

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf
Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer
Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
Martina Weixelbraun-Mohr
Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

April 2018

08

337 – 384

Aktuelles

EU-Jahresvorschau im Justizausschuss ➔ 337

Beiträge

Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren Eckart Ratz ➔ 351

Zum Stand der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen Recht Jürgen Niebling ➔ 341

Evidenzblatt

Umfang der Haftung der Geschäftsführer bei Insolvenzverschleppung ➔ 360

Wer ist Halter, wer Erfüllungsgehilfe im Eisenbahngüterverkehr? Lukas Schellerer ➔ 368

Untreue neu ➔ 374

Forum

Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? Thomas Schoditsch ➔ 381

Sprache und Recht

Präpositionsverbrechen Michael Rami ➔ 383

Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren¹⁾

Nach Art 83 Abs 2 B-VG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Als Organe der Gerichtsbarkeit können auch StA „gesetzliche Richter“ sein. Art 87 Abs 1 B-VG bestimmt, was Richter im Gegensatz zu anderen Organen der Vollziehung ausmacht, nämlich deren Unabhängigkeit in Ausübung ihres richterlichen Amtes. Unabhängigkeit und deren Absicherung sind auseinanderzuhalten, ebenso wie Zuständigkeit und Besetzung.

Von Eckart Ratz

Inhaltsübersicht:

- A. Verfassungsrechtliche Vorgaben und einheitlicher Rechtsschutz
- B. Richter als Bezugspunkt des Gesetzlichkeitsprinzips
- C. StA als „gesetzlicher Richter“
- D. Zuständigkeit und Besetzung
- E. Mangelnde Zuständigkeit als Nichtigkeitsgrund
- F. Einzelne Besetzungsmängel als Nichtigkeitsgrund
 - 1. Geschäftsverteilung und Dienstliste
 - 2. Besetzung des Schöffengerichts
 - 3. Geistig abwesende und ausgeschlossene Richter
- G. Kein Anspruch auf gesetzlichen Richter ohne subjektives Recht
- H. Gesetzlicher Richter im Rechtsmittelverfahren

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben und einheitlicher Rechtsschutz

Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter hat seinen Ausgangspunkt in der sog Kabinettsjustiz. War es politisch opportun, konnte es vorkommen, dass die Sache dem zuständigen Richter entzogen und einem der Staatsmacht genehmeren übertragen wurde. Nach **Art 83 Abs 2 B-VG** hingegen darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Über die EMRK hinausgehend, garantiert **Art 87 Abs 3 B-VG** auch feste Geschäftsverteilung im Voraus und behält nachträgliche Änderungen dem durch Bundesgesetz hiezu berufenen Senat vor. **Art 87 Abs 1 B-VG** bestimmt, was Richter im Gegensatz zu anderen Organen der Vollziehung ausmacht, nämlich deren Unabhängigkeit in Ausübung ihres richterlichen Amtes. Zur **Absicherung dieser Unabhängigkeit** verlangt **Art 86 B-VG** die – wenn auch nicht bindende – Einholung von Besetzungsvorschlägen der durch Bundesgesetz hiezu berufenen Senate und knüpft **Art 88 B-VG** einerseits Amtsenthebung, unfreiwillige Versetzung und unfreiwilligen Ruhestand an ein förmliches richterliches Erkenntnis, andererseits dauernden Ruhestand an eine gesetzliche Altersgrenze, sodass – anders als bei StA – Überschreiten des gesetzlichen Pensions-

alters durch Verwaltungsakt ausscheidet. Organisation und Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte behält **Art 83 Abs 1 B-VG** dem einfachen Gesetzgeber vor. Für den OGH enthält Art 92 B-VG jedoch eine Bestandsgarantie. Diese verbietet jeden Rechtsbehelf gegen dessen Entscheidungen und richtet ihn damit als Höchstgericht ein. Da Art 92 B-VG, anders als Art 133 Abs 1 Z 1, 144 Abs 1 B-VG, keine zwischen mehreren Höchstgerichten nach verfassungs- und einfachgesetzlich garantierten subjektiven Rechten getrennte Zuständigkeit bei der Entscheidungsanfertigung kennt, ist unter dem Aspekt kollidierender Zuständigkeiten – einem wichtigen Aspekt des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter – eine Abgrenzung der subjektiven Rechte nach Maßgabe des sogenannten Stufenbaus der innerstaatlichen Rechtsordnung einerseits und zwischen innerstaatlichem und EU-Recht andererseits im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit von vornherein unnötig,²⁾ was übrigens nicht von allen beachtet wird.³⁾ Schon aufgrund des Anwendungsvorrangs von EU-Recht kann das von VfSlg 19.632 reklamierte Grundrechtsmonopol nur als rechtspolitischer Versuch zur „Umleitung der Rechtsgeschichte“, nicht aber als korrekte Beschreibung geltenden Rechts beurteilt werden.⁴⁾ Gesetzlicher Richter in Zivil- und Strafsa-

ÖJZ 2018/46

Art 83, 87, 90 a
B-VG;
§ 61 StGB;
§ 37 StPO

OGH 11. 12. 2017,
12 Os 145/17 s

Ausgeschlossenheit;
Einleitung des Ermittlungsverfahrens;
Geschäftsverteilung;
Organ der Gerichtsbarkeit;
Unabhängigkeit

1) Vortrag beim 46. Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie in Ottenstein mit freundlicher Genehmigung des NWV, unter Hinweis auf die weitere Veröffentlichung in der vom BMVRDJ herausgegebenen Schriftenreihe. §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO.

2) Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* Rz 42.105.

3) Vgl *Khakzadeh-Leiler*, Von Verwandtschaften und ihren Folgen, oder: Wie wird ein Recht zum Grund- und Menschenrecht, ZfV 2014, 161 (165); treffend dagegen *Lewisch*, Der Zugang zum OGH in Strafsachen aus anwaltlicher Sicht, in *G. Kodek* (Hrsg), Zugang zum OGH (2012) 139 (144 f), der von verfassungsrechtlichen und verfassungsgleichen Rechtsverbürgungen spricht; vgl bereits § 16 ABGB. Vgl auch die mit BGBl 1993/526 geänderte Textierung von Z 4, der zwischen grundrechtlichen und sonst den Wesenskern von Anklage oder Verteidigung schützenden Bestimmungen differenziert.

4) *Merli*, Umleitung der Rechtsgeschichte, JRP 2012, 355; krit auch *M. Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZöR 2012, 587; *Brenn*, VfGH versus Unionsrecht, ÖJZ 2012, 1062; aM *Holoubek*, Grundrechtsschutz und Rechtsmittelverfahren, in *G. Kodek* (Hrsg), Zugang zum OGH (2012) 83; vgl aber auch *ders*, Unionsrecht und Verhältnis der Höchstgerichte zueinander, in *Griller/Kahl/Kneib/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs 625.

chen beim Schutz dieser wie überhaupt aller Grundrechte sind also die ordentlichen Gerichte im Instanzenzug – und dort, wo der Instanzenzug nicht bis zu ihm geht, der OGH über Grundrechtsbeschwerde nach dem GRBG oder Erneuerungsantrag nach § 363 a.⁵⁾ Aufgabe aller ordentlichen Gerichte allerdings ist es, die Grenzen verfassungskonformer Interpretation zur Kompetenzabgrenzung zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und VfGH nicht zu überschreiten und diejenige zum EuGH zu beachten.⁶⁾

Der VfGH wendet Art 83 Abs 2 B-VG auch im Verwaltungsrecht an. Art 87 Abs 1 und 3 B-VG und die einfachgesetzliche Umsetzung durch die StPO gehen aber weit darüber hinaus.⁷⁾ Nach der Rsp von EGMR und VfGH gehören zum Themenkomplex „Grundrecht auf den gesetzlichen Richter“:

- sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit (einschließlich der Delegierungsbefugnisse),⁸⁾
- Gerichtsbesetzung – ieS, einschließlich Einhaltung und Rechtmäßigkeit der **Geschäftsverteilung** – und **Richterausgeschlossenheit**; auch objektive und subjektive Befähigung von Berufs- und Laienrichtern samt Auswahl der Mitwirkenden aus dem Volk (Art 91 B-VG),
- **Verweigerung und ungerechtfertigte Inanspruchnahme einer Sachentscheidung**,⁹⁾ einschließlich der Garantie einer auf Gesetz beruhenden Strafe (**nulla poena sine lege**),¹⁰⁾
- also von den Nichtigkeitsgründen der **Z 1, 6 bis 8 und 9 des § 281 Abs 1**¹¹⁾ erfasste Bereiche (nicht aber die Einhaltung von Verfahrensvorschriften schlechthin),¹²⁾
- die Befugnis von Rechtsmittelgerichten zur Zurückweisung, also **Verweigerung der inhaltlichen Erledigung** von Rechtsmitteln,¹³⁾
- schließlich die **Bindung des Rechtsmittelgerichts an das Vorbringen** (zB bloß an Berufungspunkte oder an die Tatsache der Erhebung des Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels) und dessen **Befugnis zu amtswegigem Einschreiten** nach §§ 290, 471.¹⁴⁾

