

1. Kapitel: Das Strafverfahren und seine Grundsätze

1. Das Strafverfahren

A. Strafverfahren und Verwaltungsstrafverfahren. Die StPO gilt **1** für die Aufklärung und Sanktionierung von Taten, deren Aburteilung den Gerichten zusteht (§ 1 Abs 1). Für die Aufklärung und Bestrafung von Straftaten, deren Verfolgung Verwaltungsbehörden überlassen ist (zB Falschparken, Schnellfahren), gelten die Verwaltungsverfahrensgesetze. Diese Zweigleisigkeit führt zu Problemen mit der EMRK, wenn der Beschuldigte wegen derselben Tat in einem Straf- und in einem Verwaltungsstrafverfahren verfolgt wird (s Rz 70).

B. Der Ablauf des Verfahrens. Das Strafverfahren besteht aus dem **2** Ermittlungsverfahren, dem Haupt- und dem Rechtsmittelverfahren. Im Fall einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe schließt daran der Strafvollzug nach dem StVG an. Das Ermittlungsverfahren (§§ 91 – 209 b) ist einheitlich geregelt; Haupt- und Rechtsmittelverfahren unterscheiden sich hingegen wesentlich, je nachdem ob die Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht, dem Geschworenengericht, dem BG oder dem ER des LG stattfindet.

Als Normalfall regelt die StPO das Hauptverfahren vor dem „klein besetzten Schöffengericht“ (§ 32 Abs 1, 1 a, §§ 210 – 279); es besteht aus dem Vorsitzenden und zwei Laien als Schöffen.

Das JGG enthält zahlreiche prozessuale Sonderbestimmungen.

C. Das Ermittlungsverfahren beginnt, wenn die Kriminalpolizei **3** oder der Staatsanwalt zur Aufklärung eines „Anfangsverdachts“ ermittelt (§ 1 Abs 2, 3; Rz 9). Der Staatsanwalt leitet an sich das Ermittlungsverfahren (§ 101 Abs 1). Er erfährt aber oft erst durch Berichte der Kriminalpolizei vom Verfahren (§ 100 Abs 2, 3, 3 a). Diese muss dem Staatsanwalt ua berichten, wenn sie Zwangsmittel für notwendig hält (§ 100 Abs 2 Z 2), die der Staatsanwalt anordnen, vielleicht auch das Gericht bewilligen muss (§ 105 Abs 1) – zB eine Hausdurchsuchung oder Festnahme – oder wenn sie einem Beweisantrag des Beschuldigten nicht entsprechen will (§ 55 Abs 4).

4 Wenn die Kriminalpolizei ihre Ermittlungen für abgeschlossen hält, erstattet sie dem Staatsanwalt einen Abschlussbericht (§ 100 Abs 2 Z 4). Der Staatsanwalt kann weitere Ermittlungen durch die Kriminalpolizei anordnen (§ 101 Abs 4); er kann das Ermittlungsverfahren einstellen, wenn die Tat nicht strafbar ist oder kein tatsächlicher Grund zur weiteren Verfolgung des Beschuldigten besteht (§ 190); er kann dem Beschuldigten eine diversionelle Maßnahme vorschlagen (§ 198), zB eine Geldbuße zu bezahlen, und, wenn der Beschuldigte sie bezahlt hat, von der Verfolgung zurücktreten (§ 200 Abs 5). Sonst erhebt der Staatsanwalt Anklage (§ 210). Damit beginnt das Hauptverfahren, in dem der Staatsanwalt nicht mehr Leiter des Verfahrens ist, sondern nur mehr Partei.

5 **D. Das Hauptverfahren.** Die Anklage wird im schöffengerichtlichen Verfahren mit einer Anklageschrift erhoben (§ 211). Der Beschuldigte kann dagegen Einspruch erheben, zB weil die ihm zur Last gelegte Tat nicht strafbar oder das Gericht nicht zuständig sei (§ 212 Z 1, 3, 5, 6). Über den Einspruch entscheidet das OLG (§ 213 Abs 6). Wenn der Beschuldigte keinen Einspruch erhebt oder das OLG ihn abweist, stellt das Gericht fest, die Anklage sei rechtswirksam (§ 213 Abs 4, § 215 Abs 6); damit ist der Weg frei zur Hauptverhandlung.

