

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**

Juli/August 2019

625 – 700

14
15Aktuelles

Justizgesetzgebung in Zeiten des „freien Spiels der Kräfte“ ➔ 625

Beiträge

Schadenersatz für Datenschutz- verletzungen

Martin Spitzer ➔ 629

Zur Sanierung von Verfahrensmängeln – zugleich ein Beitrag zu den Beweisverboten

Eckart Ratz ➔ 654

Die Bestimmung und Einbringung von Gebühren, Kosten und Geldstrafen durch Gericht und/oder Justizverwaltung

Dietmar Dokalik und Diana Seeber-Grimm ➔ 639

Ausgewählte Rechtsprechung des EGMR 2018 Rudolf Thienel ➔ 646

Bestechliche Dolmetscher? Clara Ifsits ➔ 662

Evidenzblatt

Der Kauf von Emissionszertifikaten ➔ 676

Keine Rechtsschutzdeckung wegen Vorvertraglichkeit bei
fehlerhafter Rücktrittsbelehrung Bernhard Burtscher ➔ 682

Einziehung trotz Verjährung ➔ 684

Zur Sanierung von Verfahrensmängeln – zugleich ein Beitrag zu den Beweisverboten

ÖJZ 2019/79

§ 32 Abs 1 b,
§§ 276 a, 281
Abs 1 Z 1 – 5 a und
Abs 3 StPO;
Art 83 Abs 2
B-VG;
Art 6 Abs 1 EMRK

OGH
14 Os 107/04;
OGH
13 Os 48/12 a;
OGH
14 Os 102/13 a;
OGH
13 Os 106/18 i

Ausgeschlossenheit;
Besetzungsrüge;
Beweisverwendungsverbot;
Beweisverwertungsverbot;
Neudurchführung der Hauptverhandlung;
Wiederholung der Hauptverhandlung;
Relativität der Nichtigkeitsgründe;
Verfahrensmangel

Wiederholung (Neudurchführung) der Hauptverhandlung vernichtet die vorangegangene. Was dort vorgekommen und beantragt worden ist, muss erneut vorgekommen und beantragt werden, um prozessual beachtlich zu sein. Umgekehrt werden auch Fehler, die sich in der ursprünglichen Hauptverhandlung ereignet haben, saniert. Was dabei beachtet werden muss, ist Gegenstand dieser Untersuchung.¹⁾

Von Eckart Ratz

Inhaltsübersicht:

- A. Was meint Sanierung von Verfahrensmängeln im Weg über Wiederholung der HV?
 1. Was saniert werden soll
 2. Kein Vorgriff auf die Lösung der Schuldfrage
 3. Was außer Betracht bleiben kann
- B. Wiederholung als Ergänzung des Programms der StPO
- C. Kritik an Ausgeschlossenheit iSd § 43 Abs 2 StPO als Konsequenz von Wiederholung zur Sanierung
- D. Sanierung und sonstige Fehlerbereinigung
 1. Besetzungsmängel
 2. Verfahrensmängel
 3. Vorhalt, Anklagevortrag und Gegenäußerung
 4. Leges imperfectae
- E. Praktische Umsetzung von Wiederholung der HV zur Sanierung samt Ausgeschlossenheitskonsequenz
 1. Unnötige Wiederholung nach § 276 a
 2. Rechtsnatur der Wiederholung
 3. Besetzungsänderung und Besetzungsrüge
 4. Vorgehen bei unterlassener Besetzungsrüge

A. Was meint Sanierung von Verfahrensmängeln im Weg über Wiederholung der HV?

1. Was saniert werden soll

Als HV gilt nur diejenige, die der Urteilsfällung unmittelbar vorangeht, mag auch an verschiedenen Tagen verhandelt worden sein.²⁾ Nur in der wiederholten Verhandlung gesetzte NG sind daher beachtlich.³⁾ Allfällige Nichtigkeiten, die in einer HV unterliefen, werden durch eine Neudurchführung der HV obsolet.⁴⁾ Das sind die Prämissen, die soweit ersichtlich niemand in Frage stellt. Ihre Bedeutung unter dem Aspekt missachteter Beweisverbote beginnt – wie viele juristische Streitfragen – mit einer Begriffsverwirrung. Die Tatsache nämlich, dass § 281 Abs 3 den Einfluss des Verfahrensmangels auf die Entscheidung ins Spiel bringt, führt bisweilen dazu, die von § 281 Abs 1 Z 2 – 4 erfassten Beweisverbote als Beweisverwertungsverbote zu bezeich-

nen,⁵⁾ obwohl darunter das an das erkennende Gericht gerichtete Verbot verstanden wird, „ein verbotswidrig erlangtes Beweismittel bei der Urteilsfällung zu verwerten.“⁶⁾ Ähnlich wie objektive Bedingungen der Strafbarkeit diese nur begrenzen, aber nicht konstituieren, ist es aber auch mit § 281 Abs 3. Mit Nichtigkeit bedroht ist nur das Vorkommen des Beweises in der HV,⁷⁾ maW dessen – im Fall von § 281 Abs 1 Z 2 indirekte – Erhebung. Der Bf soll die allein dadurch – also durch den die Erhebung betreffenden Verbotsaspekt ungeachtet der unter dem Aspekt der Nichtigkeit irrelevanten Frage, ob das Verbot auch die Verwertung im Urteil betrifft – bewirkte Nichtigkeit nur nicht geltend machen können, wenn sie auf das Urteil ohnehin keinen Einfluss üben konnte.⁸⁾ Aus § 281 Abs 1 Z 2 – 4 können demnach nur Erhebungsverbote abgeleitet werden, die allerdings nur, aber – ungeachtet tatsächlicher Verwertung des verbotenerweise in der HV verwendeten Beweises – auch bereits dann zur Urteilsaufhebung führen, wenn die Verwendung das Potential hat, das Urteil in der Schuldfrage⁹⁾ zu beeinflussen.¹⁰⁾

1) §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO. Belegstellen ohne Autorenbenennung aus dem WK-StPO stammen vom Autor. Zur besseren Lesbarkeit wird ausschließlich die generische Form verwendet.
2) RIS-Justiz RS0117403. Als HV ist der Zeitraum ab Aufruf der Sache (§§ 239, 304) jedenfalls bis zum Schluss der Verhandlung (§§ 257, 319) anzusehen. In den Anwendungsbereich von § 281 Abs 1 Z 1 a bezieht der OGH auch Urteilsverkündung und RMBelehrung mit ein (StSt 43/14; OGH 12 Os 54/00; OGH 13 Os 45, 47/00).
3) RIS-Justiz RS0099030.
4) RIS-Justiz RS0099033; RS0099123; jüngst OGH 13 Os 106/18 i EvBl 2019/50, 328.
5) Vgl Platzgummer in FS Winkler 799.
6) Platzgummer in FS Winkler 798.
7) § 258 Abs 1; vgl auch Punkt D/3.
8) Bei RM zu Gunsten Angeklagter muss dies zudem unzweifelhaft erkennbar sein.
9) § 260 Abs 1 Z 1 und 2, § 259 Z 3.
10) Schon weil § 345 Abs 3 und 4 im geschworenenengerichtlichen Verfahren mangels einer die Geschworenen treffenden Begründungspflicht (die Niederschrift nach § 331 Abs 3 hat keine Nichtigkeitsrelevanz [RIS-Justiz RS0115549; RS0104982; RS0100809; vgl aber noch RS0101033; vgl auch § 342 vierter Satz]) sonst regelmäßig nicht umgesetzt werden könnten, aber auch in den anderen Verfahrensarten, kann keineswegs schon deshalb vom Fehlen eines Nachteils für den Bf gesprochen werden, weil das Gericht eine nichtige Beweisaufnahme „in den Urteilsgründen übergeht“ (verfehlt daher: Bertel/Venier⁶ Rz 937). So kann es durchaus vorkommen, dass ein Urteil zwar – formal einwandfrei – nur auf eine belastende Zeu-

Die Urteilsaufhebung hängt dann bloß noch von prozessförmiger Geltendmachung des Fehlers ab und schließt alle Richter, die am Urteil mitgewirkt haben, von der Entscheidung in der Sache aus, sei es, weil das RMG diese gleich selbst trifft,¹¹⁾ sei es infolge § 43 Abs 2 letzter Fall. Grund für die Ausgeschlossenheit ist allein der Verfahrensfehler; auf die Entscheidungsfindung kommt es nicht zusätzlich an.¹²⁾ Hier setzt der in WK-StPO § 281 Rz 80, 127 gemachte Vorschlag an; auf Urteilsaufhebung aufgrund des RM eines iSd § 282 Benachteiligten müsse es das ErstG,¹³⁾ falls es den Verfahrensmangel selbst entdeckt, nicht ankommen lassen und könne zur Sanierung die HV wiederholen. Dass Sanierung missachteter Beweisverbote unter dem Aspekt von Verfahrensökonomie zweckmäßig sein kann, darüber sind sich alle einig.¹⁴⁾ 14 Os 107/04 hat sie gebilligt; von *Danek/Mann* wird sie ausdrücklich empfohlen.¹⁵⁾ Der Zweck heiligt aber nicht die Mittel und darf wohl erworbene Rechte von Verfahrensbeteiligten nicht in Frage stellen.