B. Richter als Bezugspunkt des Gesetzlichkeitsprinzips

Was Richter im Gegensatz zu anderen Organen der Gerichtsbarkeit ausmacht, ergibt sich nicht aus Art 83 Abs 2, vielmehr aus Art 87 Abs 1 B-VG. Danach liegt der Unterschied darin, dass Richter „in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig“ sind.¹⁵⁾ Nach der grundlegenden Untersuchung von *Walter*, deren Ergebnis sich die Verfassungsrechtslehre angeschlossen hat, bedeutet **Unabhängigkeit** nichts anderes als „eine besondere Stellung des Richters gegenüber den Rechtsquellen. Eine Weisung ist für ihn – anders als für den Verwaltungsbeamten – keine Rechtsquelle, er hat sie unbeachtet zu lassen. Er wird nur durch Rechtsformen gebunden, die auch den Rechtsunterworfenen, der außerhalb des staatlichen Organapparates steht, zu binden vermögen.“ Und weiter: „Die richterliche Unabhängigkeit ist kein Privileg für den Richter, sondern eine Garantie für den Rechtsunterworfenen. Die Unabhängigkeit des Richters ist die Garantie für den Rechtsunterworfenen, daß nur auch für ihn geltendes

Recht auf ihn angewendet wird, das Organ nicht durch Vorschriften gebunden wird, die nur das Organ, nicht den Rechtsunterworfenen binden.“¹⁶⁾ Der Richter habe „jeden Akt, der mit dem Anspruch auftritt, ihn zu binden, auf seine Rechtmäßigkeit zu prüfen und ihn, falls er nicht rechtsrichtig ist, unbeachtet zu lassen“. Mithilfe dieser Formel und weiterführender Überlegungen von *Wiederin*¹⁷⁾ lässt sich auch die Verpflichtung von Organen der Justizverwaltung, Richter zur Besorgung ihrer Aufgaben anzuhalten, vom Verbot, in deren Unabhängigkeit einzugreifen, exakt abgrenzen. Wer hingegen bei der Auslegung einfacher Gesetze, welche die Begrifflichkeit des B-VG verwenden, „unabhängig“ iSd Art 87 Abs 1 B-VG mit dem vertragsautonom auszulegenden „unabhängig“ des Art 6 Abs 1 EMRK vermengt, fällt einem Paralogismus zum Opfer. Seine Schlussfolgerungen haben die logische Struktur des Beispiels, das *Klug* für die sog quaternio terminorum bringt:

- Herodes war ein Fuchs.
- Alle Füchse haben vier Füße.
- Also hatte Herodes vier Füße.¹⁸⁾

Um das zu vermeiden, ist es wichtig, **Unabhängigkeit von deren Absicherung zu unterscheiden**. Jene ist be-

5) Vgl *Ratz*, Der OGH als Hüter der Grundrechte in Strafsachen, in FS Höpfl 229.

6) Art 89 B-VG; Art 267 AEUV; vgl auch die Möglichkeiten individueller Normanfechtung, welche Art 139 Abs 1 Z 4, 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG neuerdings bieten; krit dazu *Ratz*, Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes im Straf- und Medienrecht, in *Pilgermair* (Hrsg), Perspektiven der Justiz (2013) 155; ders, Gesetzesbeschwerde gefährdet funktionierenden Grundrechtsschutz, RZ 2013, 77; ders, Strafrecht und Grundrechtsschutz, AnwBl 2017, 350 (355 f).

7) Vgl nur *Walter/Mayer/Kucsko-Stadelmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1521, zur mangelnden Übertragbarkeit der festen Geschäftsverteilung auf Verwaltungsbehörden.

8) Vgl *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Art 83 Anm II.2.

9) Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* Rz 42.114–01; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadelmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1519.

10) *Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 83/2 Rz 32.

11) Siehe auch § 468 Abs 1 Z 1 und 2 (§ 489 Abs 1); zur Relevanz der Antrags-/Anklageberechtigung vgl *Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 83/2 Rz 38 f.

12) Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadelmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1522.

13) Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadelmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1519, 1520, 1522.

14) Vgl § 89 Abs 2 b und die mangelnde Begründungsobliegenheit beim Einspruch gegen die Anklageschrift, § 467 Abs 2, § 294 Abs 2 vierter Satz.

15) Da keine staatlichen Funktionäre, brauchten Mitwirkende aus dem Volk nicht weisungsfrei (unabhängig) gestellt zu werden; vgl *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 37 f, 158.

16) *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 54.

17) *Wiederin*, Anm zu OGH Ds 25/13, JBl 2014, 409 (410); instruktiv idS auch *Piska* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 87/1–2 Rz 11 f, und – aus deutscher Sicht – *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt 174 ff; vgl auch *Ratz*, Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2016, 492.

18) *Klug*, Juristische Logik⁴ 121; so aber *Markel*, WK-StPO Vor § 29 Rz 6, der sich bei seinem Hinweis auf eine (unstrittig) von Art 6 EMRK geforderte „unabhängige Arbeitsweise des Gerichtes“ zum Beleg auf *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, EMRK⁴ Art 6 Rz 67, beruft, obwohl dort von Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit, also dem Regelungsbereich des Art 88 B-VG, die Rede ist, während die (pauschal) als Beleg reklamierten Aussagen von *Kühne*, IntKommEMRK, „Art 6 Rz 296 ff“, neben Art 87 Abs 1 B-VG den gesamten Abschnitt B des Dritten Hauptstücks des B-VG beschreiben, womit offensichtlich wird, dass *Markel* zwischen dem vertragsautonomen Unabhängigkeitsbegriff des Art 6 EMRK und demjenigen des Art 87 Abs 1 B-VG nicht unterscheidet; ohne wissenschaftlichen Anspruch, vielmehr als standespolitisches Statement zu verstehen dagegen *Zinkl*, 10 Jahre Welser Erklärung – Art II. Unabhängigkeit, RZ 2017, 231.

grifflich fassbar (und damit unmittelbar subsumtionsfähig), diese nur typologisch, indem sie die gesetzlich geforderte Richterpersönlichkeit beschreibt und ein soziales und organisatorisches Umfeld schafft, „das diese Unabhängigkeit respektiert und ihr den entsprechenden Freiraum einzuräumen gewillt ist“,¹⁹⁾ und zwar nach Art eines beweglichen Systems, sodass ein Weniger der einen einfachgesetzlichen Absicherung durch ein Mehr der anderen ausgeglichen werden kann.²⁰⁾

Das **Disziplinarrecht** der Richter, StA und Notare sollte übrigens aufgrund einer 2016 erfolgten Änderung in der Rsp des OGH den Kriterien entsprechen, welche der EGMR jüngst für Unparteilichkeit verlangt hat – und das trotz ausgeprägter inquisitorischer Elemente bei Einleitungs- und Verweisungsbeschluss.²¹⁾ Als Prozessgegenstand des Disziplinarverfahrens hat der OGH nämlich den, wenngleich ohne Formzwang, so doch unmissverständlich zum Ausdruck gebrachten Willen des Dienstgebers bezeichnet, eine Entscheidung des Disziplinargerichts herbeizuführen, und verlangt, dass der Disziplinaranwalt den tatsächlichen Bezugspunkt der rechtlichen Beurteilung für die nach §§ 123, 130 RStDG zu treffenden Entscheidungen des Disziplinargerichts exakt zu benennen habe, sodass **Einleitungs- und Verweisungsbeschluss als Entscheidung über Anträge des Dienstgebers zur Entscheidung über vorgeworfene Taten** ergehen.²²⁾ Kläger und Richterfunktion scheinen damit hinreichend getrennt.

C. StA als „gesetzlicher Richter“

Das aus Art 83 Abs 2 B-VG abgeleitete Grundrecht auf Schutz und Wahrung gesetzlich begründeter Behördenzuständigkeit²³⁾ gilt auch gegenüber der StA, soweit diese mit dem für eine Behörde im funktionalen Sinn nötigen imperium²⁴⁾ auftritt, vornehmlich als Leiterin des Ermittlungsverfahrens. Art 90a B-VG definiert StA einerseits als Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit, andererseits als weisungsgebunden nach Maßgabe einfachgesetzlicher Regelungen.²⁵⁾ Die verfassungsrechtliche Klarstellung, dass StA Organe der Gerichtsbarkeit sind, macht Sinn,²⁶⁾ wenn auch nicht denjenigen, den manche daraus ableiten wollen.²⁷⁾ 2008 war bekanntlich der verfassungsrechtliche Trennungsgrundsatz noch nicht durch Art 94 Abs 2 B-VG relativiert und im neuen Ermittlungsverfahren wollte man für den Rechtsschutz nur die ordentlichen Gerichte haben.²⁸⁾ Seit der grundlegenden Klarstellung durch *Walter* 1960 wissen wir aber, dass auch Bedienstete der Geschäftsabteilung, die richterliche Entscheidungen abfertigen, Organe der Gerichtsbarkeit sind, ebenso wie Notare als Gerichtskommissäre, Rechtspfleger, Schöffen und Geschworene. Sie alle wirken an der Staatsfunktion „Gerichtsbarkeit“ mit, so wie nach § 21 die OStA an den Strafverfahren vor den OLG und die Generalprokuratur an den Strafverfahren vor dem OGH. Derjenige, der als Rechtsprecher „wirkt“, ist nach *Walter* das verfassungsgesetzlich genau festgelegte „Organ“ Richter. „Der Richter“, so *Walter*, „ist es also, der die Rechtsprechung zu bewirken hat“,²⁹⁾ andere Organe der Gerichtsbarkeit wirken mit. Ihre Stellung wird von der Verfassung der Stellung von Richtern keineswegs undifferenziert angenähert.

