

*Tschulik*, Überlegungen zum neuen Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 11 StPO, RZ 1988, 50; *Tschulik*, Die Anfechtung von Tatsachenfeststellungen im schöffens- und geschworenen-gerichtlichen Verfahren, RZ 1988, 98; *Velten*, Verteidigungsrechte, in Strafrecht und Strafverteidigung, Beiträge zum Symposium für Richard Soyer zum 60. Geburtstag; *Venier*, Die Polizei und die Belehrungsvorschrift des § 152 Abs 5 StPO, AnwBl 2000, 329; *Venier*, JBL 2012, 324 (Entscheidungsanmerkung); *Venier*, JBL 2019, 465 (Entscheidungsanmerkung); *Joachim Vogel*, Internationales und europäisches ne bis in idem, in FS F.C. Schroeder (2006) 877; *Walser*, JBL 2017, 63 (Entscheidungsanmerkung); *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960); *Walter*, Die Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige präjudizelle Bescheide nach AVG im Rahmen der Zivilprozeßordnung im Vorfragenbereich, ÖJZ 1996, 601; *Walter/Zeleny*, Die Diversion durch den Staatsanwalt nach §§ 90a ff StPO in verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht, ÖJZ 2001, 447; *Wegscheider*, Einführung eines Einheitsrechtsmittels und der Dreinstanzlichkeit de lege ferenda, JBL 1984, 405; *Weigend*, Beweisverwertungsverbot als Sanktion für Menschenrechtsverletzungen? in FS Höpfel (2018) 243; *Weigend*, Zum Recht auf effektive Strafverteidigung, in FS Schlothauer (2018) 191; *Weiß*, Strafzumessungsermessens und Rechtsrüge, ÖJZ 1985, 110, 129; *Whitebread/Slobogin*, Criminal Procedure<sup>5</sup>; *Wiederin*, JBL 2014, 409 (Entscheidungsanmerkung); *Wiederin* in *Lewisch/Nordmeyer*, Liber Amicorum Eckart Ratz 195; *Wittmann*, Hauptverhandlung trotz Schließung des Gerichtsgebäudes, ÖJZ 2019, 588; *Wolter*, Beweisverbote und Umgehungsverbote zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft (2000) 963; *Zagler*, Befangenheit bei urteilmäßiger Vorverurteilung, ÖJZ 2007, 728; *Zerbes*, Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen, ÖJZ 2012, 845; *Zerbes*, „Wer die Nichtigkeitsgründe versteht, versteht den Strafprozess“ – gezeigt am Beispiel der verdeckten Ermittlung, in *Lewisch/Nordmeyer*, Liber Amicorum Eckart Ratz 205; *Zitta*, Die Frist für die Zustellung der schriftlichen Urteilsausfertigung und die Rechtsmittelfrist im Strafverfahren, AnwBl 1986, 568; *Zöchbauer*, Der Wahrheitsbeweis und seine angeblichen Grenzen, MR 2007, 65.

## Übersicht

	Rz
I. Rechtsmittel der StPO .....	1
II. Einspruch wegen Rechtsverletzung, Anordnung der Hauptverhandlung, selbständiges Rechtsmittel, Umgehungsverbote nach § 144, Herstellung des rechtmäßigen Zustands und funktionelle Zuständigkeit .....	8/1
III. Unterschied von Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung .....	10

## I. Rechtsmittel der StPO

- 1 Die – strafgerichtlich Verurteilten sogar grundrechtlich garantierte (Art 2 des 7. ZPEMRK) – Möglichkeit, gerichtliche Entscheidungen anzufechten, führt dazu, dass sich die Gerichte bereits in erster Instanz Gedanken über einen möglichen Beschwerdeerfolg machen und solcherart, auch ohne vom Gesetz hiezu verhalten zu sein (vgl aber § 293 Abs 2), die **rechtlichen Standards der Rechtsmittelinstanz in Ansatz bringen**. Primär dadurch entsteht die rechtsvereinheitlichende Wirkung von Rechtsmitteln, sodass sich deren tatsächliches Ergreifen idR erübrigst und nur ausnahmsweise zum Erfolg führt. Wankelmütige Rechtsmittelgerichte verfehlten ihre primäre Funktion, Orientierung und möglichst gleichmäßige Behandlung von Rechtsunterworfenen zu gewährleisten und fügen außerdem der – notwendigen – Autorität in erster Instanz tätiger Richter Schaden zu.
- 2 **Zweck von Rechtsmitteln ist es denn auch keineswegs, den Schwerpunkt des Verfahrens in eine höhere Instanz zu verlagern**, vielmehr nur, Fehlleistungen

