefriedigend, weil eine unmittelbare Auseinandersetzung mit dem Aussageverhalten nicht möglich ist. *Kadecka* hat dazu bereits im Jahr 1959 ausgeführt: „[...] weil die Art, wie jemand aussagt für die Feststellung der Wahrheit oft nicht minder wichtig ist wie das, was er aussagt, und weil es – vom Tonfilm abgesehen, der heute im gerichtlichen Verfahren noch nicht verwendbar ist – kein Mittel gibt, die Art und Weise der Aussage und das Benehmen des Aussagenden, bei der Aussage in den Akten anschaulich festzuhalten.“⁹⁷ Dieses „Mittel“ ist mit den Audiovideoprotokollen gefunden. Sie halten nicht nur das Gesagte, sondern auch die Mimik, die Gestik, den gesundheitlichen Zustand, das Auftreten, zusammenfassend also sämtliche Umstände fest, die für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit relevant sind. Dass bei der Einschätzung der (Un-)Glaubwürdigkeit von Aussagen auch nonverbale und paraverbale Merkmale eine nicht unwesentliche Rolle spielen können, entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung und grundlegenden Erkenntnissen der Vernehmungslehre.⁹⁸ Das im derzeit geltenden Verfahren zur Überprüfung der Schuldfrage

92 Siehe dazu die Vorschläge von *Soyer*, Referate 54, sowie die Ansätze von *Flora*, Das Neuerungsverbot und die Erschöpfung des Instanzenzuges im Grundrechtsbeschwerdeverfahren, JBl 2001, 90.

93 Vgl dazu *Pleischl*, Referate 76; vgl in diesem Zusammenhang den im Rahmen der Verwaltungsreform zum Ausdruck gekommenen Willen der Gesetzgebung, wonach der Verwaltungsgericht als letztinstanzliches Höchstgericht mit Revision anrufbar ist, BGBl I 2013/33, BGBl 2013/161.

94 Vgl *Birkbauer*, GA.

95 Vgl *Kadecka*, Rechtsmittelverfahren 202 f.

96 Etwa durch (Ab-)Einspielen einzelner Sequenzen in der Berufungsverhandlung.

97 Vgl *Kadecka*, Rechtsmittelverfahren 203.

98 Vgl *Hermanutz/Litzke*, Vernehmung in Theorie und Praxis³ (2009) 200; *Wendler/Hoffmann*, Technik und Taktik der Befragung im Gerichtsverfahren (2009) Rz 121 ff, 201 ff; ablehnend *Binder/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellungen vor Gericht³ (2007) Rz 218, 317.

auftretende Dilemma, das wiederum mit *Kadecka* trefflich so beschrieben werden kann: „Allein ganz anders ist es in den oft verwickelten und zweifelhaften Fällen, wo die Schuld bestritten ist und der Angeklagte leugnet. Hier bietet die nackte Herzählung der Tatsachen und Verlesung des Urteils nach der bisherigen ein so mattes Bild, dass gerade die fähigsten unter den Richtern laut darüber klagen, wie schwer es ihnen wird, sich daraus ein klare und selbstständige Überzeugung zu verschaffen [...]“,⁹⁹ tritt nicht mehr auf, wenn sämtliche Beweise unmittelbar vorgeführt werden können.¹⁰⁰

Wie bisher ist die beschuldigte Person an der Mitwirkung der Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils zu beteiligen, indem sie zur genauen Bezeichnung der Mängel in der Beweisverwertung und der Verfahrensfehler zu verhalten ist, die aus ihrer Sicht zu einer unrichtigen Beurteilung der Tatfrage (aus welchen Gründen auch immer) geführt haben. Ob das Rechtsmittelverfahren in der Folge nur teilweise zu wiederholen ist, indem aufgrund der in der Berufung geltend gemachten Anträge einzelne Beweismittel erneut unmittelbar aufzunehmen sind, oder ob die bloße Vorführung einzelner Verfahrensabschnitte verbunden mit Verlesungsermächtigungen genügt, ist in einer Feinabstimmung im Detail zu definieren. Jedenfalls ist der beschuldigten Person das Recht einzuräumen, die unmittelbare Vorführung jener Beweisergebnisse zu ermöglichen, deren (Nicht-)Würdigung aus ihrer Sicht hauptsächlich für die fehlerhafte Entscheidung war. Ebenso hat es (wie bisher) zulässig zu sein, im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens neue Tatsachen und Beweise vorzubringen, um die Überprüfung der Tatfrage sicherzustellen.

Das so gestaltete Rechtsmittelverfahren weist im Vergleich zum jetzigen immense Vorteile auf. Es versetzt auch unvertretene sowie sprachlich und intellektuell nicht versierte Personen in die Lage, den Gang des Strafverfahrens zu verfolgen, ex post zu rekapitulieren und sich mit dem Ergebnis auseinandersetzen und mögliche Anfechtungsgründe¹⁰¹ zu benennen. Das Studium des audiovisuellen Materials erleichtert auch für jene Angehörige der Verteidigung die Ausführung des Rechtsmittels, die auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts nicht versiert sind. Die audiovisuelle Aufnahme wird dazu führen, dass sie ihre Strategien bereits in der Hauptverhandlung entsprechend reflektiert anlegen, weil auch ihr