2. Kein Vorgriff auf die Lösung der Schuldfrage

Der prozessökonomische Gewinn bei gleichzeitiger Respektierung aus der verbotenen Beweisverwendung bereits erworbener Rechte von Verfahrensbeteiligten (durch die mit der Wiederholung verknüpfte Ausgeschlossenheitskonsequenz) liegt – vergleichbar mit vorzeitiger Einbindung der Beschuldigten in die Sachverständigenbestellung nach § 126 Abs 5 –¹⁶⁾ darin, dass zur Zeit der Sanierung die Entscheidung in der Schuldfrage noch nicht feststeht und keine Veranlassung besteht, von der Nichtigkeitssanktion für missachtete Beweisverwendungsverbote bloß angesichts des missliebigen Verfahrensausgangs Gebrauch zu machen – ein Umstand, den 14 Os 107/04 (auch) im Zusammenhang mit Wiederholung der HV zur Sanierung von Verfahrensmängeln betont.¹⁷⁾ Indem sich das Gericht auf den Fortgang des Verfahrens einlässt, bekennt es sich zur Klärung des Sachverhalts anstelle von Entscheidung aufgrund geklärten Sachverhalts. Da Wiederholung keine inhaltliche Stellungnahme zur Entscheidung in der Schuldfrage verlangt, besteht kein Anlass zur Reklamation; außer man fürchtet – gänzlich unabhängig davon – das Einflusspotential des verbotenen Beweises auf die anwesenden Richter. Einer Begriffsvermengung mit Bezug auf den in § 281 Abs 3 und § 282 gleichermaßen verwendeten Begriff „Nachteil“ muss hier vorgebeugt werden. Vor- und Nachteil iSd § 282 lassen sich ganz leicht und ohne Weiteres hypothetisch vorwegnehmend in Relation zu ein und demselben Angeklagten danach bestimmen, ob dieser in Betreff einer Tat, auf die sich die Beweisverwendung bezieht, schuldig erkannt oder freigesprochen wird. Den Nachteil, der zur Befassung des RMG legitimiert, kann also das vor die Sanierungsfrage gestellte ErstG ohne Schwierigkeit beurteilen, indem es einen Schuld- oder Freispruch unterstellt, je nach dem in welche Richtung der verbotenerweise verwendete Beweis deutet. Es geht um eine bloße Arbeitshypothese, keine Wahrscheinlichkeitsaussage über den Prozessausgang, und die Beurteilung bringt da-

her keinerlei Voreingenommenheit iSd § 43 Abs 1 Z 3 zum Ausdruck.¹⁸⁾ Nachteil iSd § 282 darf also nicht mit dem Prüfungsgegenstand vermengt werden, den der solcherart benachteiligte Verfahrensbeteiligte dem RMG vorlegen kann und der hier in der Frage besteht, ob das reklamierte Verwendungsverbot diese nachteilige Stellung des Verfahrensbeteiligten bewirkt haben könnte.

3. Was außer Betracht bleiben kann

Wegen der Ausgeschlossenheitskonsequenz kommt Wiederholung der HV zur Sanierung idR nur für Verfahrensmängel in Betracht, die die Schuldfrage betreffen. Zwar gelten § 281 Abs 1 Z 2–4 auch iVm § 281 Abs 1 Z 11;¹⁹⁾ kann aber die Sanktionsfrage ohne besonderen Aufwand vom RMG entschieden werden,²⁰⁾ ist durch Wiederholung zur Sanierung eines darauf bezogenen Verwendungsverbots idR kein Effizienzgewinn zu erzielen. Da Wiederholung zur Fehlersanie-

genaussage gestützt wird, ein unzulässigerweise vorgekommenes weiteres Beweismittel aber stillschweigend den Ausschlag für den Schuldspruch des Angeklagten gegeben hat (ÖJZ-LSK 1999/96). Der OGH ist demnach bei der Beurteilung potenzieller Auswirkungen auf die Entscheidung des Schöffeng nicht an die Urteilsgründe gebunden. Überflüssig zu erwähnen, dass auch der Gesetzestext nur die Entscheidung, nicht aber deren Gründe als Bezugspunkt der Relativitätsprüfung nennt (vgl OGH 13 Os 48/12 a EvBl-LS 2012/179; OGH 14 Os 102/13 a EvBl 2013/159 = RIS-Justiz RS0112987[T 1]; vgl auch *Fabrizy*, StPO¹² § 281 Rz 117). Das Gewicht des Verstoßes ist demnach aus – auch rechtlicher – Sicht des OGH, nicht des ErstG zu beurteilen, sodass etwa bei einem durch Verstöße gegen Art 3 EMRK erzielten Geständnis oder solchen Sachbeweisen die Rsp des EGMR berücksichtigt werden kann (vgl EGMR 1. 6. 2010 [GK], 22978/05, *Gäfen/Deutschland*; WK-StPO § 281 Rz 740); zum vergleichbaren Begriff der „unrichtigen“ Rechtsbelehrung s den Hinweis zu OGH 11 Os 65/15 s EvBl-LS 2016/31.

11) § 476.

12) Zum Begriff der alternativen Kausalität vgl *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht AT¹⁰ 13/10.

13) Funktional zuständig ist nach § 232 Abs 1 der Vorsitzende. Die Abweisung auf Sanierung im Weg der Neudurchführung gestellter Anträge ist nach dem Programm der StPO zwar nicht mit Nichtigkeit bewehrt (§ 281 Abs 1 Z 4), verschiebt aber die funktionelle Zuständigkeit auf das Schöffeng (den SchwurGH). Sachliche und funktionelle Zuständigkeit sind auseinanderzuhalten (vgl aber *Hinterhofer/Oshidari*, Rz 5.69, wo überdies zwischen Zuständigkeit und Besetzung nicht differenziert wird). Funktionale Zuständigkeit meint die Befugnis unterschiedlicher Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit in ein und demselben Verfahren, sachliche Zuständigkeit dagegen „full jurisdiction“ über Tat- und Rechtsfrage in erster Instanz. Ein RMG ist funktional, niemals sachlich (anstelle des ErstG) zuständig, auch nicht dort, wo das RMVerfahren auf ein iudicium novum des RMG ausgerichtet ist (vgl auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO⁶¹ Vor § 1 Rz 8f).

14) *Kirchbacher* § 246 Rz 179 mwN; *Lässig* § 43 Rz 22, § 45 Rz 10; *Michel-Kwapinski*, WK-StPO § 166 Rz 46; *Hinterhofer/Oshidari*, Rz 9.73; *Koller* in *Schmölzer/Mühlbacher* § 276 a Rz 14; *Nimmer-voll*, Das Strafverfahren² 512; zu Sonderfällen nach § 37 vgl *Ratz*, Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren, ÖJZ 2018, 351 (354f).

15) *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 11.

16) Dort bezogen auf das Resultat der Begutachtung; vgl *Ratz*, Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis der StPO, ÖJZ 2018, 951.

17) Vgl WK-StPO § 281 Rz 376.