der Gerichte und bedenklichem Ermessensgebrauch zu begegnen (aM *Soyer/Marsch*, AnwBl 2018, 205, welche „strategischen und taktischen Möglichkeiten der Verteidigung“ übergeordnete Bedeutung beimesse; instruktiv aus Verteidigersicht *Kier* in *Kier/Wess*, HB Strafverteidigung Rz 12.3, 12.29 ff). Zeigt der Beschwerdeführer wirkliche Fehler auf, darf er selbstverständlich erwarten, dass darüber nicht mit (zirkulärem) Blick auf das „zutreffende Ergebnis“ der angefochtenen Entscheidung hinweggegangen wird (vgl aber 15 Os 105/18g, EvBl-LS 2019/24, 144), während er umgekehrt nicht damit rechnen kann, dass sich das Rechtsmittelgericht beckmesserischer Kritik an Erstrichtern anschließt (vgl *Ratz*, ÖJZ 2010, 389 ff; aus Sicht eines erfahrenen Verteidigers vgl *Kier*, ÖJZ 2013, 1013). Zur Bedeutung der ersten Instanz für den Grundrechtsschutz eingehend *Berka*, RZ 2008, 114. Die Wichtigkeit einer Gesamtbetrachtung bei der Beurteilung von Rechtsschutzsystemen wird informativ von *Lewisich*, Geschworenengerichte 100 ff und in FS Fuchs 309 ff erläutert (vgl auch *Lewisich*, Strukturfragen 117). Treffend zur Relevanz ausreichender Gerichtsbesetzung zur Sicherstellung einer ausgewogenen Beweiswürdigung *Rami*, JBl 2010, 541. Auch die differenzierte Kritik von *Soyer/Marsch*, AnwBl 2018, 200, mündet nur in der Forderung nach – nicht konkret angesprochener – Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 281 Abs 1 Z 5 a, nach stets öffentlicher Verhandlung über Rechtsfragen, „es sei denn, der Nichtigkeitswerber macht eine schlechterdings unvertretbare Rechtsansicht geltend“ (just darin besteht aber ohnehin die Spruchformel des OGH; vgl § 281 Rz 589) und nach „gesetzgeberischer Klarstellung [ . . . ], dass Gerichtsfehler auch bei Untätigkeit des Verteidigers nicht zu Lasten des Angeklagten gehen dürfen – plakativ gesprochen, dass keine ‚Manuduktionspflicht‘ des Verteidigers gegenüber dem Erstgericht besteht“ (vgl aber § 281 Rz 163). Treffend betont *Lewisich* die Funktion der Nichtigkeitsbeschwerde als „das zentrale Steuerungselement, mit dem der OGH die Anreize für eine effiziente und faire Verhandlungsführung in erster Instanz setzt“, sodass eine Sicht, wonach „das Rechtsmittelrecht – und zumal die Nichtigkeitsbeschwerde – eine separate, an das eigentliche Strafverfahren anschließende Welt bildet“ unzutreffend wäre. Anschaulich spricht er von „Stellschrauben, mit denen der OGH auf die Verfahrensregeln des Hauptverfahrens (und – mediatisiert – auch jene des Ermittlungsverfahrens) zugreift und auch die maßgeblichen Anreize setzt“ und zeigt höchst instruktiv auf, dass eine Prozessordnung „invers“, also vom Ergebnis und der Rechtsdurchsetzung her – und nicht Schritt für Schritt dem Prozessfortgang folgend – zu lesen sei und man in der Hauptverhandlung besser ein Buch über das Rechtsmittelverfahren als über die Hauptverhandlung zur Hand nehme (*Lewisich* in Liber Amicorum Eckart Ratz 52 f).

Soweit eine Entscheidung von einem Beteiligten nicht mehr angefochten werden kann, ist sie ihm gegenüber in **formelle Rechtskraft** erwachsen. Trifft dies gegenüber allen Beteiligten zu, spricht man von **materieller Rechtskraft**. Diese bedeutet, dass von der Entscheidung nicht mehr abgegangen werden darf („Sperrwirkung“) und sie allseits gilt (knapp und informativ: *Walter/Zeleny*, ÖJZ 2001, 448; eingehend: *Lewisich* Vor §§ 352–363 Rz 10 ff). Demnach bekämpfen **ordentliche Rechtsmittel** stets eine nicht rechtskräftige Entscheidung. Das Strafverfahren sieht aber ungeachtet eingetretener Rechtskraft in Form der **außerordentlichen Rechtsmittel** (Rechtsbehelfe) weitere Korrekturmöglichkeiten vor (abw die Einteilung von *Birkbauer* § 16 Rz 8 f, der übersieht, dass Rechtsbehelfe hier – vgl auch Rz 8

3

– keineswegs auf Gerichtsentscheidungen beschränkt werden und – ebenso wie *Nimmervoll, Strafverfahren*<sup>2</sup> Kap VI Rz 2 – Rechtsmittel und Rechtsbehelfe nach Maßgabe eines rechtlichen Anspruchs auf Überprüfung differenzieren will, womit der Begriff „Rechtsbehelf“ auf unzulässige Rechtsschutzgesuche beschränkt wäre [vgl § 23 Abs 1 und 1a § 23 Abs 2 betrifft Anregungen gegenüber der Generalprokurator, nicht dem OGH], § 362 Abs 3], weil die Generalprokurator bei Nichtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes und nach § 362 Abs 1 Z 2 gestellten Anträgen gar wohl die „Überprüfung [ihres] Vorbringens verbindlich erwirken“ kann (*Nimmervoll, Strafverfahren*<sup>2</sup> Kap VI Rz 2 und 6 scheint – irrig – sogar anzunehmen, dass Fortführungsanträge, Einsprüche gegen ein Abwesenheitsurteil ua kein Recht auf Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht geltend machen, sondern Gnadenakte zum Ziel haben; vgl auch § 476 Rz 7); vgl auch *E. Steininger, Nichtigkeitsgründe*<sup>7</sup> Vor Rz 2ff].