So besteht die **Unabhängigkeit der Richter**, wie zuletzt *Wiederin* in Erinnerung gerufen hat,³⁰⁾ im **Verhältnis zu Weisungen**, die **Unabhängigkeit der StA** stattdessen im **Verhältnis zu den ordentlichen Gerichten**.³¹⁾ StA sind wie Rechtspfleger weisungsgebunden, maW anderen staatlichen Organwaltern verantwortlich – die Rechtspfleger gegenüber Richtern, womit sie an deren Unabhängigkeit teilnehmen, weil es nur um Gesetzesbindung geht,³²⁾ die StA gegenüber dem BMJ, der seinerseits der Vertretung des Volkes verantwortlich ist. Denn hier kommen neben dem Gesetz auch Gemeinwohlinteressen ins Spiel,³³⁾ die „*Interessen des Staates in der Rechtspflege*“, wie § 1 StAG sagt. Dass StA zur **Objektivität** verpflichtet sind, unterscheidet sie weder von den Gerichten noch von den Verwaltungsbehörden.³⁴⁾ Eine Rolle als Gesetzeswächterin kommt ihr schon mit Blick auf das die gesamte Vollziehung bestimmende Legalitätsprinzip nicht zu.³⁵⁾ StA sind weisungsgebundene Organe der Gerichtsbarkeit, unterliegen beim Handeln im Rahmen der Gerichtsbarkeit aber keiner Kontrolle durch Verwaltungsgerichte oder Volksanwaltschaft.³⁶⁾ Die zuweilen gehörte Auffassung, dass die Gerichtskontrolle Weisungen entgegenstehe, vermengt „interne Weisungsbindung“ und

19) *Öhlinger*, Unabhängigkeit der Gerichte – zwei Seiten einer Medaille, RZ 2015, 83.

20) Ein Typus ist „nicht definierbar, sondern nur explizierbar“, nicht „geschlossen, sondern offen“, er „verbindet, macht Sinnzusammenhänge bewusst“ und ist zu unmittelbarer Subsumtion ungeeignet. Sein Inhalt wird nicht definiert, sondern beschrieben (*Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ 135, 137, im Anschluss an *Kaufmann*).

21) EGMR 31. 10. 2017, 147/07, *Kamenos/Zypere*.

22) RIS-Justiz RS0130574; RS0130575; RS0129410.

23) Vgl. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 950, 952.

24) Vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 549.

25) Vgl. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 638; zur verfassungsrechtlichen Weisungsgebundenheit vgl. aber auch *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 816.

26) Vgl. auch *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 35 (FN 3), unter dem Aspekt von seit 2008 übertragenen Funktionen, insb der Ermittlungsfunktion (vgl. § 20 Abs 1 und 3 im Gegensatz zu § 88 Abs 3 idF vor 2008).

27) Vgl. *Rill* in *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* Art 90a Rz 1.

28) Vgl. auch *Rill*, aaO Rz 9f.

29) *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 35 ff; vgl. auch *Rill*, aaO Rz 6 ff.

30) *Wiederin*, JBl 2014, 409 ff.

31) § 1 zweiter Satz StAG.

32) Bindung an Rechtsverordnungen und Anwendungsvorrang des EU-Rechts sind mitgemeint.

33) *Wiederin*, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in *FS Stolzlechner* (2013) 741 (754).

34) Die Zweckmäßigkeitkontrolle bei der Vertretung der „staatlichen Interessen in der Rechtspflege“ ist Sache des BMJ.

35) Nach *Wiederin*, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28 (31), bloß eine „geniale Marketingmaßnahme, die bis heute wirkt“. Versuche, die Rolle „verfassungsrechtlich auszubuchstabieren“, habe man im Nationalsozialismus und bei der Staatsanwaltschaft als Wächterin sozialistischer Gesetzmäßigkeit gesehen.

36) Näher: *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, in *GS Walter* 819. Umgekehrt unterliegen StA der parlamentarischen Kontrolle nach Art 52 B-VG, an dessen Umschreibung auch Art 53 B-VG (Untersuchungsausschüsse) anknüpft. Zur „Geschäftsführung der Bundesregierung“ zählt „die Tätigkeit aller Organe, die gegenüber der Bundesregierung oder den Bundesministern weisungsgebunden sind“, also im Ergebnis die gesamte Tätigkeit der Staatsanwaltschaften; aM *Lienbacher*, Ist staatsanwaltliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse? *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2010, 65 (72), der jedoch „ua zB auch“ die (bloß) richterlichen Garantien der „Art 87 und Art 88 B-VG“ zur Beschreibung dessen, was „Gerichtsbarkeit“ ausmachen soll, ins Spiel bringt.

„externe Rechtssphäre des Betroffenen“, auf der die Verwaltungsgerichtsbarkeit beruht. Interne Weisungsbindung der StA und gerichtlicher Rechtsschutz stellen keinen Widerspruch dar. Sonst stünde die Weisungsbindung der gesamten Hoheitsverwaltung angesichts der Rechtskontrolle durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts in Frage.³⁷⁾

So verletzt zB die mit BMJ-S 578.028/0004-IV 3/2017 an die StA ergangene generelle Weisung, ein Ermittlungsverfahren auch dann „einzuleiten“, wenn (bereits) erwiesen ist, dass dem Täter ein Strafausschließungsgrund iwS zugutekommt, wenn maW erwiesen ist, dass die Tat keine mit Strafe bedrohte Handlung begründet, das Recht des Täters auf den gesetzlichen Richter. Sie entbehrt einer gesetzlichen Grundlage und verweigert die gebotene Sachentscheidung, auf die der Täter ein Recht hat.³⁸⁾ „Gesetzlicher Nachweis“ (Art 6 Abs 2 EMRK), dass eine Straftat (§ 1 Abs 1 zweiter Satz) begangen wurde, ist das Strafurteil, dem das Unterbringungsurteil (§ 21 Abs 1 StGB) entspricht (§ 260 Abs 1 Z 1 und 2, § 430 Abs 2). Beide haben bei sonstiger Nichtigkeit einerseits den historischen Bezugspunkt – die Tat – unter ausdrücklicher Bezeichnung der einen bestimmten Strafsatz bedingenden Tatumstände, andererseits die „strafbare“ – im Fall des § 21 Abs 1 StGB die „mit Strafe bedrohte“ – Handlung, maW die rechtliche Kategorie, welche durch die als erwiesen angenommenen Tatsachen begründet, der maW subsumiert wird, auszusprechen.³⁹⁾ Mit Strafe bedrohten oder strafbaren Handlungen subsumierbar sind die sie bedingenden Tatumstände nur, wenn kein Strafausschließungsgrund iwS vorliegt, wie objektive Bedingungen der Strafbarkeit, Rechtfertigungs-, Schuld- oder Strafausschließungs-,⁴⁰⁾ Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe des materiellen Rechts und Verfolgungshindernisse des Prozessrechts.⁴¹⁾ Strafurteile oder Unterbringungsurteile schließen die Sachverhaltsklärung ab. Den Beginn der Sachverhaltsklärung, maW des Strafverfahrens, markiert hingegen nach § 1 Abs 3 der „Anfangsverdacht [...], dass eine Straftat begangen worden ist“. Nur wenn Anhaltspunkte für einen Sachverhalt vorliegen, der – wenn erwiesen – zumindest eine mit Strafe bedrohte Handlung begründet, dieser maW subsumierbar ist, darf ermittelt werden; ansonsten ist – wie § 35 c StAG es ausdrückt – „von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abzusehen“, weil „kein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) besteht“. Da nach § 2 Abs 1 StAG weisungsgebunden, haben StA den Erlass gleichwohl zu befolgen,⁴²⁾ während für Gerichte allein das Gesetz gilt, womit die empfohlene „analoge Anwendung des § 190 Z 1“, wenn StA „aufgrund von Rechtsfertigungs-, Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen oder von Verfolgungshindernissen von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens absehen“, ausscheidet und Fortführung nicht in Betracht kommt. Umgekehrt wäre es nach § 108 Abs 1 Z 1 umgehend einzustellen.

Die Zuständigkeit einer StA im Ermittlungsverfahren unterliegt zwar als solche keiner Gerichtskontrolle. Werden durch deren Einschreiten aber subjektive Rechte berührt, steht nach Maßgabe des § 106 Einspruch wegen Rechtsverletzung offen.⁴³⁾ Tatbestandswirkung entfaltet eine Zuständigkeitsbestimmung

(§ 28) dabei nicht. Von der Rsp des EGMR wird schließlich die Anwesenheit eines Vertreters der StA in der Hauptverhandlung verlangt – verfassungsrechtlich beim Anklagegrundsatz des Art 90 Abs 2 B-VG zu verorten, am effektivsten aber wohl über die Besetzungsrüge zu erfassen, weil § 281 Abs 3 dafür nicht gilt.