18) Ginge es nur um eine Tat und wäre der Sachverhalt im Zeitpunkt beabsichtigter Sanierung bereits vollständig geklärt, dürfte denn auch nicht weiterverhandelt, müsste die Verhandlung, statt wiederholt, vielmehr – vorbehaltlich der Vorträge der Parteien – geschlossen und zur Urteilsfällung geschritten werden; § 232 Abs 2, § 255 Abs 1 erster Satz, § 257 erster Satz.

19) Vgl WK-StPO § 281 Rz 27; zu denken wäre etwa an eine Altersgrenze, welche die Strafbefugnis bestimmt (zB § 5 Z 4 JGG).

20) Da Art 91 B-VG Mitwirkung aus dem Volk auf die Schuldfrage beschränkt, ist in der Sanktionsfrage auch der OGH stets zur Sachentscheidung befugt; vgl WK-StPO § 288 Rz 28f.

zung zur Richterausgeschlossenheit führt, ist ohne fassbaren Effizienzgewinn ein Abweichen vom ges Programm des § 276 a nicht zu rechtfertigen.²¹⁾ PB können außer Betracht bleiben: Sie können nur Beweisaufnahmen, nicht deren Unterlassung geltend machen.²²⁾ Bloß dem Grundrechtsschutz Dritter dienende Beweisverbote bereiten keine Sonderprobleme.²³⁾

B. Wiederholung als Ergänzung des Programms der StPO

§ 276 a verlangt bei Änderung der Gerichtszusammensetzung die Wiederholung der HV, die Wiederholung der HV zieht aber umgekehrt nicht die Änderung der Gerichtszusammensetzung nach sich. Ersteres ist bloß Übersetzung der Nichtigkeitsdrohung des § 281 Abs 1 Z 1 als Anordnung sachgerechter Durchführung der HV. Dass Wiederholung infolge Ablaufs der Zweimonatsfrist die Gerichtszusammensetzung nicht ändert, ergibt sich bereits unmissverständlich aus dem Schutzzweck der darauf bezogenen Anordnung, die sicherstellen will, dass die mit einer Sache befassten Richter sozusagen „in der Lage leben“, wenn sie verhandeln und entscheiden. Treffend heben *Danek/Mann*, *Hinterhofer/Oshidari* und *Koller* denn auch hervor, dass es § 276 a gezielt darum geht, das Gericht zu kontinuierlicher Fortsetzung der HV ohne Unterbrechung von mehr als zwei Monaten zu veranlassen.²⁴⁾ Darüber hinausgehend lassen die ErläutRV StPNov 2005 keinen Zweifel daran, dass das Gesetz nur in diesen zwei Fällen an Wiederholung denkt. War die Verhandlung bis BGBl I 2004/164 auch dann zu wiederholen, „wenn es eine der Parteien nach dem Vortrage des Vorsitzenden und vor der Fortsetzung der Verhandlung begehrt, es sei denn, daß das Begehren offenbar mutwillig oder nur zur Verzögerung der Sache gestellt wird“, wurde dieser Fall durch die StPNov 2005 gezielt mit der Begründung beseitigt, dass „eine Unterbrechung von nicht mehr als sechzig Tagen nicht rechtfertigt, das bisherige Verhandlungsgeschehen neu aufzurollen.“ Zudem seien mutwillige oder nur der Verzögerung dienende Anträge ohnedies auch bis dahin vom Gericht abzuweisen gewesen.²⁵⁾ Da Wiederholung ohne einen von § 276 a zweiter Satz erteilten Auftrag nicht dem Programm des historischen Gesetzgebers entspricht, vielmehr eine Konstellation ins Auge fasst, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat, darf nicht verwundern, wenn auch deren mögliche Konsequenzen außerhalb des gesetzgeberischen Programms liegen.²⁶⁾ In § 276 a wird die Zulässigkeit von Wiederholung vorausgesetzt, aber nicht fundiert. Wiederholung der HV zur Sanierung eines Verfahrensmangels ist gerade kein Fall von Wiederholung nach § 276 a. Bei dieser vom Gesetz weder verlangten noch untersagten Wiederholung geht es gezielt darum, der Rechtsgestaltungsmacht nach § 282 beschwerter Verfahrensbeteiligter überlassene Urteilsaufhebung zu verhindern. Diese haben maW ungeachtet der Relevanz, welche die Entscheidungsgründe dem verbotenerweise vorgekommenen Beweis²⁷⁾ beimessen würden, das Recht auf Sanierung des Fehlers über das RMG und damit stets auf Sanierung durch andere Richter, sei es allein durch diejenigen des RMG, wenn dieses zu vollständiger Fehlerbe-

seitigung befugt ist, sei es durch Urteilsaufhebung und Anordnung einer neuen HV samt Verweisung an ein sachlich zuständiges Gericht. Bei Verknüpfung der sanierungsbedingten Wiederholung mit Richterausgeschlossenheit bleibt diese vom Gesetz eingeräumte Gestaltungsmöglichkeit erhalten, und zwar in Form der Besetzungsrüge samt Obliegenheit zu vorgezogener Geltendmachung bereits in der HV angesichts von Wiederholung ohne Besetzungsänderung. Bei nach § 276 a gebotener Wiederholung tritt die Sanierung gänzlich unabhängig von beabsichtigter Sanierung von Verfahrensmängeln ein; Wiederholung nach § 276 a zweiter Satz hat Ausgeschlossenheit nicht zur Folge.²⁸⁾ Die neue HV, von der in § 263 Abs 3, § 315 Abs 2 die Rede ist, bedeutet hingegen keine Wiederholung, sodass der Fall hier nicht interessiert.

C. Kritik an Ausgeschlossenheit iSd § 43 Abs 2 StPO als Konsequenz von Wiederholung zur Sanierung

Während für die einen Ausgeschlossenheit iSd § 43 Abs 2 bei Wiederholung (bloß) zur Sanierung von Verfahrensmängeln außer Frage steht,²⁹⁾ wird jüngst von *Danek/Mann* ein abweichender Standpunkt vertreten.³⁰⁾ Respekt vor ihrer besonderen fachlichen Stellung verlangt es, auf jedes der Argumente einzugehen. Dabei wird klar, dass bloß Missverständnisse vorliegen.

- 21) Ohne prozessökonomische Rechtfertigung verbleibt als Begründung die Vermeidung des mit Urteilsaufhebung verbundenen Tadelns für die Missachtung des Verwendungsverbots, den das Gesetz jedoch in Kauf nimmt. Wer just deshalb Neudurchführung bewirkt, zielt auf Verletzung des grundrechtlich verbürgten Beschleunigungsgebots (§ 9 Abs 1 zweiter Satz, § 57 Abs 1 RStDG).
- 22) WK-StPO § 282 Rz 44.
- 23) Vgl dazu WK-StPO § 281 Rz 357, 739.
- 24) *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 7; *Hinterhofer/Oshidari*, Rz 8.154; *Koller* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO-Komm § 276 a Rz 20.
- 25) 679 BlgNR 22. GP 15.
- 26) Daran ist gerade aufgrund des Umstands zu erinnern, dass sowohl § 276 a als auch § 43 Abs 1 für weitere Fälle von Neudurchführung und Ausgeschlossenheit offen formuliert sind (*Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 2 und *Świdorski*, Zur Unparteilichkeit des Richters, ÖJZ 2019, 13 [16 ff]). Dass es in den hier angesprochenen Sanierungsfällen gerade nicht um die Person des Richters geht, auf die § 43 Abs 1 Z 3 abzielt, vielmehr allein um sachbezogene Ausschlussgründe, die § 43 Abs 2 bis 4 grundsätzlich abschließend regeln sollen, ist der Grund, warum § 43 Abs 2 als sedes materiae anzusehen ist. Dass *Świdorski* § 43 Abs 1 Z 3 als Öffnungsklausel sieht, welche Analogie unnötig mache, spielt hier keine Rolle, weil *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 11/1, durch ihre Bezugnahme auf § 43 Abs 1 Z 3 gerade eine generelle Sicht ablehnen, die an Wiederholung der HV zur Sanierung just wegen der Gleichsetzung mit § 43 Abs 2 letzter Fall ohne Weiteres Ausgeschlossenheit knüpft.
- 27) Das Verbot kann Beweisthema, Beweismittel oder Beweismethode betreffen.
- 28) Zum Begriff der alternativen Kausalität vgl *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht AT¹⁰ 13/10. Unziemlichen Einflüssen von außerhalb der HV (wozu auch Eindrücke aus Beweisaufnahmen in einer sodann wiederholten HV zählen) muss nötigenfalls der OGH mit ao Wiederaufnahme beikommen. Vollständige Erfüllung der in § 240 a Abs 1, § 305 Abs 1 erwähnten Pflichten kann das Gesetz über Anfechtungskategorien nicht leisten und setzt auf andere Schutzmechanismen, zB Belehrungen (vgl OGH 13 Os 115/18p; vgl auch §§ 7 b, 23 MedienG) und diese Art von Notbremse. § 362 Abs 1 Z 1 setzt prozessförmige Ausführung der NB nicht voraus; auf deutliche und bestimmte Bezeichnung auch nur eines NG kommt es demnach nicht an (WK-StPO § 362 Rz 1, 3f).
- 29) OGH 14 Os 107/04; *Lässig* § 43 Rz 22, § 45 Rz 10; *Kirchbacher* § 246 Rz 179; *Hinterhofer/Oshidari*, Rz 9.73.
- 30) *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 11/1.