- 4 Manche Rechtsmittel sind **suspensiv**, schieben also die formelle Rechtskraft hinaus (vgl aber § 397 erster Satz hins des Vollzugs von Strafurteilen; dazu *Lässig* § 397 Rz 7; s auch *Jerabek* § 493 Rz 7) andere nicht (vgl § 87 Abs 3, § 107 Abs 3, § 108 Abs 4, §§ 112, 209 Abs 3, § 243 Abs 1, § 278 Abs 1, § 284 Abs 3, § 285b Abs 3, § 294 Abs 1, § 393a Abs 5, § 395 Abs 4, § 396 Abs 1, §§ 397, 433 Abs 1, § 466 Abs 4, § 493 Abs 1, § 498 Abs 2). Die meisten Rechtsmittel sind **devolutiv**, sodass nicht das Gericht, das die Entscheidung gefällt hat, auch über das Rechtsmittel dagegen entscheidet (vgl aber § 243 Abs 2, §§ 357, 364, 478), die ordentlichen grundsätzlich, die außerordentlichen manchmal **befristet**.
- 5 Als ordentliche Rechtsmittel **gegen Urteile** sieht das Gesetz die **Nichtigkeitsbeschwerde** und die **Berufung** vor; Rechtsmittel, die in Hinsicht auf Urteile von Einzelrichtern – kombiniert und ergänzt – als sog **volle Berufung** zu Tage treten. Diese Rechtsmittel müssen **angemeldet** und können ausgeführt werden. Auch ein bei Wiederaufnahme nach § 360 ergehendes Urteil ist seit dem StRÄG 1987 anfechtbar (§ 358 Abs 6).

Ob ein Urteil, ein Beschluss oder „bloß eine auf den Fortgang des Verfahrens oder die Bekanntmachung einer gerichtlichen Entscheidung gerichtete Verfügung“ vorliegt (§ 35), bestimmt sich nicht nach der Form, sondern dem Wesen der Entscheidung. Eine undeutliche Entscheidung ist im Zweifel gesetzeskonform auszulegen. **Das Wesen der Entscheidung geht auch sonst dem bloßen Wortlaut vor** (14 Os 161/96, EvBl 1997/89; 14 Os 8/02, EvBl 2002/154, 566; 13 Os 81/08y, EvBl 2008/167, 860; zum Ganzen: RIS-Justiz RS0106264; 14 Os 118/02, MR 2002, 371; vgl auch U.S. Supreme Court in United States v. Scott, 437 U.S. 82 (1978) 437 U.S. 82 (VIII. IV) unter Verweis auf Vorjudikatur: „the trial judge's characterization of his own action cannot control the classification of the action.“ . . . „the ruling of the judge, whatever its label, actually represents a resolution . . . of all factual elements of the offense charged.“; wie hier: *E. Steininger, Nichtigkeitsgründe*<sup>7</sup> Vor Rz 10; vgl auch 14 Os 144/18k, EvBl 2019/108, 738, zur Rechtsnatur eines Vorschlags nach § 201 Abs 4 oder § 203 Abs 3). Käme es auf die subjektive Sicht des Rechtsmittelwerbers oder des Spruchkörpers an, dessen Entscheidung angefochten wird, hätten diese auch Bestimmung von Anfechtungsumfang und Rechtsmittelgericht in der Hand. Zur bisweilen aus diesem Grundsatz abgeleiteten **Unwirksamkeit gerichtlicher Akte** vgl 13 Os 93/07m, EvBl 2008/15, 75 (verkündeter Fortsetzungsbeschlusses trotz im Gesetz nicht vorgesehener Möglichkeit zur Ver-

kündung), 11 Os 21/06g, 71/06k, EvBl 2007/16, 76 (gesetzesfremde Entscheidung über einen Anklageeinspruch) und RIS-Justiz RS0116267. Zum Ganzen umfassend Lewisch Vor §§ 352–363 Rz 87 ff; vgl auch E. Weiß in Schmölzer/Mühlbacher, StPO 2 § 280 Rz 9 ff).

Nicht als Urteil ergehende Gerichtsentscheidungen, soweit diese nicht bloß auf den Fortgang des Verfahrens oder die Bekanntmachung einer gerichtlichen Entscheidung gerichtet sind, werden vom Gesetz als **Beschlüsse** bezeichnet (§ 35 Abs 2). In erster Instanz ergangene Beschlüsse können idR (vgl aber § 196 Abs 1, § 214 Abs 1, § 284 Abs 3, § 324 Abs 3, § 391 Abs 3, § 466 Abs 5; vgl auch Rz 8/5) von den dazu Berechtigten (§ 87 Abs 1) mit **Beschwerde** angefochten werden. Solche Beschwerden sind grundsätzlich **devolutiv** (aufsteigend; vgl aber § 243 Abs 2 und 3) und idR mit 14 Tagen **befristet** (§ 88 Abs 1; vgl aber die 3-Tagesfrist in § 176 Abs 5, § 177 Abs 4). In Ansehung einzelner Beschlüsse schließt das Gesetz nur ein **selbständiges Rechtsmittel** aus (§ 45 Abs 3; § 226 Abs 4, § 229 Abs 3, § 238 Abs 3; vgl auch Rz 8/6). In solchen Fällen kann die Entscheidung erst mit dem aufgrund der Hauptverhandlung ergehenden Urteil bekämpft werden (nicht jede als Beschluss bezeichnete Verfügung ist eine solche nach § 35 Abs 2 erster Fall, vgl § 281 Rz 303). Anders als Rechtsmittel gegen Urteile, werden **Beschwerden** idR nicht angemeldet (vgl aber § 152a Abs 3 StVG), also **uno actu erhoben**; zuweilen können sie mit einem anderen Rechtsmittel **verbunden** werden (vgl § 498 Abs 3). Für Beschwerden ist **keine** unter der Sanktion der Zurückweisung des Rechtsmittels (als unzulässig) normierte **Begründungspflicht** vorgesehen (allerdings muss das Beschwerdegericht hinsichtlich der in jeder Richtung zur Beschwerde legitimierten Staatsanwaltschaft [§ 87 Abs 1] stets die Anfechtungsrichtung erkennen können [entweder zum Vorteil oder zum Nachteil des Beschuldigten {§ 48 Abs 2} oder der sonst bei für sie nachteiliger Beschlussfassung zur Beschwerde legitimierten Person {vgl § 282}; 13 Os 125/07t, EvBl 2008/46, 241]). Auch kann **bis zur Entscheidung des Rechtsmittelgerichts** wirksam **weiteres Vorbringen** erstattet werden (keine sog Einmaligkeit der Rechtsmittelausführung; vgl demgegenüber für Nichtigkeitsbeschwerden § 285 Rz 5 ff; verfehlt: Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 1.231). Da das Gesetz keine unter Zurückweisungs-, also Unzulässigkeitssanktion stehende Begründungspflicht kennt, ist bei (zulässiger) Beschwerdeführung zum Nachteil des Beschuldigten (§ 48 Abs 2) diesem Abträgliches vom Beschwerdegericht zu berücksichtigen, wenn sich der Beschwerdeführer nicht unmissverständlich dagegen ausgesprochen hat; Beschwerden des Beschuldigten (§ 48 Abs 2) ist stets umfassender Anfechtungswille zu unterstellen (13 Os 125/07t, EvBl 2008/46, 241; RIS-Justiz RS0122974, RS0117216, RS0089977; vgl § 295 Rz 7 ff).

