

I. Einleitung

Die Reform des Hauptverfahrens steht nun schon seit gut 65 Jahren zur Debatte.¹⁾ Zahlreiche Veranstaltungen, Arbeitsgruppen und Publikationen haben sich damit umfassend auseinandergesetzt.²⁾ Der Reformbedarf war und ist unstrittig, Umfang und Ziel der Reform nicht. Betrachtet man in diesem Zusammenhang die zeitliche Genese der Reform des Ermittlungsverfahrens, so scheinen sich die Bedenken, die einem zwangsläufig in Anbetracht der verstrichenen Zeit kommen, etwas zu relativieren. „Gut Ding braucht eben Weile“ kommt einem in den Sinn. Da inzwischen aber die Reform des Ermittlungsverfahrens, als erste Phase des gesamten Reformvorhabens, vor nunmehr bereits 10 Jahren erfolgte und damit auch die Evaluationsphase längst erledigt wurde, ist die Reform des Hauptverfahrens ein Gebot der Stunde.³⁾ Die Zeit ist längst reif! Dies hat offensichtlich auch die Regierung⁴⁾ erkannt und die Reform des Hauptverfahrens in das Regierungsprogramm 2017–2022 aufgenommen.⁵⁾ Zentrale Punkte sind dabei konkret berücksichtigt worden: 1) im Rahmen der Beweisaufnahme das Recht des Verteidigers auf nicht unterbrochene Fragestellung, 2) der Abbau von Formalhürden, wie zB formalistische Vorgaben für Beweisanträge; strikte Rügepflichten usw, 3) die audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung, 4) die Verpflichtung des bestellten Sachverständigen, zu widerstreitenden Ergebnissen eines Privatsachverständigengutachtens Stellung zu nehmen und die gesetzliche Klarstellung, dass Sachverständige, die als Hilfskraft der Staatsanwaltschaft Befund oder Gutachten erstellt haben, grundsätzlich nicht im Hauptverfahren tätig sein dürfen, 5) die Evaluierung der Ergebnisse der Arbeitsgruppe zur Reform der Geschworenengerichtsbarkeit aus

¹⁾ Im Interesse der besseren Lesbarkeit wird in der Arbeit darauf verzichtet, geschlechtsspezifische Formulierungen zu verwenden. Soweit personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

²⁾ Siehe beispielhaft *Moos*, ÖJZ 2003, 321, 369, *Schick* in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness 14 ff; *Venier* in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Bewährung in der Praxis 13; *Ratz*, ÖJZ 2010/9, 387; *Moring* in *BMfJ* (Hrsg), Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens 79; *Schmoller*, RZ 2011, 188; *Weixelbaum*, AnwBl 2017/3, 180. Der ÖJT hat dieses Thema bereits drei Mal behandelt: *Brandstetter*, 15. ÖJT Band IV/1; *Foregger*, 9. ÖJT Band I/3; *Nowakowski*, 4. ÖJT Band II/1, ebenso hat sich der StrafverteidigerInnentag wiederholt damit beschäftigt, zB *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Realität und Vision (2003); *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness (2005); *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Bewährung in der Praxis (2009); *Soyer/Ruhri/Stuefer* (Hrsg), Strafverteidigung – Die Hauptverhandlung (2015).

³⁾ Siehe den berechtigten Titel des Beitrages von *Weixelbaum* im AnwBl 2017, 180: Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens – Gebot der Stunde oder Ladenhüter.

⁴⁾ 26. Regierungsperiode.

⁵⁾ Abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/regierungsdokumente> (zuletzt abgefragt 15. 2. 2018).

Oktober 2010 auf Basis der Variante A, dh bei Beibehaltung der Geschworenengerichtsbarkeit.

Die vorliegende Publikation möchte diesen neuen Impuls aufgreifen. Dabei ist das Thema der Reform des Hauptverfahrens unerschöpflich. Es reicht von allgemeinen Richtungsfragen zu vielen einzelnen aber zentralen Detailfragen, die sowohl das kollegialgerichtliche als auch das einzelrichterliche Verfahren betreffen. In dieser Arbeit kann nicht auf alle reformbedürftigen Regelungen und Praktiken eingegangen werden. Es erfolgt eine Beschränkung auf das kollegialgerichtliche Verfahren und inhaltlich eine Fokussierung auf die von der Verfasserin als am zentralsten erachteten Reformaspekte. Es werden daher die Zusammensetzung des Schöffengerichts, der Sachverständige und der Privatsachverständige, die Neuordnung des Fragerechts und die Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung bearbeitet. Ebenso findet eine Auseinandersetzung mit der Reform des geschworenengerichtlichen Verfahrens statt. Vorauszuschicken ist in diesem Zusammenhang freilich, dass zu all diesen Themen bereits sehr viel gesagt wurde und die Arbeit keinesfalls in Anspruch nimmt, den Stein des Weisen zu erfinden. Es ist vielmehr auf die zahlreichen hervorragenden Vorarbeiten zu verweisen und auf diesen aufzubauen. In den Bereichen, in denen es sachlich gerechtfertigt erscheint, wird zur Bearbeitung auch die Methodik der Rechtsvergleichung herangezogen, um sowohl die Defizite der österreichischen Rechtsordnung aufzuzeigen als auch – in Anlehnung an ausländische Modelle – Lösungsansätze zu entwerfen. Dabei wurden Rechtsordnungen ausgewählt, die für das betreffende Rechtsgebiet besonders passend erscheinen.