- Das zeigt gleich zu Beginn der Hinweis, dass 14 Os 107/04 (wo Wiederholung der HV zur Fehlersanierung für zulässig erklärt und Richterausgeschlossenheit damit verknüpft wird) „§ 276 a gar nicht“ anspreche: Zulässigkeit von Neudurchführung wird also aus § 276 a gefolgert.³¹⁾ Allerdings setzt § 276 a die Zulässigkeit von Wiederholung der HV voraus, fundiert sie aber nicht. Da es sich bei Neudurchführung zur Fehlersanierung gerade nicht um einen Fall des § 276 a handelt, sind Zweifel an der Schlüssigkeit der von 14 Os 107/04 bejahten Ausgeschlossenheit (iSd § 43 Abs 2) nicht angebracht.
- 14 Os 107/04 betrifft den Fall eines über den Bericht eines verdeckten Ermittlers berichtenden Polizisten (also mittelbare Abhörung) bei unklar formuliertem Einverständnis nach § 252 Abs 1 Z 4. Die Entscheidung verneint Nichtigkeit und Einflusspotential (§ 281 Abs 1 Z 3 und Abs 3) nach Maßgabe einander ausschließender Sachverhaltsannahmen,³²⁾ sodass auch die Bemerkung nicht greift, Ausgeschlossenheit iSd § 43 Abs 2 werde bloß „obiter“ gefolgert.
- Indem Ausgeschlossenheit bei Wiederholung zur Fehlersanierung von anderen Gründen iSd § 43 Abs 1 Z 3 abhängig gemacht wird, wird das logische Konzept der **Vorwegnahme von (also Gleichwertigkeit mit) Urteilskassation, welche von Gesetzes wegen** (Art 83 Abs 2 B-VG; § 43 Abs 2) **zur Verfahrensabnahme führt**, verlassen. Im ges Programm ist nicht die Regelung der Richterausgeschlossenheit lückenhaft, vielmehr mangelt dem Gesetz ein explizit geregeltes Verfahren, mithilfe dessen unweigerlich zur Urteilsaufhebung führende Verfahrensfehler unter Umgehung dieses verfahrensverzögernden Schrittes bereinigt werden können. Richterausgeschlossenheit ist Reflexwirkung dieses Vorgangs zum Schutz davon Betroffener vor Kollateralschäden des so sanierten Verfahrensfehlers.
- **Ohne stets mit solcher Neudurchführung verbundener Richterausgeschlossenheit wäre Neudurchführung bloß Hokuspokus**, schon gar, wenn diese sich in einem Vortrag nach § 252 Abs 2 a erschöpft, worauf der Vorgang beim Verzicht auf sofortige Geltendmachung von Richterausgeschlossenheit regelmäßig hinausläuft.³³⁾
- Vom ErstG wird nicht verlangt, „**die Erheblichkeit eines Verfahrensmangels iSd § 281 Abs 3 zum Zeitpunkt der Neudurchführung, also vor einer abschließenden Meinungsbildung über die Schuldfrage, [zu] beurteilen**“. **Verlangt wird weder eine Meinung über das richtige Urteil noch Selbstwahrnehmung beim potentiellen Einfluss missachteter Verwendungsverbote, vielmehr bloß, die rechtlichen Standards der Rechtsmittelinstanz in Ansatz zu bringen, um das eigene Verhalten danach auszurichten – ein Vorgang, auf den das RMSystem als solches geradezu abzielt.**³⁴⁾ Die Ausgeschlossenheitskonsequenz hängt nicht von der Entscheidungsfindung, vielmehr (allein) vom Verfahrensfehler und dessen Einflusspotential ab: Meint das ErstG, davon ausgehen zu müssen, dass das RMG die bereits geschehene Missachtung eines Beweisverwendungsver-

bots später (angesichts erfolgter Urteilsanfechtung) als iSd § 281 Abs 3 erheblich einstufen und daher das Urteil (mit der unabdingbaren Konsequenz der Ausgeschlossenheit der Richter, die der Missachtung beigewohnt haben, vom weiteren Verfahren; § 43 Abs 2) aufheben wird, kann es dem durch Sanierung vermittelt Wiederholung der HV zuvor kommen, nicht aber den potentiell Beschwerzten um seine Gestaltungsmacht in Betreff der Gerichtsbesetzung bringen. Die gleiche prozessuale Lage kann das ErstG also nur unter der Bedingung gleicher Konsequenzen herbeiführen, und was die Entscheidung der Schuldfrage anlangt, geht es bloß um eine Arbeitshypothese, keine inhaltliche Vorwegnahme.

- Sanierung ist nur zulässig, wo die vorweggenommene Bewertung des RMG zeigt, dass alle Mitglieder des erkennenden Gerichts dafür sonst nicht mehr in Frage kämen. **Ohne Einflusspotential (§ 281 Abs 3) kein Sanierungsbedarf, ohne Sanierungsbedarf aber stellen als Neudurchführung bezeichnete Vorgänge keine Neudurchführung dar,**³⁵⁾ sodass daraus auch keine Ausgeschlossenheit folgt. Das (einzige) Beispiel, das *Danek/Mann* für die angeblich erforderliche Einzelfallprüfung nach § 43 Abs 1 Z 3 bringen, nämlich irrtümlich unterlassene Beeidigung, betrifft denn auch den geradezu klassischen Verfahrensmangel, bei dem § 281 Abs 3 schlagend wird, wo Neudurchführung zur Sanierung mithin ausscheidet –³⁶⁾ zudem kein Beweisverbot.
- Die Ausgeschlossenheitskonsequenz wird nicht aus der Überlegung abgeleitet, dass Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit aufgrund von Einsicht in den Verstoß oder auch dessen versuchter Bereinigung – also der Betrachtung und Sanierung des Verstoßes (auf der Metaebene) – fraglich werden könnte. Bringt aber just der Verstoß gegen ein Beweisverwendungsverbot geradezu archetypisch „Unfairness“ zum Ausdruck, kommt es *Danek/Mann* nur auf „Unfairness“ an, **die weder im Verfahrensfehler, noch in dessen Sanierung liegt. Solche Unfairness hat mit Sanierung von Verfahrensfehlern durch Neudurchführung nichts zu tun, führt vielmehr gänzlich unabhängig davon zu Richterausgeschlossenheit.**

Es geht bei der Ausgeschlossenheit infolge sanierungsbedingter Wiederholung der HV also nicht um eine Konsequenz der Entscheidung über die Schuldfrage, vielmehr der Entscheidung, das verbotene Beweismittel in der HV vorkommen zu lassen. Grund der stets gleichen Ausgeschlossenheitskonsequenz ist die Herstellung ganz und gar gleicher Gestaltungsmacht potentieller Bf, die den Verstoß gegen ein Beweisverwendungsverbot geltend machen können. →

31) *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 2.

32) Vgl Punkt D/2.

33) Vgl nur *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 3.

34) Vgl WK-StPO Vor § 280 Rz 1.

35) Treffend *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 3, unter Berufung auf RIS-Justiz RS0099052.

36) Vgl RIS-Justiz RS0098270; OGH 11 Os 118, 144/03.