6 Der Vorsitzende kann vor deren Beginn ergänzende Ermittlungen durch die Kriminalpolizei durchführen lassen (§ 210 Abs 3); er bestimmt den Verhandlungstermin und lässt die Personen laden, deren Anwesenheit in der Hauptverhandlung notwendig ist (§ 221 Abs 1, 2).

7 Die **Hauptverhandlung** findet vor einem Schöffensenat statt (§ 32 Abs 1, 1 a; Rz 2). Sie ist öffentlich (§ 228). Der Angeklagte muss in der Verhandlung einen Verteidiger haben (§ 61 Abs 1 Z 4) und zu allen wesentlichen Fragen und Beweisergebnissen gehört werden (§ 6 Abs 2). Er darf bei der Vernehmung zur Sache eine zusammenhängende Darstellung des Geschehens geben (§ 164 Abs 3, § 245 Abs 1), er muss nach jeder Beweisaufnahme aufgefordert werden, dazu Stellung zu nehmen (§ 248 Abs 3), und darf jedem, der in der Hauptverhandlung vernommen wird, Fragen stellen (§ 249 Abs 1).

Der Angeklagte hat ein Beweisantragsrecht (§ 55), er kann zB die Vernehmung weiterer Zeugen oder die Verlesung von Urkunden beantragen. Das Gericht muss Zeugen in der Hauptverhandlung vernehmen und darf Vernehmungen nicht durch die Verlesung von Protokollen aus dem Ermittlungsverfahren ersetzen (Grundsatz der Unmittelbarkeit; § 13 Abs 3; Rz 54): Das Gericht muss nachprüfen, ob der Zeuge wirklich sagt, was im Protokoll steht, und der Angeklagte kann sein Fragerecht nur ausüben, wenn der Zeuge in seiner Gegenwart vernommen wird. Der Angeklagte hat ein Recht auf ein Schlusswort (§ 255). Bei der Urteilsfällung darf das Gericht nur Beweise berücksichtigen, die in der Hauptverhandlung aufgenommen wurden (Grundsatz der Mündlichkeit; § 12 Abs 2;

Rz 50). Nur zu dem, was in der Hauptverhandlung vorkommt, wird der Beschuldigte gehört.

E. Das Rechtsmittelverfahren. Mit der Nichtigkeitsbeschwerde können die Parteien Nichtigkeitsgründe geltend machen (§ 281 Abs 1). Sie bestehen in Verfahrensfehlern (§ 281 Abs 1 Z 1–4; Rz 360 ff), in der mangelhaften Feststellung und Begründung entscheidender Tatsachen (§ 281 Abs 1 Z 5 bzw Z 9; Rz 367 ff), in deren unrichtigen rechtlichen Beurteilung (§ 281 Abs 1 Z 9, 10; Rz 377) oder in gewissen Fehlern bei der Strafzumessung (§ 281 Abs 1 Z 11; Rz 379). In der Berufung können die Parteien Fehler geltend machen, die dem Gericht bei der Strafzumessung oder bei der Gewährung oder Nichtgewährung der bedingten Strafnachsicht unterlaufen sind (§ 283 Abs 1; Rz 390). Die Beweiswürdigung selbst ist der Anfechtung entzogen (Rz 375). 8

2. Der Beginn des Strafverfahrens

A. Der Anfangsverdacht. Strafverfahren werden nicht mit einem Formalakt eingeleitet, sie beginnen, sobald die Kriminalpolizei oder der Staatsanwalt zur Aufklärung eines Anfangsverdachts ermittelt (§ 1 Abs 2). Für den Anfangsverdacht genügen „bestimmte Anhaltspunkte“, die „annehmen“ lassen, „dass eine Straftat begangen worden ist“ (§ 1 Abs 3): Die Anhaltspunkte sind Tatsachen, die einen unbefangenen, rechtskundigen und lebenserfahrenen Menschen veranlassen, eine Straftat für möglich zu halten. Allerdings muss die mögliche Straftat weder wahrscheinlich, noch der Anfangsverdacht dringend, noch ein Verdächtiger bekannt sein (Rz 119). 9