D. Zuständigkeit und Besetzung

Gerichtszuständigkeit und Besetzung sind voneinander zu scheiden. Soweit eine Vorschrift beide Bereiche betrifft, ist dies bei der Anwendung im Auge zu behalten. Bezugspunkt von „gehörig“ in § 281 Abs 1 Z 1 ist der von der Anklage angerufene Gerichtskörper;⁴⁴⁾ Fragen der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit zu Verhandlung oder Entscheidung gehören nicht hierher. Besetzungsfragen stellen sich nur bei gleicher örtlicher und sachlicher Zuständigkeit.⁴⁵⁾ § 37 betrifft sowohl Zuständigkeit („vom selben Gericht“) als auch Besetzung („gemeinsam“), § 38 allein die Zuständigkeit. Steht gemeinsame Führung durch unterschiedliche Spruchkörper ein und desselben Gerichts in Frage, geht es um (unterschiedliche) sachliche Zuständigkeit; ein Recht auf das örtlich und sachlich zuständige Gericht besteht nach Maßgabe des unten zu E. Gesagten.

Ausscheidung und Einbeziehung durch das erkennende Gericht kann darüber hinaus nur, aber immerhin bei Verletzung **grundrechtlicher** oder **des Wesens** von Strafverfolgung oder Verteidigung in einem fairen Verfahren bestimmender Vorschriften Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 begründen. Geltend gemacht kann der Nichtigkeitsgrund allerdings nur nach Maßgabe des § 281 Abs 3, dessen Voraussetzungen bei Anfechtung durch Angeklagte kaum je auf der Hand liegen und damit konkreter Begründung bedürfen. Dagegen kann im Zusammenhang mit §§ 29, 84 Abs 3, § 107 b Abs 4 StGB ohne Weiteres erkennbar sein, dass verweigte gemeinsame Verfahrensführung einen die Anklage beeinträchtigenden Einfluss auf die Entscheidung zu üben vermochte.

Ausgeschlossenheit nach § 43 Abs 2 letzter Fall betrifft die Besetzung (§ 281 Abs 1 Z 1) und bedeutet Verfahrensabnahme von Gesetzes wegen. Die Geschäftsverteilung muss „im Voraus“ Neuverteilung davon betroffener Verfahren vorsehen. Abnahme nicht betroffe-

37) Thienel in GS Walter 839 (FN 79 unter Hinweis auf *Wiederin*); vgl auch die von VfSlg 19.350 auf der Grundlage von Art 90 a B-VG getroffene Klarstellung, dass StA keine Richter sind.

38) Treffend *Pilnacek/Stricker*, WK-StPO § 108 Rz 13 (vgl aber auch Rz 13/1); *Pilnacek/Swidorski* in WK-StGB § 299 Rz 7, auf die sich der Erl beruft, beurteilen die Differenzierung nach Tatbestand und anderen notwendigen Subsumtionsbedingungen „im Hinblick auf Sinn und Zweck des § 299“ StGB und gerade nicht hinsichtlich des Strafverfahrens für „sinnvoll“; zur Begrifflichkeit s 15 Ns 44/15 m EvBl 2015/150.

39) Beide können aussprechen, dass eine oder mehrere strafbare oder mit Strafe bedrohte Handlungen begründet werden, sei es ideell durch eine Straftat, sei es real durch mehrere Straftaten.

40) Für Unterbringungsurteile ex-§ 11 StGB.

41) RIS-Justiz RS0116266; RS0124585; RS0119249; 13 Os 1/07 g (verstSen); zuletzt 12 Os 21/17 f (verstSen).

42) Vgl Art 20 Abs 1 B-VG.

43) Treffend *Nordmeyer* in WK-StPO Vor § 25 Rz 5.

44) BG, ER LG, Schöffen- oder GeschworenenG; § 210 Abs 1, § 484, § 451 Abs 1 nach Maßgabe der § 215 Abs 4, § 485 Abs 1, § 450.

45) Die funktionelle Zuständigkeit interessiert hier nicht.

ner Verfahren darf sie hingegen nicht vorsehen, ohne gegen verfassungsrechtliche Vorgaben zu verstoßen, weil nur nicht ausgeschlossene Richter „verhindert“ iSd Art 87 Abs 3 zweiter Satz B-VG sein können.⁴⁶⁾

Der OGH hat zudem klargestellt, dass **§ 37 keine absolute Wirkung** zukommt.⁴⁷⁾ Die Vorschrift normiert nur ein Prinzip, dessen Durchbrechung tunlichst vermieden werden soll, soweit dies nach Maßgabe gegenläufiger, insb grundrechtlich abgesicherter Verfahrensprinzipien im Einzelfall möglich ist. So ist die Zulässigkeit von Ausscheidung und Wiedereinbeziehung von Verfahren zur Überwindung prozessualer Hindernisse unstrittig, zB bei zeitweiliger Abwesenheit einzelner Angeklagter oder bei nur hinsichtlich einzelner Angeklagter geltender Beweisverwendungsverbote. Indem die Entscheidung für **Verbindung und Ausscheidung den gleichen Maßstab** anlegt, versteht sie den Ausdruck „kein Ermessensspielraum“ in RIS-Justiz RS0128876 ohne Weiteres dahin, dass die Entscheidungskette nur Ermessensmissbrauch entgegentritt und nur ein solcher das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter verletzen kann. Die von RIS-Justiz RS0096708 aus dem Wortlaut der § 56 und § 57 idF vor StPRefG gefolgte Differenzierung zwischen Einbeziehung und Ausscheidung findet sich in der StPO nicht mehr und selbst § 56 aF hatte 10 Os 30, 31/80 nur eine „(an sich) zwingende grundsätzliche Anordnung [...], deren Verletzung [...] nicht mit⁴⁸⁾ Nichtigkeit bedroht“ sei, entnommen.

E. Mangelnde Zuständigkeit als Nichtigkeitsgrund

Im Verfahren vor Schöffen- und Geschworenengerichten kann nur **Unzuständigkeit** des OLG, das über einen Anklageeinspruch entschieden hat, reklamiert werden,⁴⁹⁾ wogegen die Rechtswirksamkeit der Anklageschrift sog perpetuatio fori bewirkt, örtliche Unzuständigkeit also dauerhaft saniert. Spricht das rechtswirksam angerufene Schöffengericht zu Unrecht die **sachliche Zuständigkeit** des Geschworenengerichts aus, verwirklicht es Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 6. Unterlässt es den Ausspruch zu Unrecht, verwirklicht es keinen eigenen Nichtigkeitsgrund. Haben Ankläger oder Angeklagter aber erfolglos einen solchen Ausspruch begehrt, können sie dies aus § 281 Abs 1 Z 4 erfolgreich geltend machen. Die Verfahrensrüge (Z 4) ist jedoch dann nicht ausreichend, wenn der Angeklagte erst durch die Urteilsverkündung davon überrascht wird, dass das Schöffengericht ihn einer in die Zuständigkeit des Geschworenengerichts fallenden strafbaren Handlung schuldig erkannt hat. Selbst wenn bei Überschreitung der Strafbefugnis § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall greift, haben gleichwohl über die Schuld des Angeklagten nicht die von Art 91 Abs 2 B-VG verfassungsrechtlich garantierten Mitwirkenden aus dem Volk entschieden. Hier hilft die in gefestigter jüngerer Rsp gefundene Nichtigkeitsrelevanz entgegen § 262 unterlassener Belehrung über die in Aussicht genommene Subsumtion. Behauptet der Beschwerdeführer bei Tatidentität zwischen Anklage und Urteil, er hätte, wäre er über die in Aussicht stehende, die Schöffengerichtskompetenz überschreitende Verurteilung informiert worden, einen Antrag auf Fällung eines Unzu-

ständigkeitsurteils gestellt, wird seine Rüge aus § 281 Abs 1 Z 8 demnach erfolgreich sein.

In Verfahren vor Einzelrichtern ist die **örtliche Zuständigkeit** nicht durch die Rechtswirksamkeit der Anklageschrift festgelegt und bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 36 ff. Die Einhaltung des § 37 aber ist allein Gegenstand der oben zu D. erwähnten Verfahrensrüge nach § 281 Abs 1 Z 4. Stellt sich örtliche Unzuständigkeit, auch infolge Änderung des maßgeblichen Sachverhalts gegenüber der Zuständigkeitsentscheidung eines übergeordneten Gerichts, während der Hauptverhandlung heraus, ist, anders als bei sachlicher Unzuständigkeit, kein Urteil zu fällen, vielmehr – bei sonstiger Nichtigkeit aus § 468 Abs 1 Z 1 StPO – die Abtretung an das örtlich zuständige Gericht zu verfügen.

Spricht der Richter zu Unrecht seine **sachliche Unzuständigkeit** aus, ist sein Urteil nichtig iSd § 281 Abs 1 Z 6 (§ 468 Abs 1 Z 4) StPO, maßt er sich hingegen **sachliche Zuständigkeit** an, verwirklicht er § 468 Abs 1 Z 2 StPO. Der Nichtigkeitsgrund liegt vor, wenn die vom Gericht festgestellten Tatsachen einer nicht in dessen Kompetenz fallenden strafbaren Handlung subsumierbar sind. Nur dann fällt „die Tat, über die es geurteilt hat“, auch wirklich in die Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung. Die Einschätzung des Sachverhalts durch den Ankläger hat damit nichts zu tun.⁵⁰⁾

F. Einzelne Besetzungsmängel als Nichtigkeitsgrund

1. Geschäftsverteilung und Dienstliste

So wie der Volksvertretung bei der Anwendung von ihr geschaffener genereller Normen keine Rolle mehr zukommt, ist auch kollegiale Justizverwaltung zwar zum Erlass der generellen Norm „Geschäftsverteilung“ und zu deren Änderung, nicht aber zu deren Anwendung befugt, sodass der **Personalsenat zwar zum Erlass und zur Änderung, nicht aber zur Auslegung der Geschäftsverteilung befugt** ist. Die Befugnis zur Anwendung im Einzelfall wird von der Rsp ausgeübt und unterliegt dort einem Rechtsmittelkalkül im Instanzenzug. Kommt es zu einem Besetzungskonflikt unter Richtern, obliegt es dem Präsidenten, entweder einen seines Erachtens vorliegenden Irrtum aufzuzeigen oder auf Fehlerbereinigung durch den Personalsenat hinzuwirken und damit die Behandlung des Falles zu ermöglichen. Dass Fehler der Geschäftsverteilung rechtswirksam – und damit für betroffene Richter bindend – beseitigt werden können (man denke an notwendige Ergänzung einer unvollständigen Geschäftsverteilung), ergibt sich bereits aus dem grundrechtlichen Rechtsgewährungsanspruch nach Art 6 Abs 1 EMRK. Nichtigkeit kommt in Frage, wenn andere als nach der Ge-

46) Dazu unten F.1.