**Beschwerden verfolgen das Ziel, die Entscheidung der ersten Instanz durch diejenige des Rechtsmittelgerichts zu ersetzen** (vgl auch Rz 13 zur Berufung). Zwar verlangt § 88 Abs 1 vom Beschwerdeführer eine Begründung seines Rechtsmittels. Der dritte Satz des § 89 Abs 2b macht aber klar, dass das Rechtsmittelgericht daran nicht gebunden ist. Verkürzt ausgedrückt, genügt die im Wort „Beschwerde“ schriftlich oder auf elektronischem Weg zum Ausdruck gebrachte Erklärung, um die Entscheidungskompetenz in der Sache zur Gänze auf das Rechtsmittelgericht übergehen zu lassen. Dieses entscheidet ganz und gar neu, und zwar nach den prinzipiell gleichen Regeln, die für das Erstgericht gelten. Es kann also in

die Akten schauen, selbst neue Beweise erheben oder vom Erstgericht oder der Staatsanwaltschaft „weitere Aufklärungen verlangen“ (§ 89 Abs 2b und Abs 5 erster Satz; vgl Ratz, ÖJT 2012, 22f, zur Ex-ante-Perspektive bei Beschwerden gegen Bewilligung von Zwangsmitteln s *Rebisant* in Liber Amicorum Eckart Ratz 134f). **Die Frage von Neuerungserlaubnis ist strikt vom Beschwerdegegenstand zu trennen.** Ob dem Rechtsmittelgericht volle Tatsachenkontrolle zusteht (iudicium novum) ist auf den Beschwerdegegenstand bezogen, dessen Festlegung maW logisch nachgelagert. Erlaubte Neuerungen, die angesichts des Beschwerdegegenstands sinnlos sind, gehen ins Leere – so wie der Erfolg eines Rechtsmittels dessen Zulässigkeit voraussetzt. Geht es zB darum, 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 gemäß § 89 Abs 2b erster Satz „gegebenfalls auch Umstände zu berücksichtigen, die nach dem bekämpften Beschluss eingetreten oder bekannt geworden sind“: Umstände, die dem Erstgericht nicht zugänglich waren, also nicht, wohl aber verfahrensfehlerhaft (§ 281 Rz 40ff) übergangene aktenkundige und nicht beigeschaffte Beweismittel (11 Os 78/17f, EvBl-LS 2018/22, 142; im Ergebnis auch 13 Os 67/16a, EvBl-LS 2017/87, 524; vgl § 281 Rz 37f; nicht idS differenzierend *Nimmervoll*, JSt 2016, 103 und *Nimmervoll*, JSt 2018, 52 [Entscheidungsanmerkung]; Ratz, ÖJZ 2018, 359).