Zur Klärung, ob überhaupt ein Anfangsverdacht vorliegt, dürfen allgemein zugängliche oder behördeninterne Informationsquellen genutzt sowie Erkundigungen vorgenommen werden (§ 91 Abs 2). Behördenintern sind Informationsquellen, die die Kriminalpolizei oder der Staatsanwalt ohne Inanspruchnahme Dritter nutzen kann (12 Os 92/21 b; verstärkter Senat). Amtshilfeersuchen gehören daher nicht zu den Befugnissen für diese Klärung, sondern setzen einen Anfangsverdacht voraus. Leichenbeschau und Obduktion können unabhängig von einem Anfangsverdacht vorgenommen werden.

B. Gesetzmäßigkeit. Jedes Verfahren, in dem der (Anfangs-)Verdacht einer Straftat aufgeklärt und Verdächtige verfolgt werden, ist ein Strafverfahren (§ 1 Abs 1). **Alle Bemühungen der Polizei oder des Staatsanwalts, einen Verdacht aufzuklären, müssen der StPO entsprechen.** Wenn die Polizei zweifelt, ob eine Anzeige für einen Anfangsverdacht reicht, muss sie dem Staatsanwalt berichten (§ 100 Abs 3 a) und dessen Entscheidung abwarten. 10

3. Amtswegigkeit

- 11** Kriminalpolizei und Staatsanwalt haben – nach den Regeln der StPO – für die Aufklärung jedes Anfangsverdachts (§ 1 Abs 3; Rz 9) zu sorgen, der ihnen in amtlicher Eigenschaft bekannt wird (§ 2 Abs 1). Von dieser **Verfolgungspflicht** („Legalitätsgrundsatz“) gibt es Ausnahmen: Der Staatsanwalt kann das Ermittlungsverfahren wegen geringfügiger Taten (§ 191 Abs 1) oder wegen einzelner von mehreren Taten eines Beschuldigten einstellen, wenn das auf Strafen und Maßnahmen keinen wesentlichen Einfluss haben oder der anzuwendende Strafsatz gleich bleiben wird (§ 192 Abs 1 Z 1, 1 a; Rz 286 f). Es ist aber nicht zulässig, von der Verfolgung einer Straftat einfach deshalb abzusehen, weil der zur Aufklärung nötige Aufwand außer Verhältnis zur Bedeutung der Tat steht.
- 12** Wenn der Beschuldigte eines **Ermächtigungsdeliktes** (s zB §§ 108 Abs 2, 109 Abs 2, 117 Abs 1–3, 118 a Abs 3, 120 Abs 3, 120 a Abs 3, 121 Abs 6, 122 Abs 5, 123 Abs 2, 141 Abs 2, 149 Abs 4, 218 Abs 3 StGB; §§ 11, 12 UWG) verdächtig ist, muss die Kriminalpolizei oder der Staatsanwalt beim Berechtigten um die Ermächtigung anfragen (§ 92 Abs 1). Diese muss sich auf eine bestimmte Tat und eine bestimmte Person beziehen (§ 92 Abs 2); die Anzeige ist noch keine Ermächtigung (11 Os 172/10 v), wohl aber der Anschluss als Privatbeteiligter. Wenn der Berechtigte die Ermächtigung verweigert oder auf die Anfrage 14 Tage nicht reagiert, muss das Verfahren eingestellt werden (§ 92 Abs 1).

Mit **Privatanklagedelikten**, dh Delikten, die nur „auf Verlangen“ verfolgt werden (zB §§ 110 Abs 3, 117 Abs 1 1. Satz, 118 Abs 4, 152 Abs 2, 166 Abs 3 StGB; § 91 UrhG), befassen sich Kriminalpolizei und Staatsanwalt nicht (§ 2 Abs 1), daher ist eine entsprechende „Anzeige“ sinnlos. Das Opfer muss selbst die Anklage erheben, ein Ermittlungsverfahren gibt es idR nicht (Rz 157 f); nur wenn eine Straftat nach den §§ 111, 113, 115 StGB (Delikte gegen die Ehre) im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems begangen wurde (Internet), kann das Opfer zur Ausforschung des Täters bei Gericht eine Auskunft über Stamm- und Zugangsdaten (§ 135 Abs 1 a) oder über Daten einer Nachrichtenübermittlung (§ 135 Abs 2 Z 2) beantragen (§ 71 Abs 1; Rz 252).