47) 12 Os 145/17 s EvBl 2018/20.

48) Zu ergänzen: „ausdrücklicher“.

49) §§ 281 a, 344 zweiter Satz.

50) Näher Ratz, WK-StPO § 468 Rz 3–10 und 14 ff, insb auch zur Sachverhaltsgrundlage der Entscheidung und zur Bindung an Delegation, Übertragung und Verweisung (§§ 39, 45 Abs 2, § 470 Z 3, § 475 Abs 1 und 4).

schäftsverteilung zuständige Richter entschieden haben (**Verstoß gegen die Geschäftsverteilung**) und wenn die Geschäftsverteilung rechtsfehlerhaft ist (**Fehler der Geschäftsverteilung**).

Bei der Einordnung von Fehlern der Geschäftsverteilung als Nichtigkeitsgrund darf nicht übersehen werden, dass den ordentlichen Gerichten eine Entscheidung über die Rechtsrichtigkeit von Personalsenatsbeschlüssen (als Akten kollegialer Justizverwaltung; Art 87 Abs 2 B-VG) nicht zukommt. Zwar wirkt ein Personalsenatsbeschluss über die Geschäftsverteilung nach außen iS einer Rechtsverordnung, unterliegt aber keiner Normanfechtung nach Art 139 B-VG, und zwar weder nach Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG noch durch Beteiligte eines Strafverfahrens. So gesehen geht der OGH bei der Annahme Nichtigkeit begründender Fehler der Geschäftsverteilung von deren Unwirksamkeit aus. Das führt deshalb zu keinen besonderen Schwierigkeiten, weil die Unwirksamkeit jedenfalls Gegenstand gerichtlicher Prüfung ist – rechtswidrige Inanspruchnahme nach § 281 Abs 1 Z 1, rechtswidrige Verweigerung richterlicher Tätigkeit durch einen dazu nach der Geschäftsverteilung berufenen Richter aber als Gegenstand von NBzWdG, um die Rsp in Gang zu setzen.

Nichtigkeit liegt aber nur dann vor, wenn der Beschwerdeführer nach dem Zweck des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter (das auf Gesetz beruhende Gericht) schutzbedürftig ist. Ein Verstoß gegen die Geschäftsverteilung oder ein Fehler der Geschäftsverteilung führt also ungeachtet des Umstands, dass er – bei Einhaltung der Rügeobliegenheit – zum Gegenstand oberstgerichtlicher Prüfung werden, also prozessförmig geltend gemacht werden kann, nur dann zur Urteilsaufhebung, wenn er eine Unfairness gegenüber dem Beschwerdeführer erkennen lässt,⁵¹⁾ und entzieht sich solcherart einer bloß schematischen Beurteilung. Irrige Auslegung der Geschäftsverteilung lässt Unfairness nicht ohne Weiteres erkennen, wohl aber ein offensichtlicher Verstoß. Ebenso wenig fair wäre eine nicht an den Kriterien des Art 87 Abs 3 B-VG ausgerichtete Geschäftsverteilungsänderung.

Geschworene und Schöffen sind nicht Richter iSd Art 87 Abs 3 B-VG.⁵²⁾ Einem Vorschlag von *Burgstaller* folgend, überträgt der OGH jedoch „die Grundwertungen der Art 87 und 88 B-VG“ auch auf diese. *Burgstaller* nennt „Unabhängigkeit bzw Weisungsfreiheit“ und die Forderung nach einem förmlichen Verfahren für die Amtsbeendigung, der aber durch die Regelungen des GSchG und der StPO wohl Rechnung getragen sei. Der festen Geschäftsverteilung entspreche schließlich der von § 14 Abs 1 GSchG angeordnete Einsatz in der durch das Los bestimmten Reihenfolge in der Dienstliste.⁵³⁾ Der OGH hat im Anschluss an diese – praxisnahe und maßvolle – Forderung *Burgstallers* seine bis dahin ablehnende Rsp geändert und ausgesprochen, dass ein Verstoß gegen die in der Geschworenendienstliste vorgegebene Reihenfolge dann Nichtigkeit nach § 345 Abs 1 Z 1 bewirkt, „wenn vom gesetzlich determinierten Prinzip der nach dem Zufall zu erfolgenden Besetzung der Geschworenenbank willkürlich, mithin in sachlich unvertretbarer Weise abgewichen wird“.⁵⁴⁾

2. Besetzung des Schöffengerichts

Die mit der Nichtigkeitssanktion für die Besetzungsvorschrift des Schöffengerichts nach § 32 Abs 1 a verbundene Problematik wurde mit dem durch BGBl I 2015/112 eingeführten § 32 Abs 1 b vollkommen entschärft, indem nunmehr ein Besetzungsmangel nach Abs 1 a nur geltend gemacht werden kann, wenn in der Anklageschrift oder vom Angeklagten innerhalb der Einspruchsfrist (§ 213 Abs 2) eine solche Besetzung verlangt wurde. Wurde ein solches Verlangen rechtzeitig gestellt, so ist das Schöffengericht unabhängig von den Voraussetzungen des § 32 Abs 1 a mit zwei Richtern und zwei Schöffen zu besetzen. Der Gesetzgeber hat sich damit ausdrücklich der von *Danek/Mann* angebotenen Lösung angeschlossen,⁵⁵⁾ wonach ein trotz fehlender Voraussetzungen nach § 32 Abs 1 a mit einem Beisitzer besetztes Schöffengericht als höher qualifiziert – und nicht als (Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1 begründend) überbesetzt – anzusehen ist. Umgekehrt hängt die Nichtigkeitsanktion für den – entgegen § 32 Abs 1 a – fehlenden Beisitzer von rechtzeitigem Verlangen ab. Im Übrigen versteht sich nach den Gesetzesmaterialien „von selbst, dass im Fall eines neuen Prozessgegenstandes (§ 263) die Besetzungsfrage unabhängig von diesen Voraussetzungen zu beurteilen ist“.⁵⁶⁾ was wohl heißen soll, dass der Ankläger im Fall eines Ausdehnungsantrags wegen „noch einer anderen Tat“ das Verlangen zugleich mit dem Antrag, der Angeklagte aber innerhalb von 14 Tagen ab Kenntnis, also ab diesem Zeitpunkt, zu stellen hat. „Verlangen“ nach § 32 Abs 1 b beseitigt nicht die Rügeobliegenheit. Bloß geänderte rechtliche Beurteilung des unverändert gebliebenen Prozessgegenstands (§§ 262, 267) begründet § 281 Abs 1 Z 1 hingegen nicht, weil – anders als im Fall der auch auf § 262 bezogenen Z 8 des § 281 Abs 1 – § 32 Abs 1 b zweiter Satz die Möglichkeit eröffnet, große Besetzung unabhängig von den Voraussetzungen des § 32 Abs 1 a zu verlangen, Probleme der Art 83 Abs 2, 91 Abs 2 B-VG nicht auftreten und Art 6 Abs 3 lit a und b EMRK nicht greift.⁵⁷⁾

3. Geistig abwesende und ausgeschlossene Richter

Die **Aufmerksamkeit anwesender Richter** wird unter dem Gesichtspunkt des Beiwohnens behandelt. Ein Richter etwa, der schläft, wohnt währenddessen nach neuerer Rsp der Verhandlung nicht bei.⁵⁸⁾ Nicht jede Unaufmerksamkeit kann aber als mangelndes Beiwohnen begriffen werden. Dazu zählen vielmehr nur Verhaltensweisen, die einer körperlichen Abwesenheit wenigstens annähernd gleichwertig sind. Ob dies zutrifft,

51) Ganz ähnlich BVerfG 2 BvR 259/63 (willkürlich, also auf sachfremden Erwägungen beruhend, nicht aber bloß rechtsirrtümlich).

52) Krit *Tipold*, Anm zu 14 Os 105/13t, JBI 2014, 542, der allerdings nicht zwischen Organen der Gerichtsbarkeit und Richtern iS des B-VG differenziert.

53) *Burgstaller* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 91/2–3 Rz 12, ähnlich *K. Korinek* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 91/1 Rz 9.

54) RIS-Justiz RS0119769; RS0121700.

55) *Danek/Mann*, WK-StPO § 221 Rz 27/2.

56) 689 BlgNR 25. GP 50.