D. Sanierung und sonstige Fehlerbereinigung

1. Besetzungsmängel

Die Bereinigung von aus **Z 1 und 1 a des § 281 Abs 1**³⁷⁾ relevanten Problemen gehört nicht hierher. Nach § 276 a führt die Behebung von Besetzungsmängeln zur Wiederholung, nicht umgekehrt. Klassischer Fall der Wiederholung ist ein Besetzungswechsel bei erfolgreicher Richterablehnung.³⁸⁾ Umstände, die sich nachtragen lassen, bedürfen gleichermaßen keiner Sanierung vermittelt Wiederholung der HV. Das gilt im Sonderfall (bloß) psychisch als abwesend zu bewertender Richter ebenso wie beim Nachholen dessen, was sich während der Abwesenheit eines Verteidigers ereignet hat. Soweit die Anwesenheit der Anklägers bei grundrechtskonformer Lesart des Nichtigkeitskatalogs in Rede steht, gilt nichts anderes,³⁹⁾ ebenso bei verspätet erkanntem Verteidigerzwang in ER-Verfahren.⁴⁰⁾

2. Verfahrensmängel

Zur Sanierung vermittelt Wiederholung der HV kommen nur Verfahrensmängel (§ 281 Abs 1 Z 2–4) in Betracht. Soweit sich diese nicht in der HV ereignen, scheiden sie als sachfremd von vornherein aus. Andere lassen sich stets ohne Neudurchführung der HV beheben, und was die in Betracht kommenden Sanierungsfälle anlangt, kann das Einflusspotential (§ 281 Abs 3) idR auf einfachere Weise beseitigt und der Fehler so behoben werden.

Da diese Fehler sich nicht in der HV ereignen, kommt Sanierung gegen Missachtung von **§ 329** nicht in Frage. Gleiches gilt für Nichtigkeit nach **§ 260**, der sich auf die Urteilsausfertigung bezieht, und nach **§ 271**, der sich auf das HVProtokoll bezieht. Zu unmittelbarer Fehlerbehebung hinwiederum eignen sich (bis dahin) unterlassene Beweisaufnahmen, Wiederholung bloß jener Teile, die Angeklagte iSd **§ 427**⁴¹⁾ und Wiederholung dessen, was Angeklagte infolge Missachtung des **§ 221 Abs 2**⁴²⁾ versäumt haben. Zwanglos nachholen lassen sich auch Versäumnisse der **§§ 240 a, 305, 250 Abs 2, §§ 430, 439**⁴³⁾ sowie die Einhaltung von **§ 262**⁴⁴⁾ und **§ 340**, erforderlichenfalls durch die prozessleitende Vfg auf Wiedereröffnung der HV, solange das Urteil noch nicht verkündet wurde. Auf Wahrung und Beweisverfahren bezogen, gilt Entsprechendes für **§ 310**. Auch Verstöße gegen **§ 228** sind ohne Einfluss auf die Entscheidung, soweit die vom unzulässigen Ausschluss der Öffentlichkeit betroffenen Teile der HV wiederholt werden. Bleiben **§ 44 Abs 1, § 45 Abs 2, § 126 Abs 4**, also Beweisführung durch ausgeschlossene und befangene Personen. Zwar ist die Beiziehung funktionsbezogen befängener Sachverständiger ausdrücklich mit Nichtigkeit bewehrt.⁴⁵⁾ Ist trotz Kenntnis der Befangenheit der Sachverständige weiterhin abgehört worden, beseitigt die Beiziehung eines weiteren allerdings jeden Einfluss auf die Entscheidung. Das zeigt **§ 127 Abs 3**, wo auf fachlich bedenkliche Äußerungen eines Sachverständigen abgestellt, diesen aber keine Bedeutung mehr beigemessen wird, wenn ein weiterer beigezogen wird. Das muss umso mehr für Sachverständige gelten, von denen bekannt gegeben wird, dass sie als befängene kein Vertrauen ver-

dienen, sodass sie ausgetauscht werden können, ohne dass es einer Sanierung mittels Wiederholung der HV bedarf. Von vornherein keiner Wiederherstellung des vorherigen Zustands bedürfen die Fälle, wo § 127 unmittelbar greift,⁴⁶⁾ weil dort gerade kein Beweisverbot ausgesprochen wird. Sind bei gemeinsam nach § 37 geführten Verfahren die Voraussetzungen des § 126 Abs 5 nicht für alle Angeklagten erfüllt, resultiert auch daraus kein Verwendungsverbot, ebenso wenig in Betreff eines für das Ermittlungsverfahren bestellten Sachverständigen, wenn in der HV ein anderer Sachverständiger beigezogen wurde, womit bei Beiziehung auch des im Ermittlungsverfahren tätig gewesenem kein Anlass für Sanierung besteht. Wenn dessen Beiziehung unter Verletzung des § 252 bloß mittelbar erfolgt ist, kann dieser Fehler ohne Wiederholung der HV durch unmittelbare Abhörung ausgemerzt werden.⁴⁷⁾ Infolge ausgeschlossener Richter nichtige Akte des Ermittlungsverfahrens betreffen hingegen ein klassisches Beweisverwendungsverbot; iSd § 281 Abs 1 Z 2 verlesen, kommen sie für Sanierung vermittelt Wiederholung der HV in Betracht. Beruft sich aber eine durch einen ausgeschlossenen Richter vernommene Person in der HV auf solcherart nichtige Aussagen, ist jeder Einfluss beseitigt und es bedarf keiner Wiederholung der HV. Durch die Entscheidung des BeschwerdeG bestätigte Bewilligung durch einen ausgeschlossenen Richter hinwiederum bereinigt als *iudicium novum*⁴⁸⁾ die Nichtigkeitsanktion nach § 44 Abs 1, § 45 Abs 2.

Auch das Einflusspotential anderer Beweisverwendungsverbote kann vielfach durch einzelne, nur darauf bezogene Verfahrensschritte ausgeschaltet werden und es bedarf keineswegs stets einer Wiederholung der HV. Wegen der Ausschlossenheitskonsequenz kommt diese nur als letzter Ausweg in Betracht. Von vornhe-

37) § 281 a ist nicht in erster Instanz sanierbar, örtlich unzuständige ER haben nach §§ 450, 485 Abs 1 Z 1 vorzugehen, in der HV dem zuständigen Gericht abzutreten, hegt das Gericht, wenn auch erst in der Urteilsberatung, Zweifel an einer dem § 28 JGG entsprechenden Besetzung, so hat es jederzeit die HV abzubrechen und die Entscheidung einer neuen HV vor einem ordnungsgemäß besetzten Gericht vorzubehalten (vgl auch *Stricker*, Aktuelle Probleme im Strafprozess: Subsumtionseinstellung und große Besetzung des Schöffengerichts, ÖJZ 2017, 1058 [1062 ff]).

38) § 45.

39) Vgl WK-StPO § 281 Rz 119f, 153, 167; OGH 10 Os 45/81; OGH 13 Os 23/95; vgl auch § 274. Hat eine außerhalb der HV vorgenommene Beweisaufnahme jedoch unter Missachtung von Verteidigerzwang stattgefunden, geht es um einen Verfahrensmangel, zu dessen Sanierung Wiederholung der HV in Betracht gezogen werden kann (vgl WK-StPO § 281 Rz 202).

40) Vgl WK-StPO § 468 Rz 27, 30 ff.

41) Vergleichbares gilt, wenn das Gericht die Durchführung der HV in Abwesenheit des von einem Antrag auf Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 Abs 1 StGB Betroffenen verfügt (§ 430 Abs 5) und später zur Ansicht kommt, dass dieser wegen der Tat bestraft werden könnte (§ 434 Abs 1); ein Verfahrensmangel liegt jedoch nicht vor, weshalb Ausschlossenheit von Richtern auch deshalb nicht in Frage kommt (WK-StPO § 281 Rz 245).

42) Einhaltung der Vorbereitungsfrist ist übrigens nur beim ersten Verhandlungstermin erforderlich (RIS-Justiz RS0098370 [T 1, 3]).

43) WK-StPO § 281 Rz 260–261/1.

44) WK-StPO § 281 Rz 546.