4. Objektivität und Wahrheitserforschung

- 13** **A. Amtswegige Wahrheitserforschung** („materielle Wahrheit“). Kriminalpolizei und Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren und das Gericht im Hauptverfahren sind verpflichtet, von sich aus alle Ermittlungen anzustellen, die zur Wahrheitsfindung nötig sind (§ 3 Abs 1, § 2 Abs 2). Sie müssen, um das Risiko eines Fehlurteils gering zu halten, schulder-

heblichen Umständen nachgehen, auch wenn der Beschuldigte und der Verteidiger dazu nichts „vorbringen“. Ermittlungen, die bei richtiger rechtlicher Beurteilung für die Aufklärung der Tat bedeutsam sein könnten, müssen sie anstellen, auch wenn die Parteien keine Beweisanträge stellen oder sie mit unrichtigen Argumenten begründen (12 Os 111/14m).

Geständnisse müssen Kriminalpolizei, Staatsanwalt und Gericht, soweit wie möglich, durch andere Ermittlungen überprüfen. Anerkenntnisse und Vergleiche gibt es nicht: Auch wenn sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung für „schuldig“ bekennt (§ 245 Abs 1) oder wenn Staatsanwalt und Verteidiger über den Ausgang des Verfahrens einig sind (11 Os 77/04), muss das Gericht ein Beweisverfahren durchführen und das Urteil aus den Ergebnissen der Hauptverhandlung begründen.

Wenn der Staatsanwalt oder das Gericht Beweisanträge des Beschuldigten ablehnt, muss der Staatsanwalt seine Ablehnung (§ 55 Abs 4) aus dem gesamten Akteninhalt und das Gericht seinen Beschluss aus den gesamten Verhandlungsergebnissen (§ 12 Abs 2; Rz 50, 317) begründen.

Wenn der Verurteilte eine Wiederaufnahme beantragt und neue Beweismittel beibringt (Rz 472), muss das Gericht, wenn nötig, von Amts wegen weitere Beweise aufnehmen lassen, um zu beurteilen, ob die neu beigebrachten und die früher aufgenommenen Beweise „geeignet“ sind, einen Freispruch oder eine Verurteilung nach einem mildereren Strafgesetz zu begründen (§ 353 Z 2; 14 Os 83/02).

B. Die Pflicht zur Unparteilichkeit. Kriminalpolizei, Staatsanwalt und Gericht müssen belastenden und entlastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt nachgehen (§ 3 Abs 2), belastenden und entlastenden Beweisergebnissen gegenüber gleich aufgeschlossen sein. 14

Unparteilich bleiben kann sehr schwer sein: Im **Ermittlungsverfahren** muss sich der Kriminalbeamte schon bald eine vorläufige Meinung bilden, wer der Täter sein und was er getan haben könnte. Von diesem Augenblick an können die Ermittlungen einseitig werden. Der Beamte unterlässt es vielleicht, entlastenden Umständen nachzugehen, weil sie nach seinen Erwartungen gar nicht vorhanden sind. Er protokolliert von einer Aussage vielleicht nur, was seinen Erwartungen entspricht, und lässt anderes als vermeintlich unerheblich weg; oder er missversteht eine Aussage, die in Wahrheit unbestimmt ist, im Sinn seiner Erwartungen und protokolliert sie so – alles in gutem Glauben. Vielleicht drängt er den Beschuldigten, einen Umstand zuzugeben, ohne ihn wissen zu lassen, was er bedeutet, sodass der Beschuldigte schließlich bejaht, was er in Wahrheit nicht weiß. Was bei einem Augenschein, zB der Besichtigung des Tatorts, versäumt wurde, kann oft nicht mehr nachgeholt werden.