57) Vgl aber auch *Stricker*, Aktuelle Probleme im Strafprozess: Subsumtionseinstellung und große Besetzung des Schöffengerichts, ÖJZ 2017, 1058 (1064f).

58) Vgl RIS-Justiz RS0100827.

entscheidet der OGH in freier Beweiswürdigung, erforderlichenfalls nach Einholung tatsächlicher Aufklärungen gem § 285f. Ist das während der Unaufmerksamkeit Geschehene ohne Weiteres wiederholbar, ist es Aufgabe des zur Rüge verhaltenen Beteiligten, das aus seiner Sicht zu Wiederholende deutlich aufzuzeigen. Hätte sich eine Aufforderung an den Unaufmerksamen, „dem Verhandlungsgeschehen zu folgen“, als erfolglos erwiesen, ist es erneut Sache des Beschwerdeführers, auf diesen Umstand rügend hinzuweisen und erforderlichenfalls den Austausch des unaufmerksamen Geschworenen gegen einen der anwesenden Ersatzgeschworenen zu verlangen.⁵⁹⁾ Mit der Behauptung, dass die Laienrichter wegen der langen Dauer der Hauptverhandlung physisch und psychisch erschöpft und nicht in der Lage gewesen seien, dieser zu folgen, wird Z 1 nicht geltend gemacht. Die Berechtigung eines Unterbrechungsantrags (§ 273) aber könnte aufgrund einer Verfahrensrüge überprüft werden.

Während ein **subjektives Recht auf unbefangene Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei aus Art 83 Abs 2 B-VG nicht abzuleiten**⁶⁰⁾ und daher für nach § 47 getroffene Entscheidungen keine Gerichtskontrolle über Einspruch wegen Rechtsverletzung vorgesehen ist, fußt das Recht auf „*Ablehnung eines Richters wegen Ausschließung*“ nach § 44 Abs 3 gar wohl darauf. Die Besetzung von Spruchkörpern mit bestimmten Berufsrichtern fällt nach Art 87 Abs 3 B-VG in die Kompetenz der (kollegialen) Justizverwaltung, die Entscheidung über deren (ausnahmsweise) Ausschließung (§ 45) hingegen der Rsp zu,⁶¹⁾ weshalb die Vertretungsregelung des § 43 Abs 1 GOG für Vorsteher und Präsidenten nicht greift und die Geschäftsverteilung eine solche enthalten muss.⁶²⁾ Der **dritte Fall des § 281 Abs 1 Z 1** hinwieder bedroht zwar die Beteiligung ausgeschlossener Richter mit Nichtigkeit, nicht aber von Richtern, deren Beteiligung auf verfehlt erkannter Ausschließung fußt (§ 45 Abs 2 dritter Satz, § 46). Umgekehrt entfaltet vor oder in der Hauptverhandlung abgelehnte Ausschließung keine Bindungswirkung im Rechtsmittelverfahren.⁶³⁾

Wer als Richter ausgeschlossen ist, bestimmt sich nach § 43 (§ 46). Die Vorschrift läuft auf ein Regel-Ausnahmesystem des Inhalts hinaus, dass (bloß) strukturelle Ausschlossenheit in § 43 (ex Abs 1 Z 3), 489 Abs 3 geregelt ist. § 43 Abs 1 Z 3 verlangt also (selbst) für Anschein von Befangenheit grundsätzlich mehr als bloß strukturelle Gründe. Trotzdem hat der OGH⁶⁴⁾ jüngst **Ausgeschlossenheit auch bei kassatorischer Stattgebung von Schuldberufung** mit dem Rechtssatz bejaht: Hatte das Rechtsmittelgericht im früheren Rechtsgang die Tatfrage mit voller Kognitionsbefugnis zu beurteilen oder hat es sich dazu – wengleich bloß aus Anlass einer Rechtskontrolle – in einer für den Angeklagten nachteiligen Weise geäußert, liegt Anschein von Befangenheit vor. Daraus auch auf Ausschlossenheit angesichts von Entscheidungen im Ermittlungsverfahren, bei denen Tatverdacht bejaht wurde, zu schließen, ist aber nicht zulässig. Auch die Darstellung des Verfahrensgegenstands durch das vorliegende Gericht in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV bewirkt keine Ausschlossenheit.⁶⁵⁾

„**Befangenheit**“ (§ 43 Abs 1 Z 3) ist aus § 281 Abs 1 Z 1 nunmehr ausdrücklich beachtlich. Damit

hat das StPRefG dem zwischen Befangenheit und Ausschlossenheit nicht differenzierenden Art 6 EMRK Rechnung getragen. Nun können Befangenheitsgründe auch erst im Rechtsmittel geltend gemacht werden, falls der Beschwerdeführer nicht in der Lage war, der Rügeobliegenheit zu entsprechen. Weiters sind in der Hauptverhandlung getroffene **Entscheidungen über Ablehnungsanträge nicht mehr Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde**. Bei Anfechtung aus Z 4 des § 281 Abs 1 hätte der OGH eine – wengleich eingeschränkte –⁶⁶⁾ Bindung an die Sachverhaltsgrundlagen der Entscheidung des erkennenden Gerichts oder des Vorsitzenden⁶⁷⁾ zu beachten, obwohl im Fall des § 45 Abs 1 der betroffene Richter an der Entscheidung mitwirkt. Dagegen kann die abweisliche Entscheidung über **Anträge zum Nachweis von Ausschlossenheit** weiterhin Nichtigkeit aus Z 4 bewirken. Hätte das erkennende Gericht einem sachgerecht auf den Nachweis von Befangenheitsgründen gestellten Antrag nicht stattgegeben, bräuchte der OGH – bei Anfechtung auch aus Z 1 – das Urteil allerdings nicht zu kassieren, könnte die beantragten Erhebungen vielmehr – formfrei – selbst durchführen. Vorbringen aus Z 1 ist vom OGH vor solchem aus Z 4 zu erledigen. Unter dem Aspekt des Art 6 EMRK erscheint eine solche Vorgangsweise unproblematisch, weil dessen Verfahrensgarantien nur für die Entscheidung in der Hauptsache gelten. Bejaht man die Möglichkeit von Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 4 auch für zum Nachweis von Ausschlossenheit von Laienrichtern gestellte Anträge,⁶⁸⁾ ist Bezugspunkt die Entscheidung (allein) des Vorsitzenden darüber. Bleibt klarzustellen, dass **aufgrund der Verschiebung der Befangenheitsproblematik zu § 281 Abs 1 Z 1 Privatbeteiligte insoweit keinen Nichtigkeitsgrund geltend machen können**. Anträge, welche im Ergebnis der Fundierung auf Z 1 begründeter Nichtigkeit dienen, können nur für Beteiligte mit Nichtigkeit aus Z 4 bewehrt sein, welche auch zur Rüge aus Z 1 legitimiert sind. Die Obliegenheit zu sofortiger Rüge kann durch spätere Antragstellung zum Nachweis von Ausschlossenheit nicht unterlaufen werden. Ist der Tatumstand erst nach Schluss der Verhandlung, wengleich noch vor Urteilsverkündung zur Kenntnis des Beschwerdeführers gelangt, genügt es nach der Rsp, wenn er im Rechtsmittel gerügt wird. Steht die Nichtigkeitsanktion unter dieser Bedingung, erfordert prozessförmige Geltendmachung von § 281 Abs 1 Z 1 jedoch dann, wenn eine solche nicht erfolgt ist, ein Vorbringen, was rechtzeitiger Rüge im Wege stand.⁶⁹⁾ →

59) Vgl 13 Os 151/08t EvBl-LS 2009/95; aM *Tipold*, JSt 2010, 21f, wo allerdings unklar bleibt, wozu ein Verteidiger, vor dessen Augen ein Richter einschläft, diesen zwecks Klärung, „wann der Richter begonnen hat zu schlafen“, „wohl vernehmen“ müsste.

60) Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 954; *Nordmeyer* in WK-StPO Vor § 25 Rz 1 mwN.

61) *Lässig*, WK-StPO § 45 Rz 1.

62) Vgl IX.3.2 der Geschäftsverteilung des OGH für 2018.

63) 13 Os 153/09p EvBl 2010/69; *Lässig*, WK-StPO § 45 Rz 13.

64) 17 Os 4/16s, 5/16p, 11/16w EvBl-LS 2016/124.

65) EuGH (GK) C-614/14, *Ognyanov*.

66) RIS-Justiz RS0118977.

67) § 45 Abs 1, § 46.

68) So zuletzt 15 Os 116/17y, 123/17b.

69) RIS-Justiz RS0130947; RS0125766; RS0125767.