§ 89 idF BudgetbegleitG 2011–2013 gibt dem Beschwerdegericht ausnahmsweise die **Möglichkeit, statt in der Sache** durch Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Verweisung an das Erstgericht, also **kassatorisch zu entscheiden** und ordnet dann eine Bindung des Erstgerichts an die Rechtsansicht des Rechtsmittelgerichts an, indem § 293 Abs 2 für sinngemäß anwendbar erklärt wird. **An der Rechtsnatur der Beschwerde ändert sich dadurch nichts.** Das zeigt schon die für Entscheidungen in der Sache im Gesetz verbildete ausdrückliche Anordnung gegenüber dem Rechtsmittelgericht, „auch Umstände zu berücksichtigen, die nach dem bekämpften Beschluss eingetreten oder bekannt geworden sind“. Das Rechtsmittel zielt stets auf einen Ersatz des angefochtenen Beschlusses durch einen solchen des Rechtsmittelgerichts ab. Da § 89 Abs 2b zweiter Satz an der bisherigen Regelung festhält, dass das Rechtsmittelgericht an die geltend gemachten Beschwerdepunkte nicht gebunden ist, bleibt die Nichtbeachtung der Begründungsobliegenheit des § 88 Abs 1 erster Satz im Beschwerdeverfahren weiterhin sanktionslos und wird nur bei nachfolgender Anrufung des OGH mit Grundrechtsbeschwerde oder Erneuerungsantrag (ohne Befassung des EGMR) unter dem Aspekt der Rechtswegausschöpfung schlagend (§ 1 Abs 2 GRBG, Art 35 Abs 1 EMRK). Die ausnahmsweise Erlaubnis zu cassatorischer Beschwerdeerledigung soll also nur die Beschwerdegerichte entlasten, denen es solcherart erlaubt wird, in besonders krassen Fällen eine Art „Zurück zum Start!“ zu verfügen, ohne sich vorerst näher mit der Sache zu befassen. Der Fall ist mit der von SSt 13/31 gebilligten cassatorischen Entscheidung des Rechtsmittelgerichts in Stattgebung einer Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld vergleichbar (s dazu § 470 Rz 3). Das folgt denn auch daraus, dass der Gesetzgeber sinngemäße Anwendung bloß des § 293 Abs 2, nicht auch des § 293 Abs 4 angeordnet hat (ganz ähnlich bei der Auswahl des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren, wo bei der nach § 126

Abs 5 getroffenen Entscheidung die [solcherart nur vorläufig getroffene] Festlegung des Sachgebiets, die nach § 103 Abs 2 entschieden wird, nach Art des in § 281 Rz 4 geschilderten methodischen Vorgehens nachjustiert werden kann; vgl Ratz, ÖJZ 2018, 952). So ist es zulässig, das Beschwerdegericht mit der Behauptung anzurufen, dieses selbst habe im vorangegangenen Rechtsgang eine verfehlte Rechtsauffassung vertreten. Während also das Gericht, an welches das Beschwerdegericht die Sache verwiesen hat, an dessen Rechtsauffassung gebunden ist, kann das Beschwerdegericht bei der Entscheidung in der Sache von seiner in der kassatorischen Entscheidung vertretenen Rechtsauffassung abgehen. Wäre dem nicht so, wäre die Bindung an eine Rechtsauffassung, ohne beide Seiten davor gehört zu haben (§ 89 Abs 2 a Z 4), grundrechtlich bedenklich. So aber kann das Beschwerdegericht seine eigene Auffassung nochmals überdenken und die **Bindung des Erstgerichts führt nicht zur Selbstbindung des Rechtsmittelgerichts**, wie das § 293 Abs 4 im Fall kassatorischer Entscheidung über eine Nichtigkeitsbeschwerde vorsieht (s Ratz, AnwBl 2011, 111; übereinstimmend: Tipold § 89 Rz 7 und Nimmervoll, Beschluss und Beschwerde 184 und JSt 2018, 204f).

Nach übereinstimmender Auffassung haben Beschuldigte (§ 48 Abs 2) **kein subjektives Recht auf ein Vorgehen nach § 198** (vgl ua Schroll in FS Höpfel 291; Schütz in FS Fuchs 509; Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 7.1007; Schwaighofer in WK<sup>2</sup> SMG § 35 Rz 69). Gleiches gilt nach § 209b Abs 2, weil – im Gegensatz zu § 209a Abs 1 – dort nicht von einem „Recht“ des Täters die Rede ist, ein Vorgehen nach § 199 zu verlangen. Nach Einbringen der Anklage gilt dies nicht mehr (vgl 12 Os 84/12 p, EvBl 2013/27, 181, wonach „dem Angeklagten ein durchsetzbarer Rechtsanspruch auf ein Vorgehen nach dem 11. HptSt, nicht aber auf Anordnung einer bestimmten Art der diversionellen Erledigung zu kommt“; 17 Os 11/12 i, EvBl 2013/41, 273, wonach Anträge nach § 208 Abs 2 bloß als „Anregungen“ zu qualifizieren sind, steht dem nicht entgegen). § 209 Abs 3 erster Satz wird zwar im Schrifttum als „lex imperfecta“ gesehen, weil kein „durchsetzbarer Anspruch auf eine Entscheidung über einen im Zwischenverfahren gestellten Antrag des Angeklagten auf diversionelle Erledigung [...] besteht“ (vgl aber Schwaighofer in WK<sup>2</sup> SMG § 35 Rz 69); § 209 Abs 3 sehe „insoweit keine Konsequenzen vor“ (vgl Schroll in FS Höpfel 292 mwN). Bloß feststellende Wirkung beantragter Ausübung von Erledigungsbefugnis kennt die StPO aber nicht (dagegen zielt der Rechtsbehelf einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes just auf Feststellung einer Gesetzesverletzung, und eine konkrete Wirkung der Feststellung wird dem Ermessen des OGH überlassen). Dazu kommt: Von der Staatsanwaltschaft abgesehen, gesteht § 87 Abs 1 Beschwerdelegitimation Beschuldigten und anderen Personen zu, diesen aber nur gegen Entscheidungen, welche sie unmittelbar in einem subjektiven Recht verletzen, Beschuldigten demgegenüber bereits dann, wenn deren „Interessen unmittelbar betroffen sind“ (§ 87 Abs 1 und Abs 2 zweiter Satz); ohne unmittelbare Betroffenheit fehlt nach den EBRV (25 BlgNR 22. GP 115) die Beschwerde (idS Pilnacek/Pleischl, Vorverfahren Rz 343 und E. Fuchs, ÖJZ 2007, 901). So gesehen können **Beschuldigte ihre subjektiven Rechte auch ohne deren unmittelbare Verletzung geltend machen, sobald nämlich darauf fußende „Interessen“ unmittelbar, ihre subjektiven Rechte solcherart mittelbar betroffen sind** (vgl auch Tipold § 87 Rz 6ff). Im Hauptverfahren kann der Angeklagte jedenfalls gegen einen Schulterspruch mit Erfolg ein subjektives Recht dieses Inhalts geltend machen (§ 281 Abs 1 Z 10a). Zudem hat