II. Reform der Hauptverhandlung im schöffengerichtlichen Verfahren

A. Besetzung des Gerichts

1. Geltende Rechtslage

Die Besetzung des Schöffengerichts wurde in den letzten Jahren mehreren Änderungen unterzogen, die sich nicht vorteilig ausgewirkt haben, da sie vorrangig nicht auf inhaltlichen, sondern finanziellen Überlegungen basierten: Mit dem Budgetbegleitgesetz 2009⁶⁾ (das Strafprozessreformgesetz 2004⁷⁾ hatte die Besetzung noch unangetastet gelassen) wurde das Schöffengericht von ursprünglich zwei auf einen Berufsrichter unter Beibehaltung der gleichen Anzahl von zwei Schöffen verkleinert. Dies geschah laut ErlRV, um die „knappe richterliche Arbeitskapazität besser nutzen zu können“⁸⁾, also aus rein budgetären Überlegungen, die freilich per se keine inhaltlich überzeugenden Argumente darstellen. Das StPRÄG 2014 kehrte schließlich bei bestimmten, ausgewählten Delikten bzw Deliktsbereichen wieder zur alten Form mit zwei Berufsrichtern

⁶⁾ BGBl I 2009/52.

⁷⁾ BGBl I 2004/19.

⁸⁾ ErlRV 113 BlgNR 24. GP 36.

und zwei Laienrichtern zurück (§ 32 Abs 1 a StPO). „Im Hinblick auf die vorhandenen finanziellen und personellen Ressourcen“ wurde die Zuständigkeit auf Fälle, „die durch ihre hohe Komplexität gekennzeichnet sind“ beschränkt. 2015 erfolgte schließlich die vorläufig letzte Änderung (in § 32 Abs 1 b StPO), die einerseits festlegte, dass ein Besetzungsmangel (wenn also in kleiner statt in großer Besetzung entschieden wurde) nur geltend gemacht werden kann, wenn entweder die StA in der Anklageschrift oder der Angeklagte in der Einspruchsfrist die große Besetzung verlangt hatten. Zudem wurde geregelt, dass, falls ein solches Verlangen gestellt wurde, die große Besetzung unabhängig von der Voraussetzung der bestimmten ausgewählten Delikte zu erfolgen hat.⁹⁾

Diese derzeitige Rechtslage wirft mehrere Probleme auf, die im Folgenden dargestellt werden. Die Begründung für die Rückkehr zur großen Besetzung des Schöffengerichts liegt laut Materialien darin, dass der Vorsitzende gerade in Großverfahren oder sonst rechtlich oder tatsächlich komplexen Verfahren in der Beratungssituation Unterstützung braucht und der Beisitzer insgesamt kontrollierend und fehlervermeidend eingreifen kann.¹⁰⁾ Diese Funktion des Beisitzers haben die Erfahrungen in der Praxis gezeigt. Die Beschränkung der Zuständigkeit des vergrößerten Schöffengerichts auf den in § 32 Abs 1 a StPO genannten Deliktskatalog (versus der Wiedereinführung des großen Spruchkörpers in allen Fällen) erfolgte aus rein budgetären Überlegungen.¹¹⁾ Der Deliktskatalog soll die genannten Großverfahren und sonst komplexen Fälle abbilden. Die Einstufung knüpft dabei an die Art des Delikts bzw die Schadens-, Vorteils- oder Wertbetragshöhe an. Die im Gesetz vorgegebenen Parameter sind jedoch lediglich mögliche Indikatoren für das Vorliegen eines Großverfahrens oder eines rechtlich bzw tatsächlich komplexen Verfahrens, dh sie sind sicher Anhaltspunkte, können aber nicht allen Fällen gerecht werden.¹²⁾ Zudem lässt die Beschränkung der großen Besetzung auf die aufgezählten „komplexen“ Verfahren einen weiteren, wichtigen Gesichtspunkt außer Acht: Die Rechtspraxis hat auch gezeigt, dass die Abschaffung des zweiten Berufsrichters nicht zu einer Stärkung der Laiengerichtsbarkeit, sondern zu einem kontraintuitiven Effekt geführt hat, nämlich zum weiteren Bedeutungsverlust der Laienrichter. Es wird in diesem Zusammenhang zu Recht von der Herabstufung zu einem bloß aufgewerteten¹³⁾ bzw aufgeputzten¹⁴⁾ Einzelrichterverfahren gesprochen und die bedeutende präventive Funktion des Beisitzers hervor-