G. Kein Anspruch auf gesetzlichen Richter ohne subjektives Recht

Zuweilen wird übersehen, dass das Grundrecht akzessorisch ist, ohne Bezug zu einem rechtlichen Anspruch mithin ins Leere geht. Jüngst hat zB *Kaplans* dem OGH vorgeworfen, es zu missachten:⁷⁰⁾ Ein Erneuerungsantrag, der dem OLG unterlassene Normanfechtung vorgeworfen hatte, war als – nunmehr – unzulässig zurückgewiesen worden. Nehme man, so 13 Os 88/15 p, den Primat des Gesetzgebers bei der Umsetzung von Grundrechten ernst, komme Geltendmachung eines subjektiven Rechts auf Normanfechtung durch Strafgerichte aufgrund des mit der Einführung des Individualantrags auf Normprüfung ausdrücklich gegenteilig erklärten gesetzgeberischen Willens nun nicht mehr in Betracht.⁷¹⁾ Vor Einführung der sog Gesetzesbeschwerde hatte der OGH aus § 363 a ein subjektives Recht von Grundrechtseingriffen Betroffener abgeleitet, unterlassene Normanfechtung durch dazu befugte Gerichte mit Erneuerungsantrag beim OGH zu rügen, gerade weil **Art 89 B-VG kein Individualrecht auf Normanfechtung** kennt.⁷²⁾ Indem *Kaplans* eine Verletzung des Art 83 Abs 2 B-VG just in der Missachtung des Art 89 B-VG sieht, vermengt er zwei unterschiedliche Aspekte, einerseits das Recht desjenigen, der einen – aus Art 89 B-VG indes nicht ableitbaren – Anspruch geltend macht, auf einen dafür gesetzlich bestimmten Richter, andererseits die Verpflichtung ordentlicher Gerichte, bei Bedenken gegen die Anwendung einer generellen Norm wegen Gesetz- oder Verfassungswidrigkeit diese nicht etwa – wie im Fall von EU-Rechtswidrigkeit – bloß unangewendet zu lassen, was Gerichte in Staaten mit sog judicial review für sich in Anspruch nehmen,⁷³⁾ vielmehr mit dem Ziel der Normbeseitigung beim VfGH anzufechten, um nach bereinigter Rechtslage – ohne spruchförmige Bereinigung indes auch ohne Bindung an die (solcherart bloße) Rechtsauffassung des VfGH –⁷⁴⁾ den Fall zu entscheiden. Nur ein gesetzlicher Anspruch auf Befassung des VfGH verleiht auch ein Recht auf diesen als gesetzlichen Richter.⁷⁵⁾ Ein solcher wird Betroffenen nur – aber immerhin – von Art 139 Abs 1 Z 3 und 4, 140 Abs 1 Z 1 lit c und d, 140 a B-VG zugestanden. Zur Begründung von Staatshaftungsansprüchen oder Individualbeschwerden beim EGMR mag angesichts dieser Möglichkeiten zur Individualbeschwerdeführung ein denkbarer Anwendungsbereich in ganz außergewöhnlichen Konstellationen verbleiben. Pauschale Grundrechtsbeschwörung aber stiftet nur Verwirrung. Stattdessen ist der Konkretisierungsprimat des – demokratisch legitimierten – Gesetzgebers⁷⁶⁾ in Erinnerung zu rufen und mit *Spielbüchler* davor zu warnen, „aus den Grundrechten die einzig mögliche Rechtsordnung herauszuspinnen“. In einem demokratischen Staat – so *Spielbüchler* – sei es die Aufgabe des Gesetzgebers, die Rechtsordnung zu gestalten, nicht aber, die Gestaltung der Vollziehung zu übernehmen. Durch das Volk legitimiert sei schließlich nur er. Mit ihm danke die Demokratie ab.⁷⁷⁾

H. Gesetzlicher Richter im Rechtsmittelverfahren

Ganz besonders scheint das Dictum *Spielbüchlers* für Erwartungen gegenüber Höchstgerichten zu gelten, welche

nach Art eines Molière'schen Deus ex Machina je subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen sollen. Überraschend häufig wird zB in Nichtigkeitsbeschwerden aus der sog Unschuldsumutung des Art 6 Abs 2 EMRK ein Recht auf Anfechtung der Beweiswürdigung „herausgesponnen“, wie überhaupt ein verbreitetes Missverständnis in uneingeschränkter Heilerwartung gegenüber Höchstgerichten liegt, weil innerstaatliche Vergleichsmöglichkeiten fehlen und internationaler Rechtsvergleich eine mühsame Sache ist. Der VfGH hat jedenfalls jüngst klargemacht, dass die iSd § 281 Abs 1 Z 5 a (in der Auslegung des OGH) **eingeschränkte Anfechtbarkeit der Beweiswürdigung keinen verfassungsrechtlichen Bedenken** nach Art 6 Abs 1 und 2 EMRK und Art 2 des 7. ZP begegnet; ebenso wenig wie die unterschiedliche Anfechtungsbefugnis bei Urteilen von Kollegialgerichten gegenüber solchen von Einzelrichtern den Gleichheitsgrundsatz verletzt.⁷⁸⁾ Tatsächlich entscheidet über die Brauchbarkeit eines Prozessrechts zu einem Gutteil der Filterungsmechanismus für Rechtsmittel an Höchstgerichte und man sollte sich hüten, ohne umfassende Kenntnis der jeweiligen checks and balances an den falschen Schrauben zu drehen.⁷⁹⁾ Rechtsmittelgerichte sind Teil eines fein abgestimmten Systems und fungieren in ausgewogener Relation zu den Spruchkörpern, deren Entscheidungen angefochten werden, sei es nach Art eines Rückspiels durch eigenständige neue Entscheidung „in der Sache“ (iudicium novum), sei es durch Entscheidung, ob dem Untergericht bei dessen Entscheidung „über die Sache“ Rechtsfehler unterlaufen sind – und wenn ja, uU erst dann „in der Sache“, aber gebunden an die vom Untergericht getroffenen Sachverhaltsannahmen.

Unsicherheit kann im Zusammenhang mit der Umsetzung von Rsp des EGMR im innerstaatlichen Recht entstehen. So hat der EGMR, der die EMRK bekanntlich als living instrument sieht und daraus die Berechtigung ableitet, sich zuweilen über deren klaren Wortlaut hinwegzusetzen, vor ein paar Jahren implizit ein Grundrecht auf Rückwirkung milderer Strafgesetze postuliert.⁸⁰⁾ *Walser* hat daraus eine Pflicht des OGH gefolgert, dem Angeklagten günstige Rechtsänderungen stets auch dann noch in Anschlag zu bringen, wenn diese erst nach dem Ersturteil Geltung erlangt haben.⁸¹⁾ Grundrechtsverheißung und faire prozess-

70) *Kaplans*, Anm zu OGH 13 Os 88/15 p, JBl 2016, 812.
 71) 13 Os 88/15 p EvBl-LS 2016/32 = RIS-Justiz RS0130514.
 72) Vgl RIS-Justiz RS0122738; RS0127380; RS0129318; vgl auch den Hinweis zu 14 Os 35/14 z EvBl 2014/108.
 73) Richtungsweisend: die Entscheidung des US Supreme Court in der Sache *Marbury/Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803).
 74) Ausdrückliche Anordnung von Bindung bloß an einen (die allg Norm aufhebenden) Spruch, nicht an eine Entscheidungsbegründung des VfGH (Art 139 Abs 6 Satz 1, Art 140 Abs 7 Satz 1 B-VG).
 75) Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 951.
 76) Vgl nur *F. Bydliński*, Gegen die „Zeitändertheorien“ bei der Rechtsprechungsänderung nach staatlichem und europäischem Recht, JBl 2001, 2 (15, 25); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ 341.
 77) *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab? JBl 2006, 341 (353f).
 78) VfGH G 249–250/2016; Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 B-VG.
 79) Knapp und klar *Lewis*, Der Zugang zum OGH in Strafsachen aus anwaltlicher Sicht, in *G. Kodek* (Hrsg), Zugang zum OGH (2012) 139 (146).
 80) EGMR 17. 9. 2009 (GK), 10249/03, *Scoppola/Italien*; vgl Art 7 EMRK.
 81) 11 Os 157/15 w JBl 2017, 62 (*Walser*).

ale Umsetzung im nationalen Recht sind jedoch auseinanderzuhalten. Ist nicht nur der Ausspruch über die Sanktion nichtig, so führt die damit erforderliche Aufhebung eines Schuldspruchs zu erneuter Entscheidung in der Sache selbst, sei es durch das Erstgericht oder durch den OGH, sofern dieser die für die Lösung der Schuld- und Subsumtionsfrage (nunmehr) entscheidenden Tatsachen festgestellt findet. Fehlen spezielle Übergangsbestimmungen, so ist im Umfang der Aufhebung beim **Günstigkeitsvergleich nach § 61 StGB** stets auf den Zeitpunkt der nunmehr zu treffenden Entscheidung abzustellen. Gleiches gilt, wenn das Berufungsgericht⁸²⁾ in Stattgebung einer gegen den Ausspruch über die Schuld erhobenen Berufung in der Sache selbst entscheidet oder an die erste Instanz zurückverweist. In all diesen Fällen ist die prozessuale Lage im Umfang der Aufhebung nicht anders als im Zeitpunkt der Urteilsfällung des ersten Rechtsgangs. Anders aber, wenn es nicht zu einer solchen neuerlichen Entscheidung in der Schuldfrage kommt. Beschränkt sich nämlich im Verfahren über eine Nichtigkeitsbeschwerde oder eine Berufung wegen vorliegender Nichtigkeitsgründe die Kompetenz des Rechtsmittelgerichts auf eine Richtigkeitskontrolle des erstinstanzlichen Urteils, kann es nur darauf ankommen, welches Recht im Entscheidungszeitpunkt erster Instanz anzuwenden war. Für eine planwidrige Lücke, welche zu Analogie zu Gunsten des Angeklagten berechtigen könnte, bleibt kein Raum. Bestehen Unterschiede zwischen dem zur Zeit der Tatbegehung geltenden Recht und späteren Strafgesetzen, die vor dem „final judgement“⁸³⁾ erlassen werden, müssen zwar nach Maßgabe der *Scoppola*-Entscheidung die Gerichte jenes Gesetz anwenden, dessen Bestimmungen am Günstigsten für den Angeklagten sind. Was mit „final judgement“ gemeint ist, ist jedoch vertragsautonom auszulegen und verlangt kaum, dass Umstände, die außerhalb des (nach Art 2 Abs 1 zweiter Satz 7. ZPEMRK dem Vertragsstaat überlassenen) Rechtsmittelkalküls gelegen sind, (erst) vom Rechtsmittelgericht aufgegriffen werden müssen. *Walser* belegt also nicht, warum Art 7 EMRK die Beseitigung in Teilrechtskraft erwachsener Aussprüche verlangen sollte.⁸⁴⁾ Auch eine nach altem Recht begründete Subsumtionseinheit (§ 29 StGB), die infolge Aufhebung eines diese nicht berührenden (Teil-)Schuldspruchs prozessual zerschlagen wird und nach diesbezüglicher Rückverweisung neu zu bilden ist,⁸⁵⁾ ist einem Günstigkeitsvergleich nach § 61 StGB nicht zu unterziehen. Soweit es jedoch zu einem neuen Sanktionsausspruch kommt, ist das Rechtsmittelgericht – prozessual – nicht gehindert, bei der Sanktionsfindung der Forderung des EGMR nachzukommen – die Anwendung des nach § 61 StGB richtigen Strafgesetzes ist Gegenstand der Subsumtion, also des Ausspruchs nach § 260 Abs 1 Z 2, nicht des Sanktionsausspruchs (§ 260 Abs 1 Z 3).