- 15** Im **Hauptverfahren** besteht die Gefahr, dass sich der Richter beim Studium des Aktes von den Ermittlungsergebnissen der Polizei – die in Wahrheit falsch und unvollständig sein können – allzu sehr beeindruckt lässt, in der Hauptverhandlung vom Beschuldigten und von Zeugen nur eine Bestätigung dessen hören will, was sie schon vor der Kriminalpolizei gesagt haben, von der Nutzlosigkeit weiterer Beweisaufnahmen überzeugt ist, sich von seiner „vorläufigen“ Meinung nicht mehr abbringen lässt. Viele Anwälte sagen, der Angeklagte sei zu Beginn der Verhandlung schon so gut wie verurteilt.
- 16** Um diesen Gefahren entgegenzuwirken, darf der Staatsanwalt Anklage nur erheben, wenn alle Belastungs- und Entlastungsbeweise aufgenommen sind (§ 210 Abs 1; Rz 20, 301). Nur mit einem ausgewogenen Akt kann sich der Richter seriös auf die Verhandlung vorbereiten. Für das Hauptverfahren führt die StPO den Anklage- (§ 4 Abs 2; Rz 17 ff) und für die Hauptverhandlung den Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 13 Abs 3; Rz 53 f) ein. Vor allem gewährt sie dem Beschuldigten Rechte, zB Beweis-anträge (§ 55; Rz 126 ff) und Fragen (§ 165 Abs 2, § 249 Abs 1; Rz 125) zu stellen und rechtlich gehört zu werden (§ 6 Abs 2; Rz 29 ff). Durch ihre Ausübung kann sich der Beschuldigte gegen einseitige Ermittlungen wehren und eine gründliche Beweisaufnahme erzwingen.

5. Anklagegrundsatz

- 17** Ältere Verfahrensrechte überließen es dem Gericht, das Strafverfahren zu beginnen, den Fall aufzuklären und über die Ergebnisse der Ermittlungen zu entscheiden („Inquisitionsprozess“). Das gefährdet, wie man heute weiß, die Unbefangenheit und Unparteilichkeit der Richter. Wer sich bemüht hat, einen Verdächtigen zu finden und ihn zu überführen, neigt dazu, an seiner Meinung festzuhalten (Rz 14 f); er wird sich und anderen Fehler und Irrtümer nicht gern eingestehen. Auch soll sich der Beschuldigte gegen den Vorwurf, der im Strafverfahren gegen ihn erhoben wird, wehren können, ohne das Gericht kritisieren zu müssen. Der Anklagegrundsatz trennt im Hauptverfahren die Funktionen, einen Vorwurf zu erheben und darüber zu entscheiden (§ 4).
- 18** **A. Das Hauptverfahren** setzt eine rechtswirksame Anklage voraus (§ 4 Abs 2), die einem bestimmten Angeklagten eine bestimmte Tat zur Last legt (§ 211 Abs 1 Z 1, 2). Das Gericht darf die Anklage nicht überschreiten (§§ 4 Abs 3, 267), dh es darf sich nur mit dieser Tat dieses Angeklagten befassen. In der rechtlichen Beurteilung dieser Tat hingegen darf das Gericht von der Anklage abweichen (§§ 4 Abs 3, 262; Rz 336 f).
- 19** Die Anklageschrift muss „die näheren Umstände der Begehung“ angeben (§ 211 Abs 1 Z 2; Rz 302), dh jene Umstände, die der Staatsanwalt für schulderhebelich hält (**Konkretisierung**). Der **Angeklagte soll nicht**

nur erfahren, welche Tat, sondern auch welches Verhalten ihm vorgeworfen wird. Zur Angabe auch der Verdachtsgründe s Rz 36, 302.

Der Staatsanwalt darf Anklage nur erheben, wenn der Sachverhalt „ausreichend geklärt“ ist (§ 210 Abs 1), dh wenn alle Erkenntnisquellen, die vernünftigerweise in Betracht kommen, ausgeschöpft sind. Und er darf Anklage nur erheben, wenn „eine Verurteilung nahe liegt“, dh wenn die vorliegenden Ermittlungsergebnisse einem lebenserfahrenen, verantwortungsbewussten Menschen genügen, den Angeklagten für den Täter und alle schulderheblichen Umstände für erwiesen zu halten (§ 210 Abs 1; Rz 301). Anklagen, „um die Entscheidung dem Gericht zu überlassen“ oder weil „der Angeklagte der Täter sein könnte“, sind unzulässig. Jemand soll nur verurteilt werden, wenn **Staatsanwalt und Gericht** von seiner Schuld überzeugt sind.