⁹⁾ § 32 Abs 1 b StPO: Ein Besetzungsmangel nach Abs 1 a kann nur geltend gemacht werden, wenn die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift oder der Angeklagte innerhalb der Einspruchsfrist (§ 213 Abs 2) eine solche Besetzung verlangt hat. Wurde ein solches Verlangen rechtzeitig gestellt, so ist das Landesgericht als Schöffengericht unabhängig von den Voraussetzungen des Abs 1 a mit zwei Richtern und zwei Schöffen zu besetzen.

¹⁰⁾ ErlRV 113 BlgNR 24. GP 36.

¹¹⁾ BGBl I 2009/52.

¹²⁾ Öner, JAP 2015/2016/1, 3.

¹³⁾ Lewisch in FS Fuchs 318.

¹⁴⁾ Pleischl in Soyler/Ruhri/Stuefer 92.

gehoben, die dadurch verloren geht.¹⁵⁾ Die Laienrichter scheinen sich grundsätzlich, unabhängig von der Komplexität des Verfahrens, schwer zu tun, Zweifel an oder Unbehagen mit der Meinung des Vorsitzenden zu äußern und Gegenpositionen dazu zu formulieren. Ein zweiter Richter, der in einer Diskussion mit dem Vorsitzenden steht, der vielleicht sogar eine andere Meinung hat, bietet einen Adressaten und Vermittler für die beiden Laienrichter. Gerade aus diesem Grund kann der rechtskundige Beisitzer nicht nur als Unterstützer des Vorsitzenden, wie es die ErlRV ausdrücken,¹⁶⁾ sondern insb auch als Unterstützer der Laien auftreten. Er kann, soweit er die Zweifel der Laien nachvollzieht, diese dem Vorsitzenden gegenüber artikulieren und ins Rechtliche transformieren.¹⁷⁾ Gerade diese Funktion des Beisitzenden ist nicht auf komplexe Großverfahren beschränkt und sollte daher in allen in die Zuständigkeit der Schöffengerichte fallenden Strafsachen zur Anwendung gelangen. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsmittelmöglichkeiten gegen Urteile von Schöffengerichten – die Schuldberufung steht nicht zur Verfügung – gerade mit Verweis auf die bessere Qualität der kollegialen Rechtsfindung in erster Instanz stark verkürzt sind. Wie aufgezeigt, bietet die kleine Besetzung des Schöffengerichts aber gerade keine ausreichende Gewähr für die Richtigkeit der Sachverhaltsfindung im Urteil.¹⁸⁾

Ein weiteres Argument gegen die „kleine“ Besetzung der Schöffengerichte ist, dass sich gerade aus der Verschiebung bestimmter Deliktsbereiche aus der Zuständigkeit der Geschworenengerichte hin zu den Schöffengerichten, die ebenso durch das Budgetbegleitgesetz 2009 erfolgte,¹⁹⁾ die Notwendigkeit der Vergrößerung des Spruchkörpers der Schöffengerichte ergibt, und nicht der vom Gesetzgeber gewählte Weg der Verkleinerung.

Die Beschränkung der Möglichkeit der Geltendmachung des Besetzungsmangels auf die Fälle, in denen StA oder Angeklagter die große Besetzung (in der Anklagschrift oder innerhalb der Einspruchsfrist) beantragt hatten (§ 32 Abs 1 StPO), stellt ebenso eine nicht überzeugende Beschränkung dieses Anspruchs dar, denn die große Besetzung ist in diesen Fällen, unabhängig vom Antrag der Parteien, gesetzlich vorgegeben.²⁰⁾ Zudem sind die zeitliche Beschränkung des Antrags und die damit einhergehende Begrenzung der Möglichkeit der Geltendmachung zu hinterfragen. Stellt sich erst in der Hauptverhandlung eine Subsumtion der identen Tat unter eine der in Abs 1 a genannten Katalogstraftaten heraus und wird, trotz Verlangens einer der Parteien, dennoch in der kleinen Besetzung weiterverhandelt, so könnte die falsche Besetzung mangels Rechtzeitigkeit des Antrags nicht gem § 281 Abs 1 Z 1 StPO geltend gemacht werden, obwohl das Gericht falsch besetzt war und die Partei den

¹⁵⁾ *Lewisich* in FS Fuchs 318.