45) § 126 Abs 4 zweiter Satz; vgl OGH 15 Os 42/92, aber auch OGH 11 Os 5/15 t EVBl 2015/129 zur Rechtzeitigkeit des Widerspruchs.

46) Zur mangelnden Belehrung über die Sinnhaftigkeit von (fristgerechter) Konsultation eines Verteidigers zwecks Beurteilung von gerichtlicher Sachverständigenbeweisaufnahme anstelle von Führung durch die StA vgl *Ratz*, ÖJZ 2018, 951 (958).

47) Vgl *Ratz*, ÖJZ 2018, 951 (957–959).

48) § 89 Abs 2 b.

rein nicht in Betracht kommt, was sich nicht in der HV ereignet hat, womit nichtige Akte des Ermittlungsverfahrens, die in der HV nicht vorgekommen, sondern bloß aktenkundig sind, ausscheiden.⁴⁹⁾ Als solche nicht der Sanierung bedürftig sind demnach zB Aussagen, die durch Vernehmungsmethoden gewonnen wurden, welche § 166 verbietet. Was in der HV nicht iSd § 281 Abs 1 Z 2 vorgetragen wurde, begründet keinen Verfahrensmangel, dessen Einfluss nach § 281 Abs 3 zu prüfen und ggf vermittelt Wiederholung der HV zu sanieren wäre. Eine andere Sache ist der Ersatz der Vernehmung durch erneute Vernehmung unter Einhaltung der von § 166 gemachten Vorgaben samt (widersprochenem) Vortrag in der HV und die Frage, ob die Vernehmungsmethode der ursprünglichen Vernehmung auch die erneute Vernehmung iSd § 281 Abs 1 Z 2 oder 4 unverwendbar macht.⁵⁰⁾

Am Beispiel des § 159 Abs 3 lässt sich leicht zeigen, dass auch das Einflusspotential aus Z 3 und 4 des § 281 Abs 1 nichtiger Beweiserhebung keineswegs stets der Sanierung durch Wiederholung der HV bedarf. So birgt die inhaltsgleich wiederholte Aussage eines erst nachträglich iSd § 159 Abs 3 informierten Zeugen keine Gefahr mehr für die Entscheidungsfindung.

3. Vorhalt, Anklagevortrag und Gegenäußerung

Nicht bloß aus Z 4, vielmehr bereits aus Z 2 des § 281 beachtlich ist übrigens die Erwähnung des Inhalts von Schriftstücken über nichtige Beweisaufnahmen des Ermittlungsverfahrens in Vorhalten, Anklagevortrag oder Gegenäußerung gegen den Antrag des Bf.⁵¹⁾ Widerspruch bewirkt gegenüber Antragstellung erhöhten Rechtsschutz, und § 281 Abs 1 Z 2 bezieht sich auf die gesamte HV, nicht bloß – wie § 252 – auf das Beweisverfahren;⁵²⁾ auch stellt dieser NG nicht auf Vorkommen „in zulässiger Weise“⁵³⁾ ab, verhindert vielmehr jede Beeinflussung durch ausdrücklich für nichtig erklärte Beweismittel vom Aufruf der Sache bis zum Schluss der Verhandlung. Aus § 281 Abs 1 Z 4 (gegen derart vorgehaltene oder vorgetragene Inhalte) bewehrte Anträge sollen Schutz vor solcher Beeinflussung durch bedenkliche, aber nicht ausdrücklich nichtige⁵⁴⁾ und darüber hinaus auch bloß potentiell verbotene Beweise bieten.⁵⁵⁾ Deren Anführung wird vom Gesetz – anders als das Einbringen aus § 281 Abs 1 Z 2 verbotener Inhalte – keineswegs untersagt, von der StA unter Umständen sogar verlangt.⁵⁶⁾ Wer nur höchstpersönliche Verlesung durch „das Gericht“ als Verlesung iSd § 281 Abs 1 Z 2 gelten lässt und zugleich die Nichtigkeitsanktion für die Abweisung von Anträgen begrüßt, (bloß) potentiell verbotene Beweise aus Plädoyers Verfahrensbeteiligter herauszuhalten,⁵⁷⁾ leitet den solcherart implizierten Unterschied im Schutzzweck aus der Person des Boten ab, statt auf die Botschaft abzustellen. Einen ganz anderen Aspekt berücksichtigt, wer bei ersatzweiser Verlesung (§ 252) durch Verfahrensbeteiligte statt Z 3 nur Z 4 des § 281 Abs 1 gelten lässt,⁵⁸⁾ er setzt nur auf den Wert von Rügeobliegenheiten, der auch bei Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 2 schlagend wird. Dass „verlesen“ in § 252 Abs 1 auf den Vorsitzenden bezogen ist, jedenfalls aber nur Richter und Schrift-

führer betreffen kann, liegt offen zutage und wird durch § 252 Abs 2 a noch unterstrichen. Nichts aber zwingt zur Engführung von § 281 Abs 1 Z 2, welcher NG ohnehin substantiierten Widerspruch des Bf, also nichts anderes verlangt als § 281 Abs 1 Z 4, nur dass auch außerhalb der HV der Verlesung wirksam widersprochen werden kann, also auch in einer vorangegangenen, sodann wiederholten HV.⁵⁹⁾

4. Leges imperfectae

Keiner Abgrenzung bedürfen Rechtsfehler, die zwar Einfluss auf das Urteil haben mögen, aber keinem NG subsumierbar sind. Die StPO verknüpft keineswegs alle Verfahrensfehler mit – sei es ausdrücklicher, sei es aus § 281 Abs 1 Z 4 garantierter – Nichtigkeitsanktion. Solche Verfahrensfehler bedürfen unter dem Aspekt der Urteilsanfechtung mit ordentlichen RM⁶⁰⁾ keiner Behebung. So zielt der von mir – an unpassender Stelle und (nur) insoweit irreführend – erteilte Rat, die einen (iSd § 281 Abs 1 Z 4 erheblichen) Antrag abweisende prozessleitende Vfg durch neuerliche Entscheidung über den Antrag mit korrekter Besetzung zu „sanieren“,⁶¹⁾ wenn die Vfg von einem überbesetzten SchöffenG getroffen worden war, nur darauf ab, über den Antrag nochmals im Kreis (bloß) der entscheidungsbefugten Richter nachzudenken und so zu einem möglicherweise nun erst zutreffenden Ergebnis zu kommen, und besagt keineswegs, dass eine in verfehlter Zusammensetzung getroffene prozessleitende Vfg allein deshalb aus § 281 Abs 1 Z 4 nichtig wäre.

E. Praktische Umsetzung von Wiederholung der HV zur Sanierung samt Ausgeschlossenheitskonsequenz

1. Unnötige Wiederholung nach § 276 a

Wie dargelegt, stellt sich die Frage von Wiederholung der HV zur Sanierung und just daraus resultierender Ausgeschlossenheit beteiligter Richter nicht, wenn die Wiederholung ges geboten ist. Führt das Gericht eine von § 276 a als Anlass für den Befehl zur Wiederholung der HV genommene Fristüberschreitung unnötig herbei, verkehrt es allerdings den hinter dem Befehl stehenden Gesetzauftrag zu kontinuierlicher Fortsetzung der HV ohne Unterbrechung von mehr als zwei Monaten in sein Gegenteil und der Befehl

49) Zu § 322 vgl aber RIS-Justiz RS0118038.

50) Vgl Meyer-Goßner/Schmitt, StPO⁶¹ § 136 a Rz 30 ff; vgl auch die sprachliche Differenzierung bei Kirchbacher, WK-StPO § 246 Rz 179.

51) WK-StPO § 281 Rz 171; vgl aber auch OGH 14 Os 46/09k, 47/09g EvBl 2009/131 zuerst vom BeschwerdeG als unzulässig eingestuft Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren.

52) Vgl WK-StPO § 281 Rz 149, 191.

53) § 13 Abs 3, § 258 Abs 1.

54) Vgl die in WK-StPO § 281 Rz 338 erwähnte, ein Geständnis wiederholende Zeugenaussage des nunmehrigen Angeklagten.

55) WK-StPO § 281 Rz 237.

56) § 244 Abs 1 zweiter Satz.

57) Vgl Danek/Mann, WK-StPO § 244 Rz 9.