20

Der Staatsanwalt hat als „Organ der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ (Art 90 a B-VG; § 3 Abs 2 StAG) eine „**negative Rechtsprechungskompetenz**“: Er kann niemanden verurteilen; aber wenn er die Ermittlungsergebnisse nicht für ausreichend hält, den Beschuldigten zu überführen, stellt er das Ermittlungsverfahren ein (§ 190).

Wenn der Staatsanwalt außerhalb der Hauptverhandlung von der Anklage zurücktritt, ist das Verfahren beendet (11 Os 2/15 a); wenn er in der Hauptverhandlung zurücktritt, wird der Angeklagte in diesem Fall freigesprochen (§ 259 Z 2). Zur Möglichkeit der Subsidiaranklage eines Privatbeteiligten s Rz 159 (§ 72 Abs 2 und 3).

B. Im Ermittlungsverfahren gibt es keine Anklage. Wenn die Kriminalpolizei von einem Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3; Rz 9) erfährt, klärt sie ihn von Amts wegen auf (§ 2 Abs 1, § 99 Abs 1). Sie „entscheidet“, wer als Verdächtiger in Frage kommt, und sucht ihn zu überführen.

21

Immerhin leitet der Staatsanwalt das Ermittlungsverfahren (§ 101 Abs 1). Auf Grund der Berichte, die ihm die Kriminalpolizei erstattet (§ 100 Abs 2), oder auf Grund von Beweisanträgen des Beschuldigten (§ 55) kann er ergänzende Ermittlungen durch die Kriminalpolizei anordnen (§ 101 Abs 4). Wenn die Tat nicht strafbar ist oder kein tatsächlicher Grund zur weiteren Verfolgung des Beschuldigten besteht, stellt er das Verfahren ein (§ 190); dann muss die Kriminalpolizei ihre Ermittlungen beenden (§ 193 Abs 1).

22

6. Gesetz- und Verhältnismäßigkeit

A. Gesetzmäßigkeit. Kriminalpolizei, Staatsanwalt und Gericht sind (nur) zu den Tätigkeiten befugt, soweit diese im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind (§ 5 Abs 1). Das gilt auch für Beweisaufnahmen und daher auch für Erkundigungen (§ 151 Z 1; Rz 192 f). Eingriffe in Rechte Be-

23

schuldiger oder sonst Betroffener dürfen nicht auf Basis einer Analogie vorgenommen werden (Analogieverbot in *malam partem*).

- 24 B. Erforderlichkeit.** Kriminalpolizei, Staatsanwalt und Gericht dürfen in Rechte von Personen darüber hinaus nur eingreifen, wenn und soweit dies „zur Aufgabenerfüllung erforderlich“, also nötig, ist (§ 5 Abs 1 Satz 1).

Der Vorsitzende lässt den Angeklagten zur Prüfung seiner Verhandlungsfähigkeit einem Sachverständigen vorführen; der Angeklagte hat schon erklärt, er werde an der Untersuchung nicht mitwirken; so hat die Vorführung keinen Sinn und ist darum nicht erforderlich (14 Os 48/12h). Vor drei Wochen hat die Polizei den Beschuldigten zum Tatwurf vernommen; jetzt ordnet das BG die Sicherstellung seines Computers an; Daten, die ihn belasten, konnte er längst beseitigen; erforderlich ist die Sicherstellung nur, wenn es Hinweise gibt, solche Daten seien noch vorhanden (aM 11 Os 22/10k).

- 25** Verteidigungsrechte des Beschuldigten können vielfach eingeschränkt werden: So können zB die Akteneinsicht beschränkt (§ 51 Abs 2; Rz 123) und Fragen an Mitbeschuldigte, Zeugen und Sachverständige zurückgewiesen (§ 249 Abs 2; Rz 125, 203, 320) werden; solche Beschränkungen sind nach § 5 Abs 1 aber nur zulässig, wenn und soweit sie notwendig sind, um bestimmte Gefahren abzuwenden.