Vorgehen so letzten Endes, und zwar auch für die beschuldigte Person, überprüfbar wird. Ebenso wird das Gericht sich angesichts der Aufnahme bei der Verfahrensführung und bei der Beweiswürdigung ganz grundsätzlich stärker hinterfragen, wenn es davon auszugehen hat, dass sämtliche Vorgänge der Hauptverhandlung (Verfahrensfehler, Rechtsfehler, Grundrechtsverstöße) unmittelbar dokumentiert werden. Der so gestaltete Einsatz von technischen Hilfsmitteln wird bei allen Beteiligten zu einem immensen Lerneffekt führen und nicht nur die Qualität der erstinstanzlichen, sondern auch der zweitinstanzlichen Entscheidungen verbessern. Die Überprüfung der Tatfrage rückt so in greifbare Nähe. Dem wiederholt vorgebrachten Argument, in der zweiten Instanz würde ein schlechter informiertes Gericht entscheiden, wird so der Wind aus den Segeln genommen.¹⁰²

3.2.2.2. Dekodierung und „Entformalisierung“ des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens

Das vor den OLG zu führende Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren ist dekodiert und „entformalisiert“ zu führen. Wie ausgeführt, bedient sich das Höchstgericht eines sich stetig formalisierenden Systems in einer für die Normunterworfenen nicht oder nicht im ausreichenden Maße verständlichen Sprache, ein Umstand, der sie a priori unterlegen macht und ihnen den Zugang zum Recht erschwert. Zweit- und letztinstanzliche Entscheidungen haben daher eine Sprache zu verwenden, die für (unvertretene) beschuldigte Personen und Verteidigungen, die nicht im Strafrecht spezialisiert sind, möglichst verständlich ist.¹⁰³ Es besteht kein Grund, Urteile sprachlich so zu fassen, dass sie ohne aufwändiges Studium nicht begreiflich sind. Auch abstrakte und komplexe Problemstellungen lassen sich einfach und lebensnah formulieren, wie der EGMR in stRsp zeigt. Die OLGs sind – im Gegensatz zum OGH nach gegenwärtiger Rechtslage – aufgrund ihrer Anzahl auch ressourcenmäßig dazu in der Lage. Wenngleich in seiner Grundstruktur beizubehalten, ist das Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren zu „entformalisieren“. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus dem systematischen Zusammenhang oder der historisch-teleologischen Interpretation ableitbare formalistische Hürden¹⁰⁴ sind ein Grund, eine

99 Vgl *Kadecka*, Rechtsmittelverfahren 206; *Roeder*, Tatfrage 521.

100 So schon *Tlapek*, Rechtsmittelverfahren im Strafverfahren, ÖJZ 1968, 566, der gegen das Argument der Verwässerung der Beweismittel ins Treffen führte, „[...] da die Beweismittel sowohl im Vorverfahren als auch in der Hauptverhandlung durch protokollarische Festhaltung gesichert werden und durch technische Einrichtungen (zB Ablichtungen-, Film- und Tonbandaufnahmen) derart gesichert werden können, dass sie eine unverrückbare Grundlage für viele Jahre bilden.“

101 Indem jene Sequenzen des Audiovideoprotokolle zu bezeichnen sind, die nicht oder nicht richtig gewürdigt worden sind usw.

102 So insb *Roeder*, Tatfrage 522.

103 Ein erster Schritt in diese Richtung *Schroll/Schillhammer*, Rechtsmittel in Strafsachen (2012).

104 Vgl die unter Punkt 2. 4. erwähnten Beispiele, weiters *Kier*, ÖJZ 2013/120, 1018, der die Tätigkeit des Höchstgerichts mehrfach lobend hervorhebt, aber die formalistische Herangehensweise letztendlich unter Bezugnahme auf Einzelentscheidungen klar kri-

Nichtigkeitsbeschwerde, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, als unbegründet zu verwerfen.

Um die Nachvollziehbarkeit der zweitinstanzlichen Entscheidungen sowie die Transparenz des Ganges des

Strafverfahrens weiter zu erhöhen, sind sämtliche erstinstanzlichen, aber auch zweit- und drittinstanzliche Entscheidungen zu veröffentlichen.¹⁰⁵

Schlussbemerkungen

Am Schluss dürfen ganz grundsätzliche Gedanken in Erinnerung gerufen werden. Oberstes Ziel der Rechtsordnung und mit ihr des Straf- und Strafverfahrensrechts ist der Schutz der Grundrechte. Das Grundrecht auf ein faires Strafverfahren, das begriffslogisch ein effektives Rechtsmittelverfahren umfasst, ist ein solches (verfassungsrechtlich garantiertes) Recht, an das sich jedes staatliche

Handeln, also auch jenes im Dienst der Strafjustiz, zuallererst zu halten hat, bevor es andere nicht in der Verfassung verankerte Interessen überhaupt erst in den Blick nimmt. Es ist mit *Callewaert* festzuhalten: „Die Frage ist nicht, wie viel Grundrechte das System trägt, sondern wie viel System die Grundrechte vertragen“.¹⁰⁶

tisiert, indem er festhält, dass „die weitgehend gute Arbeit, die dort geleistet wird, nicht durch derartige Peinlichkeiten eines überbordenden – und damit negativen – „Formalismus“ in Einzelbereichen [konterkariert wird.]“

105 Unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beteiligten.

106 *Callewaert*, Vizekanzler der Großen Kammer des EGMR, in seinem Referat anlässlich des am 4. und 5.10.2013 stattgefundenen 6. EU-Strafrechtstags in Bonn, *ders*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Eine Schicksalsfrage für den europäischen Grundrechtsschutz, StV 2014, 504.