13 Os 41/03, EvBl 2004/35, 146 klargestellt, dass § 209 Abs 3 Angeklagten ein Recht zur Beschwerde zugesteht, das ohne Antrags- und Erledigungsrecht ins Leere ginge. Besteht aber ein Antrags- und Erledigungsrecht, liegt diesem ein subjektives Recht zugrunde (aM *Schroll* in FS Höpfel 301f, der ungeachtet seiner Bewertung der Vorschrift als *lex imperfecta* [*Schroll* in FS Höpfel 292] dem Beschwerdegericht in Erledigung einer nach § 209 Abs 3 erhobenen Beschwerde die Befugnis zu einem „Auftrag“, diversionell vorzugehen und dabei zugestehen will, „in der Begründung klarzustellen, dass eine angemessene, deutlich weniger eingriffsintensive Diversionslösung geboten wäre“; allerdings bedeutet ein solcher Auftrag – in Überschreitung des Beschwerdegegenstands – eine Weisung, die als Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit nach Art 87 Abs 1 B-VG unzulässig [und unwirksam] wäre; grundlegend *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 58 ff; aM auch *Kert/Schroll* § 209 Rz 11/1ff, welche zirkular bei innerhalb der gesetzlichen Grenzen liegenden Angeboten die Möglichkeit von Willkür unterstellen und so den Bezugspunkt – unbestritten zulässiger [s § 292 Rz 7] – Willkürkontrolle verwischen; vgl auch *Schütz* in FS Fuchs 509). Noch etwas bringt 13 Os 41/03 unmissverständlich auf den Punkt: In der Hauptverhandlung besteht kein Recht (mehr) auf abgesonderte Beschwerdeführung. Hier greift allein die Nichtigkeitsbeschwerde. Opfer (und damit Privatbeteiligte) können kein Recht auf Unterbleiben eines Vorgehens nach §§ 198f, §§ 35, 37 SMG geltend machen (zum Ganzen eingehend *Ratz*, ÖJZ 2019, 759).

- 7 Anträge auf ordentliche (§§ 352 ff) und außerordentliche (§ 362) **Wiederaufnahme** sowie **Erneuerung des Strafverfahrens** (§§ 363a ff; zur Bedeutung und zur Kritik an Effektivität und methodischer Ableitung ungemein lesenswert: *Lewisich* in Liber Amicorum Eckart Ratz 59 ff – im Vergleich zur Akzeptanz der Rechtsprechung des VfGH beim Parteienantrag auf Normenkontrolle: 68f) und die **Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes** (§§ 23, 292) sind Rechtsbehelfe, die eine gerichtliche Entscheidung angesichts besonderer Konstellationen korrigieren oder auch unterlaufene Gesetzesverletzungen zur Klarstellung aufzeigen sollen. Hierher gehören auch **Grundrechtsbeschwerden** nach dem GRBG. Deren sachgerechtes Ineinandergreifen ist für das Funktionieren des Gesamtsystems von zentraler Bedeutung, war wesentliches Anliegen der jüngeren Rechtsprechung und darf bei der Beurteilung von Einzelaspekten nicht aus dem Auge geraten (besonders lehrreich *Lewisich* in Liber Amicorum Eckart Ratz 48; vgl auch *Ratz* in FS Höpfel 229; zu einem Ermessenselement bei Subsidiarität von Erneuerungsanträgen iws, welches besonders kundig wahrgenommen werden will, vgl die Hinweise von *Ratz* zu 14 Os 83/18i, EvBl-LS 2019/7, 45 und 15 Os 84/18v, EvBl-LS 2019/95, 567 sowie die klarsichtige Anm von *Kier* zu 17 Os 7/18k, 13/18t, 14/18i, JBL 2019, 257 [der – zu III. – dem OGH allerdings ohne Anlass unterstellt, das Vorbringen im Erneuerungsantrag „wohl“ nur aufgrund der gleichartigen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes inhaltlich erledigt zu haben]; vgl auch Rz 464/1, § 283 Rz 1f, § 292 Rz 1, § 362 Rz 19ff). **Ermessensmissbräuchlich vorhandene subjektive Rechte sind Gegenstand von Erneuerung** (vgl 17 Os 18/17a, EvBl 2018/84, 561 und 11 Os 47/18y, EvBl 2019/6, 38), **sonstiger Ermessensmissbrauch bloß von Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes**, weil für die Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfs verfehlte Rechtsanwendung als solche genügt (vgl § 292 Rz 1ff). Ist kein subjektives Recht vom Ermessensmissbrauch beeinträchtigt, kann auch nicht – darauf bezogen – von einem Rechtsschutzdefizit die Rede

sein (so aber *E. Leitner* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO 2 § 281 Z 10a Rz 4; vgl auch § 281 Rz 659, § 285j Rz 4).