- 26 C. Verhältnismäßigkeit.** Wenn es schon erforderlich ist, dass Kriminalpolizei, Staatsanwalt und Gericht in Rechte von Personen eingreifen, muss der dadurch bewirkte Schaden in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht der Straftat, zum Grad des Verdachts und zum angestrebten Erfolg stehen (§ 5 Abs 1 Satz 2). § 5 Abs 2 führt diesen Grundsatz weiter aus: Kriminalpolizei, Staatsanwalt und Gericht müssen so vorgehen, dass **möglichst wenig Schaden** entsteht. Dieser Gedanke kommt auch in anderen Bestimmungen der StPO zum Ausdruck, zB in § 93 Abs 1 für die Anwendung von Zwang und in § 121 Abs 3 für Durchsuchungen (Rz 114, 176); s auch Rz 79.

- 27** Ein anonymes Anrufer teilt der Polizei mit, in einer Wohnung befänden sich mindestens 10g Heroin und „Speed“, die Bewohner lebten vom Drogenhandel; eine Hausdurchsuchung ist dem Gewicht des Verdachts, der sich aus der bloßen Behauptung eines unbekanntes Anrufers ergibt, nicht angemessen, auch wenn die Bewohner nach dem SMG vorbestraft sind (aM 14 Os 46/09k).

- 28 D. Das Lockspitzelverbot.** Dass die Kriminalpolizei den Verdächtigen durch Mittelsleute zu einer Tat, zB Suchtgifthandel (§ 28 a SMG), verleitet und dann bei deren Ausführung festnimmt, kann dem Grundsatz eines fairen Verfahrens widersprechen (§ 5 Abs 3). Das ist der Fall, wenn der Beschuldigte nicht einschlägig vorbestraft ist, keine Anzeichen für ei-

ne einschlägige kriminelle Tätigkeit vorliegen und Mittelsleute der Polizei ihm wiederholt Angebote machen, ihn unter Druck setzen oder trotz anfänglicher Weigerung zur Tat überreden (14 Os 38/17 w, 12 Os 5/16 a, 15 Os 89/15 z). Wenn solche Umstände vorliegen oder nicht auszuschließen sind, muss das Verfahren eingestellt werden (§ 133 Abs 5); den hereingelegten Täter durch eine Strafmilderung zu „entschädigen“, genügt nicht (1058 BlgNR 25. GP 7; vgl EGMR 54648/09, Furcht gegen Deutschland). Zum Grundsatz in dubio pro reo s Rz 41; zum Scheingeschäft des § 132 s Rz 246.

§ 5 Abs 3 verbietet weiter, Verdächtige durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verleiten. Daher ist es zB unzulässig, den Festgenommenen in eine Zelle zu einem vermeintlichen Mitgefangenen, in Wahrheit einem Polizeibeamten, zu stecken, der sich als mitfühlender Zuhörer für seine Sorgen anbietet.

7. Rechtliches Gehör

A. Der Beschuldigte hat das Recht, am gesamten Verfahren mitzuwirken (§ 6 Abs 1): Er oder der Verteidiger an seiner Stelle kann die Akten einsehen (§ 51 Abs 1, § 57 Abs 2; Rz 123), er kann Anträge (Rz 316), zB Beweisanträge (§ 55 Abs 1; Rz 126 ff) stellen, kann Mitbeschuldigte, Zeugen und Sachverständige befragen (§§ 165, 249; Rz 125) und muss in der Hauptverhandlung rechtlich gehört werden (Rz 31, 320). Der Beschuldigte kann zur Hauptverhandlung vorgeführt werden (§ 427 Abs 2); in gewissen Fällen darf sie in seiner Abwesenheit gar nicht stattfinden (§ 427 Abs 1; Rz 313, 427). **29**

B. Am Verfahren beteiligt sind Personen, denen die StPO subjektive Rechte gewährt, zB Beschuldigte, Verdächtige, Opfer, Zeugen (Rz 102, 118 f, 176); **Personen, die von Zwangsmitteln betroffen sind**, sind zB der Inhaber der zu durchsuchenden Wohnung (Rz 118); sie alle haben das Recht auf angemessenes rechtliches Gehör, auf Information über Anlass und Zweck der sie betreffenden Verfahrenshandlung und über ihre wesentlichen Rechte (§ 6 Abs 2). **30**