58) Vgl WK-StPO § 281 Rz 219, 237.

59) WK-StPO § 281 Rz 191.

60) Vgl aber die der GenProk vorbehaltene NBzWdG; §§ 23, 292.

61) WK-StPO § 281 Rz 111 (das Wort „sanieren“ steht auch dort zwischen Anführungszeichen); vgl in diesem Zusammenhang auch Kirchbacher, WK-StPO § 246 Rz 179; Michel-Kwapinski, WK-StPO § 166 Rz 46.

des § 276 a kann von verbotener Beweisverwendung betroffenen Verfahrensbeteiligten **nicht entgegengehalten werden**.⁶²⁾ Diese sind daher berechtigt, Richterausgeschlossenheit mit der Begründung geltend zu machen, dass die (zur Fehlersanierung führende) Wiederholung der HV in Wahrheit nicht auf § 276 a gründet. Hat deren eigenes Verhalten die Fristüberschreitung bewirkt, gründet die (zur Fehlersanierung führende) Wiederholung der HV aber gar wohl auf § 276 a und zieht Richterausgeschlossenheit nicht nach sich. Zudem kommt **Richterausgeschlossenheit nur in Betracht, wenn der von § 276 a ermöglichte Wiederholungsverzicht** für den Bf unter dem Aspekt intakter Erinnerung füglich **nicht zumutbar war**,⁶³⁾ und zwar ungeachtet fehlendem Verzicht des Gegners, weil es bei der Ausgeschlossenheitskonsequenz nur um den Schutz des vom übertretenen Verwendungsverbot Betroffenen geht. Ob tatsächlich Umgehung vorliegt, würde nach Rüge und Geltendmachung von § 281 Abs 1 Z 1 mit der Behauptung von Richterausgeschlossenheit infolge Wiederholung der HV bloß zur Sanierung vom RMG aufgrund direkter Beweisaufnahme endgültig bewertet.⁶⁴⁾

2. Rechtsnatur der Wiederholung

Da die prozessleitende Vfg, die HV neu durchzuführen, als bloß deklarativ keine Konsequenzen nach sich zieht, kann sie risikolos erfolgen. Die Rechtsnatur von Neudurchführung bestimmt sich maW nicht nach deren Einschätzung durch das ErstG. Auch die **Rüge** Verfahrensbeteiligter **bringt (vorerst) nur das Begehren zum Ausdruck, das ErstG wolle über einen nach Ansicht des Rügenden vorliegenden Besetzungsmangel entscheiden**. Nur übertretene Beweisverwendungsverbote bedürfen der Sanierung mittels Wiederholung der HV und auch diese bloß, soweit eine darauf bezogene Verfahrensrüge nach § 281 Abs 3 zulässig wäre, was insb bei gemeinsam geführten Verfahren dann zu verneinen ist, wenn der verbotene Beweis nur Mitangeklagte des Bf betraf. **Die nach § 45 Abs 1 zweiter Satz vom erkennenden Gericht⁶⁵⁾ zu treffende Entscheidung kann denn auch – ungeachtet der in der prozessleitenden Vfg auf Neudurchführung zum Ausdruck kommenden, bloß vorläufigen Annahme eines Sanierungsfalls – dahin gehen, das Verfahren in bisheriger Besetzung weiterzuführen, weil darauf vertraut wird, dass das RMG einen von der prozessleitenden Vfg abweichenden Standpunkt vertreten, die Sanierung also mit Blick auf die Unerheblichkeit des missachteten Verwendungsverbots (§ 281 Abs 3) als unangebracht beurteilen wird**. So gesehen schadet es nicht, im Zweifel einen Sanierungsvorgang anzukündigen, um erst einmal zu sehen, ob überhaupt gerügt wird, und sodann in Ruhe die Frage von Zulässigkeit der Geltendmachung des missachteten Verbots (§ 281 Abs 3) zu beurteilen. Die Unterscheidung zwischen „deklarativen“ und „konstitutiven“ „Beschlüssen auf Neudurchführung“, welche *Hinterhofer/Oshidari*⁶⁶⁾ unter Berufung auf 12 Os 100/16 x, 101/16 v in Vorschlag bringen,⁶⁷⁾ beruht – wie an dieser Stelle angemerkt sei – auf einem Missverständnis, konkret der Vermengung von sprachlicher Meta- und Objektenebene.⁶⁸⁾ Indem

RIS-Justiz RS0099052 – treffend – „formelle Beschlussfassung“ zur Neudurchführung als überflüssig abtut und ihr „nur deklaratorische Bedeutung“ beimisst, spricht der Rechtssatz die Bedeutung des Vorgangs in den Augen des RMG an und aus, dass dieses nicht an die rechtliche Einschätzung des Vorgangs durch das ErstG gebunden ist. Es geht also um die Beurteilung des vom ErstG Gewollten einerseits durch dieses selbst, andererseits durch das RMG (auf der Metaebene), und nicht darum, ob der Wille des ErstG unabhängig vom Willen Verfahrensbeteiligter (auf der Objektenebene) gefasst werden darf.

3. Besetzungsänderung und Besetzungsrüge

Ob Gerichtsbesetzung als Bezugspunkt von Grundrechtsverzicht generell ausscheidet,⁶⁹⁾ spielt im hier erörterten Zusammenhang keine Rolle, weil Mangel und darauf bezogene Anfechtungsbefugnis nicht deckungsgleich sein müssen. **Wer nicht Adressat des Schutzes durch eine besondere Besetzungsvorschrift ist, dem muss auch kein NG zur Verfügung stehen**.⁷⁰⁾ So sollten denn auch durch § 32 Abs 1 b nur Verfahrensbeteiligte beschwerdelegitimiert werden, die einen zweiten Berufsrichter verlangt hatten.⁷¹⁾ Die Rügeobliegenheit ist Ausdruck just dieser von der Schutzrichtung abhängigen Anfechtungsbefugnis. **Nur abgelehnte Ausgeschlossenheit kann aus § 281 Abs 1 Z 1 geltend gemacht werden**; dass ein nach § 45 für ausgeschlossen erklärter Richter als ausgeschlossen zu gelten hat, ist für das Gesetz selbstverständlich.⁷²⁾ **Nur soweit sich das erkennende Gericht bei seiner nach § 45 zu treffenden Entscheidung ganz sicher ist, dass das Beweisverbot angesichts einer zu erwartenden, auf § 281 Abs 1 Z 1 gegründeten NB zur Urteilsaufhebung führt, darf es aufgrund in der HV erfolgter Rügen auf Vorliegen des Besetzungsmangels erkennen**, der mithin keineswegs alle nach § 37 gemeinsam geführten Verfahren betreffen muss. *Lässig* hat knapp und klar den

62) Gezielte Herbeiführung durch den Gegner kann außer Betracht bleiben: Ist die Fristüberschreitung bloß Folge seiner berechtigten Anträge, war diese unabhängig von der Fehlersanierung nötig und gründet daher zu Recht auf § 276 a. Unberechtigte Anträge aber dürfen bei sachgerechter Erledigung durch das Gericht keine Fristüberschreitung bewirken.

63) Vgl die GMat zur StPNov 2005, ErläutRV 679 BlgNR 22. GP 15.

64) WK-StPO § 281 Rz 34.

65) Im geschworenengerichtlichen Verfahren vom SchwurGH; § 302 Abs 1 zweiter Satz.

66) *Hinterhofer/Oshidari*, Rz 8.156.

67) Treffend hingegen *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 3.

68) Vgl WK-StPO § 281 Rz 2.

69) Soweit *Lässig*, WK-StPO § 44 Rz 6, sich gegen die Auffassung wendet, „ein Verzicht auf die Geltendmachung eines Ausschlussgrundes beseitige diesen“, bezieht er sich nicht auf die Relation zwischen Besetzungsmangel und – Verfahrensbeteiligten überlassener – Geltendmachung (§ 290 Abs 1), vielmehr die davon unberührte Dienstpflicht des Vorsitzenden, Besetzungsmängel hintanzuhalten.

70) Vgl aber auch § 281 Rz 357, 739 WK-StPO zum Grundrechtsschutz Dritter.