Gegen den Ablauf von Fristen kann unter bestimmten Voraussetzungen die **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** begehrt (§ 364) und gegen ein sog Abwesenheitsurteil **Einspruch** erhoben werden (§§ 427, 478; die Verbindung mit ordentlichen Rechtsmitteln ist dabei vorgesehen). Eine eigene Art von Rechtsbehelf stellen **Fristsetzungs-** (§ 91 GOG) und **Devolutivantrag** nach § 76 Abs 2a dar. 8

Grundrechtsbeschwerde, Fristsetzungsantrag und Erneuerung des Strafverfahrens stellen gemeinsam mit den ordentlichen Rechtsmitteln nach jüngster Rsp des OGH wirksam und **umfassend höchstgerichtlichen Grundrechtsschutz zugunsten des Beschuldigten** (§ 48 Abs 2) durch **Individualbeschwerde** sicher (RIS-Justiz RS0122228, RS0122229, RS0122737, RS0122736, RS0123544; vgl *Ratz*, ÖJZ 2010, 391ff; s aber auch bei § 285j). Welches Grundrecht durch das System der Nichtigkeitsgründe nicht sachgerecht erfasst wird, teilt *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 392f, die das System der Nichtigkeitsgründe – ohne nähere Untersuchung – schlankerhand als „ein relativ enges Korsett“ beurteilt, bei ihrer solcherart bloß obenhin angestellten Gegenbehauptung nicht mit (vgl auch § 281 Rz 724): Anfechtungskategorien und Formvorschriften leisten statt dessen einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zu geordneter Gedankenführung beim Rechtsmittelwerber. Dass relative Nichtigkeitsgründe zu einer weiteren Einschränkung führen, bleibt gleichermaßen ohne Beleg; vgl dazu im Übrigen die von ihr selbst (*Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 410) berichtete Vorgangsweise des B-VerfG, die jedoch im Zusammenhang mit der Relativität von Nichtigkeitsgründen übergeangen wird. Welche Grundrechtswidrigkeit – im Gegensatz zum Rechtsschutz durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts – im Strafverfahren vor dem OGH nicht releviert werden könnte (*Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 395), wird denn auch nicht gesagt. Beim Schutz gegen überlange Verfahrensdauer übersieht sie schließlich (*Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 394f) das Ineinandergreifen von Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung (s § 283 Rz 1, § 290 Rz 28ff). Treffend zum Ganzen hingegen *Lewis* in *Liber Amicorum Eckart Ratz* 52, der betont, dass der Erneuerungsantrag „– bei Parallelverschiebung der EMRK-Beschwerde in das innerstaatliche Recht – alle bestehenden Rechtsschutzlücken in flexibler Weise“ schließe und „dem Einzelnen einen Behelf in die Hand“ gebe, „mit dem sich dieser gegen alle letztinstanzlichen Gerichtsentscheidungen mit der Behauptung einer Konventionsverletzung, einer sonstigen Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten oder auch einer Verletzung in materiell grundrechtsgleichen Rechtsverbürgungen an den OGH zu wenden vermag.“ Zuletzt hat jedoch ein verstärkter Senat die – nach Maßgabe des von 13 Os 135/06m gewählten methodischen Zugangs unproblematische – Zulässigkeit von Erneuerung auch bei Verletzung der EU-GRC und das Schutzniveau von EMRK und deren ZP übersteigender nationaler Grundrechte verneint und damit eine empfindliche Rechtsschutzlücke (im Verhältnis zu dem von VfGH und VwGH garantierten Schutzniveau wieder) eröffnet (s aber auch den Hinweis zu 13 Os 49/16d, EvBl 2019/27, 183).

Rechtsbehelfe, welche sich nicht gegen die Entscheidung eines Gerichts richten, sind **Einspruch wegen Rechtsverletzung** (§§ 106f; vgl dazu § 281 Rz 5), **Anträge auf Einstellung, Überprüfung der Höchstdauer** (§§ 108f) und **Fortführung des Ermittlungsverfahrens** (§§ 195f) sowie **Einspruch gegen die Anklageschrift**

(§§ 212f; vgl dazu § 281 Rz 5). Auch insoweit sieht das Gesetz keine unter der Sanktion der Zurückweisung des Rechtsbehelfs (als unzulässig) stehende Begründungspflicht vor (vgl aber die Bindung an das Vorbringen des Fortführungswertes als Ausdruck von favor defensionis: 11 Os 151/18t, EvBl 2019/77, 520). Vgl E. Fuchs, Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2007, 895. Zur Begründung von Fortführungsanträgen s Nordmeyer § 195 Rz 29.

## **II. Einspruch wegen Rechtsverletzung, Anordnung der Hauptverhandlung, selbständiges Rechtsmittel, Umgehungsverbote nach § 144, Herstellung des rechtmäßigen Zustands und funktionelle Zuständigkeit**