C. Das Recht auf angemessenes rechtliches Gehör. Wenn das Gericht über schriftliche Anträge einer Seite in nicht-öffentlicher Sitzung entscheidet, muss es idR eine **Stellungnahme auch der anderen Seite** einholen. Wenn das Opfer zB beantragt, das vom Staatsanwalt eingestellte Ermittlungsverfahren fortzuführen (§ 195), muss das Gericht nach § 6 Abs 2 den Antrag dem Beschuldigten zustellen, damit er sich dazu äußern kann (Rz 292; 13 Os 69/14 t; vgl auch Rz 349). Personen, die von Zwangsmitteln betroffen sind, können ihre Einwände freilich oft erst hinterher in einer Beschwerde gegen den gerichtlichen Beschluss auf Bewilligung des Zwangsmittels (§ 87) geltend machen. **31**

Der Gewährung rechtlichen Gehörs dienen auch **Verhandlungen**, die Haftverhandlung (§ 176), die Hauptverhandlung und der Gerichtstag im Rechtsmittelverfahren. Die beteiligte oder betroffene Person muss dort, soweit es um ihre Rechte geht, auf alle rechtlich erheblichen Umstände hingewiesen werden. Bei der Entscheidung darf das Gericht nur die Beweise berücksichtigen, die in der Verhandlung aufgenommen oder besprochen wurden (§ 12 Abs 2; Rz 50, 279, 321, 394). Wenn das Gericht einen Antrag ablehnt, müssen dem Antragsteller die Gründe dafür mitgeteilt werden, damit er darauf mit weiteren Anträgen reagieren kann (Rz 315, 394).

Wenn Polizei oder Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren (§ 50 Abs 1) oder das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung eine andere rechtliche Beurteilung in Aussicht nimmt (§ 262) – zB Beurteilung der Tat nicht als Untreue, sondern als Betrug (11 Os 65/08f) –, oder daran denkt, die Strafbarkeit des Beschuldigten auf ein anderes Verhalten zu stützen – er hat die fremde Sache wohl nicht weggenommen, sondern einen anderen zur Wegnahme bestimmt (11 Os 56/10k) –, müssen sie den Beschuldigten darauf aufmerksam machen (§ 6 Abs 2, § 262; Rz 337, 363; **Überraschungsverbot**). Nur dann kann der Beschuldigte zu der in Aussicht genommenen rechtlichen Beurteilung und zu allen erheblichen Tatsachen Stellung nehmen und Beweisanträge stellen.

Das Recht auf rechtliches Gehör schließt auch das Recht auf eine Entscheidung ein, in der sich das Gericht in den **Entscheidungsgründen** mit den Argumenten der beteiligten oder von Zwangsmitteln betroffenen Person auseinandersetzt (15 Os 72/07 p). Auf Entscheidungen im Lauf einer Verhandlung muss der Beteiligte oder Betroffene mit weiteren Anträgen reagieren können (Rz 315, 394).

Auf einen Schriftsatz, in dem ein Beteiligter Nichtigkeits- oder Berufungsgründe geltend macht, muss der Rechtsmittelgegner in einer **Gegenausführung** (§ 285 Abs 4, § 294 Abs 2; Rz 383, 392), und auf eine Beschwerde muss der Beschwerdegegner idR in einer **Äußerung** (§ 89 Abs 5; Rz 107) erwidern können. Wenn der Staatsanwalt bei einem Rechtsmittelgericht zu einem Rechtsmittel oder Rechtsbehelf Stellung nimmt, muss der Rechtsmittelwerber idR schriftlich **erwidern** können (§ 24).

- 32 D. Das Recht auf Information über Anlass und Zweck einer Verfahrenshandlung.** Die Strafverfolgungsbehörden müssen den am Verfahren Beteiligten oder den von einer Zwangsmaßnahme Betroffenen, soweit es um ihre Rechte geht, verständlich machen, was sie tun (§ 6 Abs 2); die Kriminalpolizei muss zB dem von einer Sicherstellung Betroffenen sagen, dass sie eine Sache sicherstellt und was das bedeutet. Und Kriminalbeamte, die den festgenommenen Beschuldigten vor einer Vernehmung auf die Beiziehung eines Verteidigers verzichten lassen, müssen ihm erklären,