Begriffsverwirrung kann schließlich aufgrund der Art der Rechtsmittelentscheidung als sog *iudicium novum* im Gegensatz zur Kontrolle nach Nichtigkeitskategorien auftreten, wo idR das sog **Neuerungsverbot** gilt. Die Frage von **Neuerungerlaubnis ist strikt vom Beschwerdegegenstand zu unterscheiden**. Die Frage, ob dem Rechtsmittelgericht volle Tatsachenkon-

trolle zusteht (*iudicium novum*), ist auf den Beschwerdegegenstand bezogen, dessen Festlegung maW logisch nachgelagert. Anders gewendet, gehen erlaubte Neuerungen, die angesichts des Beschwerdegegenstands sinnlos sind, ins Leere – so wie der Erfolg eines Rechtsmittels dessen Zulässigkeit voraussetzt, ein zutreffendes, aber unzulässiges Vorbringen also nicht durchschlägt. Geht es zB um die Frage, ob eine Durchsuchungsanordnung zu Recht bewilligt wurde, ist – nicht anders als bei der Kontrolle von Verfahrensfehlern im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde – darauf abzustellen, ob der Organwalter, dessen Entscheidung kontrolliert wird, seine Pflicht zur Beachtung der für ihn geltenden Bestimmungen wahrgenommen hat. In Betreff dieses Beschwerdegegenstands, hat das Beschwerdegericht gem § 89 Abs 2 b erster Satz *„gegebenfalls auch Umstände zu berücksichtigen, die nach dem bekämpften Beschluss eingetreten oder bekannt geworden sind“*, Umstände, die dem Erstgericht nicht zugänglich waren, demnach nicht.⁸⁶⁾

Als Weiterentwicklung des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter lässt sich die jüngere stRsp verstehen, die **für den Erfolg von Freispruchsanfechtung ein Vorbringen zur Schlüssigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde** insgesamt – und zwar in der Sprache der Nichtigkeitsgründe – verlangt. Sie besteht darin, dass der OGH keinen Umständen zum Nachteil des Angeklagten von sich aus nachgeht, und sei es auch bloß aus Anlass der Erledigung einer Nichtigkeitsbeschwerde. Anstelle des für die Tatrichter geltenden § 267, der § 3 zum Vorteil und zum Nachteil des Angeklagten gleichermaßen umsetzt, ist im Verfahren bei Nichtigkeitsbeschwerden nämlich § 290 Abs 1 anzuwenden, der einen favor defensionis zur Folge hat.⁸⁷⁾ Zwar ist der OGH⁸⁸⁾ jüngst einmal von dieser stRsp in einem Fall abgewichen, wo das Schöffengericht die Einhaltung der von § 263 Abs 4 genannten Frist verneint und die Staatsanwaltschaft ohne weiteres Vorbringen bloß die Fristberechnung – zutreffend – aus § 281 Abs 1 Z 9 lit a bemängelt hatte. Gerade in einem solchen Fall hätte den von der sonst stRsp betonten Kriterien aber besonders leicht entsprochen werden kön-

82) §§ 474, 489 Abs 1.

83) Rz 109: „before a final judgment is rendered“, während in der Rz 108 von „to expect a trial court to apply“ und „conviction“ als Bezugspunkt die Rede ist.

84) Zudem hält sie bei ihrem Hinweis auf die in RIS-Justiz RS0118870 beschriebene Vorgangsweise nicht an deren Voraussetzung fest, dass bereits dem Erstgericht ein Nichtigkeitsaus § 281 Abs 1 Z 9 oder 10 begründender Fehler unterlaufen ist; was den Hinweis auf Art 49 GRC und Art 267 AEUV anlangt, vgl Art 51 Abs 1 GRC und die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. *Schmoller*, Konsequenzen unzulässiger staatlicher Tatprovokation, JBI 2017, 263 (266f), der sich auf *Walser* beruft, übergeht den Rechtsmittelkalkül des § 281 Abs 1 Z 9 lit b: Auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des OGH kommt es nur an, wenn sich die NB als begründet erwiesen hat, was aus Z 9 lit b nur bei verfehlter rechtlicher Beurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung des ErstG zutrifft (§ 288 Abs 2 Z 3).

85) RIS-Justiz RS0116734.

86) Wohl aber verfahrensfehlerhaft übergangene aktenkundige und nicht beigeschaffte Beweismittel; vgl 11 Os 78/17f EvBI-LS 2018/22; im Ergebnis bereits 13 Os 67/16a EvBI-LS 2017/87; nicht idS differenzierend *Nimmervoll*, Zum Neuerungsverbot im Beschwerdeverfahren, JSt 2016, 103, und *ders*, Anm zu 11 Os 78/17f, JSt 2018, 52.

87) Eingehend zum Ganzen: *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 607f, § 288 Rz 1f.

88) 15 Os 137/16k EvBI-LS 2017/155.

nen: Es hätte genügt, in der Hauptverhandlung (pauschal) die Vorführung der in der Anklageschrift genannten Beweise (§ 211 Abs 2 erster Satz erster Teilsatz) zu beantragen und die Antragsabweisung zu rügen (§ 281 Abs 1 Z 4 und Abs 3). Wäre dem Antrag entsprochen und wären die Beweise vorgeführt und die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens bestätigt worden, hätte unter Hinweis auf diese in der Hauptverhandlung vorgekommenen Indizien (pauschal) unterlassene Feststellung des Anklagesachverhalts (§ 211 Abs 2 zweiter Satz) aus § 281 Abs 1 Z 9 lit a reklamiert werden können. Intellektuelle Akrobatik wäre von der

StA damit kaum verlangt und dem Senat die⁸⁹⁾ amts-wegig-beweiswürdige, zudem nicht eben verhalten abgefasste Beurteilung erspart worden, dass (zumindest) die Tatbegehung für den – gegen einen allfälligen Schuldspruch uU erneut angerufenen – OGH „evident“ sei.⁹⁰⁾

89) Ansonsten sinnlose (weil tautologische; denn Verfolgungshinder-nisse haben definitionsgemäß [also stets] einen die Anklage beein-trächtigenden Einfluss).

90) Vgl auch *Wiederin*, Staatsanwalt und Bundesverfassung, in ÖJK-Tagung 2011, 22 (52).

→ In Kürze

Der VfGH wendet Art 83 Abs 2 B-VG auch im Verwal-tungsrecht an. Art 87 Abs 1 und 3 B-VG und die einfach-gesetzliche Umsetzung durch die StPO gehen aber weit darüber hinaus. Neuere Entwicklungen betreffen ua die Zulässigkeit eines Ermittlungsverfahrens, Konnexität, Geschäftsverteilung und Dienstliste, große und kleine Besetzung des Schöffengerichts, unaufmerksame Rich-ter, „Befangenheit“ als Gegenstand der Besetzungsrüge und den Gegenstand von Rechtsmittelentscheidungen sowie die inquisitorische Komponente von Disziplinar-verfahren nach dem RStDG.



→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Eckart Ratz ist Präsident des OGH und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien. Er ist Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO und Redakteur des EvBl der ÖJZ. E-Mail: eckart.ratz@gmail.com

Vom selben Autor erschienen:

Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichts-barkeit, ÖJZ 2016, 492; Rechtsmittel gegen Urteile (2015); Was gilt mit Inkrafttreten des StRAG 2015 für Sachverständige im Strafprozess? ÖJZ 2015, 835; Verfahrensbeendende Pro-zessabsprachen im Strafprozess, AnwBl 2015, 276; Zur Ent-wicklung des Grundrechtsschutzes im Straf- und Medien-recht, in *Pilgermair* (Hrsg.), Perspektiven der Justiz (2013) 155.