- 8/1** Gerichte entscheiden in der von § 35 bezeichneten Form. Staatsanwaltschaften betreiben das Ermittlungsverfahren durch **Anordnungen**, die sie – auch durch bloßes Erklären ohne Adressaten – „treffen“, „erteilen“ oder „stellen“ (vgl §§ 25a, 98 Abs 1, § 101 Abs 4, § 209a Abs 5, § 358 Abs 2, § 485 Abs 2). Keineswegs handelt die Staatsanwaltschaft demnach nur bei Zwangsmaßnahmen durch deren Anordnung; dort allerdings bestehen Formvorschriften (§ 102 Abs 1 zweiter Satz). Besteht kein **subjektives Recht** auf ein Vorgehen nach § 198 (vgl Rz 6/2), so ist **Einspruch wegen Rechtsverletzung** gegen dessen Verweigerung nicht zulässig. Offen steht der Rechtsbefehl jedoch gegen nachträgliche Fortsetzung (§ 205 Abs 2 und 3) und Fortführung nach § 195 Abs 3 (vgl Nordmeyer § 195 Rz 35). Da § 209a Abs 1 ausdrücklich ein Recht des herangetretenen Täters normiert, ist verweigerter Rücktritt nach § 209a Abs 2 ebenso Gegenstand von Einspruch wegen Rechtsverletzung wie Fortsetzung nach § 209a Abs 3 dritter Satz, wegen mangelhafter Leistung oder aus anderen Gründen unterlassene Einstellung nach § 209a Abs 4, Wiederaufnahme nach § 209a Abs 5 und Fortführung durch die Staatsanwaltschaft nach § 209a Abs 6 (§ 195 Abs 3). Einspruch gegen ein innerhalb der gesetzlichen Grenzen (§§ 200–203) liegendes Angebot scheidet ebenso aus wie gegen den – gesetzlich zwingenden – Zusammenarbeitsauftrag. Beinhaltet dieser konkrete Verhaltensweisen, kommt Einspruch in Frage (vgl Rz 6/2, § 281 Rz 659f).
- 8/2** **Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft und Gerichtskontrolle, wo diese mit imperium auftritt, müssen auseinandergehalten werden.** Das aus Art 83 Abs 2 B-VG abgeleitete Grundrecht auf Schutz und Wahrung gesetzlich begründeter Behördenzuständigkeit gilt auch gegenüber der Staatsanwaltschaft, soweit diese mit dem für eine Behörde im funktionalen Sinn nötigen imperium (vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 549) auftritt, vornehmlich als Leiterin des Ermittlungsverfahrens. Art 90a B-VG definiert **Staatsanwälte** einerseits als **Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit**, andererseits als weisungsgebunden nach Maßgabe einfacher gesetzlicher Regelungen. Seit der grundlegenden Klarstellung durch Walter (Verfassung und Gerichtsbarkeit 35ff) wissen wir aber, dass auch Bedienstete der Geschäftsabteilung, die richterliche Entscheidungen abfertigen, Organe der Gerichtsbarkeit sind, ebenso wie Notare als Gerichtskommissär, Rechtspfleger, Schöffen und Geschworene. Sie alle wirken an der Staatsfunktion „Gerichtsbarkeit“ mit, so wie nach §§ 21f die Oberstaatsanwaltschaft an den Strafverfahren vor den OLG und die Generalprokurator an den Strafverfahren des 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“, 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 *Wiederin* in Erinnerung gerufen hat (JBl 2014, 409 ff), im Verhältnis zu Weisungen, die **Unabhängigkeit der Staatsanwälte stattdessen im Verhältnis zu den ordentlichen Gerichten** (§ 1 zweiter Satz StAG; vgl auch 14 Os 16/19 p, EvBl 2019/102, 688). Staatsanwälte 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 (Bindung an Rechtsverordnungen und Anwendungsvorrang des EU-Rechts sind mitgemeint), die Staatsanwälte gegenüber dem BMJ, der seinerseits der Vertretung des Volkes verantwortlich ist. Denn hier kommen neben dem Gesetz auch Gemeinwohlinteressen ins Spiel (*Wiederin*, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in FS Stolzlechner 741 [754]) die „Interessen des Staates in der Rechtspflege“, wie § 1 StAG sagt. **Dass Staatsanwälte zur Objektivität verpflichtet sind, unterscheidet sie weder von den Gerichten noch von den Verwaltungsbehörden** (die Zweckmäßigkeitskontrolle bei der Vertretung der „staatlichen Interessen in der Rechtspflege“ ist Sache des BMJ). Eine Rolle als Gesetzeswächterin kommt ihr schon mit Blick auf das die gesamte Vollziehung bestimmende Legalitätsprinzip nicht zu – 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 Gesetzlichkeit gesehen. **Staatsanwälte sind weisungsgebundene Organe** der Gerichtsbarkeit, **unterliegen** beim Handeln im Rahmen der Gerichtsbarkeit **aber keiner Kontrolle** durch VwG oder Volksanwaltschaft. Umgekehrt unterliegen Staatsanwälte 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 Staatsanwaltschaft (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). Die zuweilen gehörte Auffassung, dass die Gerichtskontrolle Weisungen entgegenstehe, vermengt „interne Weisungsbindung“ und „externe Rechtssphäre des Betroffenen“, auf der die Verwaltungsgerichtsbarkeit beruht. **Interne Weisungsbindung der Staatsanwaltschaft und gerichtlicher Rechtsschutz stellen keinen Widerspruch dar.** Sonst stünde die Weisungsbindung der gesamten Hoheitsverwaltung angesichts der Rechtskontrolle durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts in Frage (*Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, in GS Walter 819 [mwN]; vgl auch die von VfSlg 19.350 auf der Grundlage von Art 90a B-VG getroffene Klarstellung, dass Staatsanwälte keine Richter sind; zu der vom EGMR verlangten Anwesenheit eines Vertreters der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung s § 281 Rz 167; zum Ganzen mwN *Ratz*, ÖJZ 2018, 953f).

Vor **BEGINN EINES STRAFVERFAHRENS** liegt eine etwaige Klärung, ob ein Anfangsvorwurf vorliegt (§ 91 Abs 2 dritter Satz). Sie ist **unzulässig** (und bedeutet demnach

8/3