¹⁶⁾ ErlRV 113 BlgNR 24. GP 36.

¹⁷⁾ *Lewisich* in FS Fuchs 318.

¹⁸⁾ *Lewisich* in FS Fuchs 318; *Lewisich* in 40. Ottensteiner Fortbildungsseminar 44 f.

¹⁹⁾ BGBl I 2009/52.

²⁰⁾ *Ratz*, ÖJZ 2018/46, 356, hingegen spricht diesbezüglich von einer entschärften Problematik.

Antrag ehestmöglich geltend gemacht hat. Mit der Beschränkung der Rechtzeitigkeit des Antrags auf die Anklageschrift oder die Einspruchsfrist verlangt das Gesetz im geschilderten Fall den Parteien ein Handeln ab, das auf ein zukünftiges Geschehnis abzielt, das den Parteien zu diesem Zeitpunkt noch völlig unbekannt ist. Wie *Stricker* zutreffend ausführt, „müssten die StA oder der Angeklagte daher die richtige Besetzung verlangen, um Mängel, von denen sie noch keine Kenntnis haben können, weil sie erst später auftreten, zu bekämpfen. Damit müsste das Rechtsmittel der Besetzungsrüge bereits vor Rechtswirksamkeit der Anklage(!) vorbereitet werden.“²¹⁾ Mit dieser Vorgabe werden die Pflichten des Rechtsmittelwerbers deutlich überspannt.²²⁾ Stellt sich in der Hauptverhandlung die Begehung einer weiteren (also nicht identen) Tat heraus, die unter die in Abs 1 a genannten Delikte fällt und damit die große Besetzung erfordert, so sind im Gesetzestext auch für diesen Fall keine Sonderregelungen ausdrücklich vorgegeben. Laut ErlRV verstehe es sich aber von selbst, dass im Fall eines neuen Prozessgegenstandes (§ 263 StPO) die Besetzungsfrage unabhängig von diesen Voraussetzungen zu beurteilen sei.²³⁾ Hier kann in der nach § 281 Abs 1 Z 1 StPO erforderlichen Rüge das Auslangen gefunden werden. Laut *Ratz* hat diesfalls der StA mit dem Antrag auf Anklageausdehnung den Antrag auf große Besetzung zu stellen, der Angeklagte hat den Antrag (hingegen) innerhalb von 14 Tagen ab Kenntniserlangung – also ab dem Zeitpunkt der Anklageausdehnung – zu stellen.²⁴⁾ Eine gesetzliche Klarstellung wäre von Vorteil. Insgesamt zeigt sich, dass die zeitliche Beschränkung des Antrags zu einer nicht sachgerechten Beschränkung der Geltendmachung der fehlerhaften Besetzung führt, die aufgehoben werden sollte. § 281 Abs 1 Z 1 StPO verpflichtet den Rechtsmittelwerber bereits dazu, den Fehler ehestmöglich zu rügen.

Daneben stellt sich zur Geltendmachung des Besetzungsmangels noch eine weitere Frage: Laut § 32 Abs 1 b StPO kann der Besetzungsmangel nach *Abs 1 a* nur geltend gemacht werden, wenn die Parteien die große Besetzung beantragt haben. Wenn das Verlangen rechtzeitig gestellt wurde, hat die große Besetzung aber *unabhängig von den Voraussetzungen des Abs 1 a* zu erfolgen. Dies bedeutet, dass bei Vorliegen eines Antrags auf große Besetzung aber Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Abs 1 a dennoch in großer Besetzung verhandelt werden muss.²⁵⁾ Nun stellt sich die Frage, ob dies auch zur Konsequenz hat, dass eine nicht dem Antrag entsprechende kleine Besetzung als Besetzungsmangel gem § 281 Abs 1 Z 1 StPO geltend gemacht werden kann. Der Wortlaut ist insofern nicht eindeutig, als gem § 32 Abs 1 b StPO „ein Besetzungsmangel nach *Abs 1 a*“ nur geltend gemacht werden kann, wenn er recht-

²¹⁾ *Stricker*, ÖJZ 2017/145, 1064; aM *Ratz*, ÖJZ 2018/46, 356, der darin offenbar keine Defizite ortet, da keine Probleme der Art 83 Abs 2, Art 91 Abs 2 B-VG auftreten und auch Art 6 Abs 3 lit a und b EMRK nicht greifen.

²²⁾ *Stricker*, ÖJZ 2017/145, 1064.

²³⁾ ErlRV 689 BlgNR 24. GP 50.

²⁴⁾ *Ratz*, ÖJZ 2018/46, 356; *Stricker*, ÖJZ 2017/145, 1064.

²⁵⁾ *Ratz*, ÖJZ 2018/46, 356; *Bertel/Venier* StPO¹¹ Rz 83.