71) Auch wenn der Gesetzestext und die GMat das nicht völlig unmissverständlich zum Ausdruck bringen; ErläutRV 689 BlgNR 25. GP 50: „Ohne ein solches Verlangen soll ein Besetzungsmangel nach § 32 Abs 1 a StPO nicht geltend gemacht werden können.“ Ähnlich muss wohl der Schutzzweck der Besetzungsgarantie mit Richtern des Geschlechts des Angeklagten gesehen werden. Nur dieser würde sich demnach darauf berufen können, sein Geschlecht sei im Richterergremium unterrepräsentiert gewesen.

72) Vgl WK-StPO § 281 Rz 124, 131.

in einem solchen Fall weiter zu beschreitenden Weg vorgezeichnet.⁷³⁾ Zwanglos kann demnach die auf § 43 Abs 2 abstellende Vertretungsregelung auf Sanierungsfälle mittels Wiederholung der HV angewendet werden. Unvollständigkeit, maW ein Fehler der Geschäftsverteilung⁷⁴⁾ als Anfechtungsgrund gegen das Urteil des neu besetzten Gerichts, kann also nicht praktisch werden, weil eine solche Vertretungsregelung in keiner Geschäftsverteilung fehlt. Die Bezeichnung der Richter, denen die Sache bei erkannter Ausgeschlossenheit „übertragen wird“, ist deklarativer Natur und verweist auf die Geschäftsverteilung.⁷⁵⁾ Wird auf Ausgeschlossenheit erkannt, ist dies für das weitere Verfahren bindend,⁷⁶⁾ wird Ausgeschlossenheit verneint, zB weil das Gericht – ungeachtet zuvor (bloß) deklarierter Neudurchführung – angesichts eines (nun) nicht (mehr) iSd § 281 Abs 3 relevant erachteten Mangels das (demnach verfehlt als solche deklarierte) Geschehen nicht (mehr) rechtlich als Neudurchführung beurteilt, hat das RMG zu beurteilen, ob der Verfahrensmangel vorlag und bejahendenfalls, ob der Richterausgeschlossenheit reklamierende Bf diesen nach § 281 Abs 3 hätte geltend machen können. Bejaht das RMG auch diese Frage, schlägt anstelle der Verfahrensrüge gegen die verbotene Verwendung die Besetzungsrüge durch. Verfahrensbeteiligte, welche die verbotene Verwendung infolge ihrer Relativität (§ 281 Abs 3) nicht hätten geltend machen können, dringen auch mit der Besetzungsrüge nicht durch. Schutzzweck der Ausgeschlossenheitskonsequenz ist nämlich ausschließlich, demjenigen, der die verbotene Beweisverwendung iSd § 281 Abs 3 geltend hätte machen können, zu garantieren, dass nicht davon beeinflusste Richter die Sache zu Ende bringen und die Entscheidung fällen. Nur wer mithin nach § 281 Abs 3 berechtigt war, den Nichtigkeit begründenden Verfahrensmangel geltend zu machen (und es solcherart in der Hand hatte, Ausgeschlossenheit nach § 43 Abs 2 zu bewirken), kann sich angesichts der Beseitigung der Relevanz dieses Mangels (§ 281 Abs 3) aufgrund der bloß dazu erfolgten Wiederholung der HV auf die Ausgeschlossenheit der damit befassten Richter berufen. Das Ergebnis scheint übrigens exakt demjenigen zu entsprechen, welches *Danek/Mann* für sachgerecht halten.⁷⁷⁾ Prozessförmige Geltendmachung der **Besetzungsrüge**

verlangt neben der **Begründung, warum kein Fall des § 276 a zweiter Satz vorlag, die Bezeichnung des sanierten Verfahrensmangels und** – anders als bei dessen Geltendmachung mit Verfahrensrüge –⁷⁸⁾ **ein klares Vorbringen zu dem von § 281 Abs 3 verlangten Einfluss.** Der Verzicht auf Geltendmachung des Besetzungsmangels entspricht dem Verzicht auf Geltendmachung des Verwendungsverbots mit NB.

4. Vorgehen bei unterlassener Besetzungsrüge

Wird nicht gerügt, hat der Verfahrensmangel bloß Verzögerung verursacht. Diese wiederum kann nach Maßgabe von § 252 Abs 1 Z 4 und Abs 2 a StPO minimiert⁷⁹⁾ und die Vorschrift unter dem Aspekt prozessförmigen Vorkommens⁸⁰⁾ auf die Vernehmung sämtlicher Angeklagten bezogen werden. Vorgänge der §§ 239 bis 244, also auch Beeidigung der Mitwirkenden aus dem Volk, Anklagevortrag und Gegenäußerung, bedürfen ohne Verlangen Verfahrensbeteiligter ebenfalls keiner Wiederholung.⁸¹⁾ Zu beachten ist allerdings, dass § 281 Abs 1 Z 2 analog auf in der vorangegangenen, bei Wiederholung obsolet gewordenen HV erfolgte Beweisaufnahmen anzuwenden ist, sodass just durch die Verlesung des Protokolls darüber gegen den Widerspruch des Bf dieser NG verwirklicht werden kann. Ob ohne Verletzung des § 252 Abs 1 vorgekommene Beweise auf zulässige Weise zustande gekommen sind, betrifft strikt voneinander zu trennende Fragen.⁸²⁾

73) *Lässig*, WK-StPO § 45 Rz 10.

74) Vgl WK-StPO § 281 Rz 105.

75) *Lässig*, WK-StPO § 45 Rz 10. Mitwirkung an der Entscheidung über die Ausgeschlossenheit führt übrigens nicht zu Ausgeschlossenheit; *Lässig*, WK-StPO § 45 Rz 9, 14.

76) Ein Besetzungskonflikt mit Richtern, welche nach Maßgabe der Geschäftsverteilung im letzten Fall des § 43 Abs 2 einzuschreiten haben, scheidet demnach aus; vgl *Ratz*, Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2016, 492 (497).

77) *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 11/1.

78) Vgl WK-StPO § 281 Rz 742.

79) WK-StPO § 281 Rz 80, vgl auch Rz 746.

80) § 13 Abs 3 zweiter Satz, § 258 Abs 1, § 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall; vgl WK-StPO § 281 Rz 457.

81) Zur Anklageausdehnung, die in der neu durchgeführten HV nicht wiederholt werden muss, um wirksam zu bleiben, s *Lewis*, WK-StPO § 263 Rz 66, und *Danek/Mann*, WK-StPO § 276 a Rz 13.

82) WK-StPO § 281 Rz 179, 239.

→ In Kürze

Da nur eine einzige HV ins Urteil mündet, wird mit einer Wiederholung (Neudurchführung) der HV die ursprüngliche gänzlich vernichtet. Auch nichtige Verfahrensakte werden damit obsolet. Daher eignet sich Wiederholung der HV zur Sanierung von Verfahrensmängeln. Wird aber die HV ohne ges Verpflichtung (§ 276 a zweiter Satz) wiederholt, werden Angeklagte und Ankläger vor dem Einfluss missachteter Beweisverwendungsverbote auf anwesende Richter dadurch geschützt, dass sie deren nunmehrige Ausgeschlossenheit geltend machen können, soweit sie nach § 281 Abs 3 zur Geltendmachung des missachteten Beweisverwendungsverbots berechtigt sind. Die Rügeobliegenheit des § 281 Abs 1 Z 1 knüpft unmittelbar an erkannte Wiederholung an. Überflüssige „Neudurchführung“ zieht Ausgeschlossenheit nicht nach sich, sodass vom ErstG auf Ausgeschlossenheit nur erkannt werden darf, wenn es über den Erfolg einer auf das Verwendungsverbot bezogenen Verfahrensrüge sicher sein kann.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Eckart Ratz, Präsident des OGH iR, ist Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien, Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO sowie Redakteur des EvBl der ÖJZ.

E-Mail: eckart.ratz@univie.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Rechtsmittel gegen Urteile (2015); Begrifflichkeiten und Strukturelemente des Straf(prozess)rechts im Lichte der Rechtsprechung des OGH, in *Lewis* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit Jahrbuch 2016, 119; Zur Unabhängigkeit der österreichischen Richter, ÖJZ 2016, 492; Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren, ÖJZ 2018, 351; Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis der StPO, ÖJZ 2018, 951.

