

An das  
Landesgericht für Strafsachen Graz (**ERSTGERICHT!!!!!!**)  
Conrad v. Hötzendorf Str. 43  
8010 Graz

per ERV

Datum

GZ .....

Angeklagter: Name, Geb.,  
Adresse

vertreten durch:

.....  
Code: R123456

per Bescheid der RAK xx vom xx gemäß § 61 Abs 2 StPO bestellter  
Verteidiger

Vollmacht gemäß § 8 RAO  
iVm § 58 Abs 2 StPO erteilt  
Kosten gemäß § 19a RAO  
zu Handen der Vertreterin

wegen: §§ ... StGB

RA Dr. Guido HELD  
RA Mag. Lukas HELD, LL.M.  
RA Dr. Gottfried BERDNIK  
RA Dr. Bernhard ASTNER  
RA Dr. Joachim ZIERLER  
[auch als Steuerberater zugelassen]  
RA Dr. Ullrich SAURER  
RA Mag. Johannes ZINK  
RA Dr. Robert MIKLAUSCHINA  
[auch gerichtlicher Sachverständiger für  
Logistik-, Speditions-, Frachtrecht]  
RA Mag. Dieter HUTTER  
RA Dr. Leo GRÖTSCHNIG  
RA MMag. Petra HAAS-ZINK  
RA Dr. Thomas GRUBER, LL.M.  
RA Dr. Philipp SPATZ, LL.M.  
[auch in New York zugelassen]  
RA Mag. Michael WOHLGEMUTH, LL.M.  
RA Dr. Peter IVANKOVICS, M.A., LL.M.  
RA Mag. Lukas HONZAK  
RA Mag. Ruth LADECK  
RA Mag. Philipp WIESER

Univ.-Prof. Dr. Gert-Peter REISSNER  
[Konsulent]

AT-8010 GRAZ  
Karmeliterplatz 4  
T +43 (0) 50 8060 200  
F +43 (0) 50 8060 201  
E graz@hba.at

AT-1090 WIEN  
Rooseveltplatz 10  
T +43 (0) 50 8060 400  
F +43 (0) 50 8060 401  
E vienna@hba.at

AT-9020 KLAGENFURT  
Theaterplatz 5  
T +43 (0) 50 8060 600  
F +43 (0) 50 8060 601  
E klagenfurt@hba.at

AT-7000 EISENSTADT  
Marktstraße 2  
T +43 (0) 50 8060 700  
F +43 (0) 50 8060 401  
E eisenstadt@hba.at

www.hba.at

FN 253765i | LG für ZRS Graz  
Sitz: Graz

Sammelanderkonto  
Steiermärkische Bank und  
Sparkassen AG  
IBAN AT55 2081 5208 0062 6572  
BIC STSPAT2GXXX

ATU 61172028

Seite 1 | 34

- I. **VOLLMACHTSBEKANNTGABE**
- II. **AUSFÜHRUNG DER BERUFUNG WEGEN  
VORLIEGENDER NICHTIGKEITSGRÜNDE SOWIE  
WEGEN DES AUSSPRUCHES ÜBER DIE  
SCHULD, STRAFE UND PRIVATRECHTLICHE  
ANSPRÜCHE**
- III. **BESCHWERDE GEGEN DEN WIDERRUF DER  
BEDINGTEN NACHSICHT**

## I.

In umseits näher bezeichneter Strafsache gibt der Angeklagte bekannt, Mag. ...., Rechtsanwalt in Graz, ....., mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und bevollmächtigt zu haben. Der umseits gefertigte Rechtsanwalt beruft sich gemäß § 58 Abs 2 StPO sowie § 8 RAO auf die erteilte Vollmacht.

## II.

In außen näher bezeichneter Strafsache führt der Angeklagte das rechtzeitig, innerhalb der dreitägigen Frist, angemeldete Rechtsmittel der Berufung wegen vorliegender Nichtigkeitsgründe sowie wegen des Ausspruchs über die Schuld, Strafe und privatrechtliche Ansprüche gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom ....., zu GZ ....., zugestellt am ....., sohin binnen offener, vierwöchiger Frist aus, wie folgt:

Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz vom .... zu GZ .... wurde der Angeklagte wegen des Vergehens/des Verbrechens der .... nach § ... StGB zu ... verurteilt.

Dagegen richtet sich die fristgerechte Ausführung der Berufung. Das Urteil wird seinem gesamten Inhalt nach bekämpft / insoweit bekämpft, als der Angeklagte hinsichtlich ... für schuldig erklärt wurde.

Ausdrücklich unangefochten bleibt das Urteil soweit der Angeklagte freigesprochen wurde.

### 1. BERUFUNG WEGEN VORLIEGENDER NICHTIGKEITSGRÜNDE

Es werden gemäß § 489 Abs 1 StPO / § 468 Abs 1 Z xx StPO die Nichtigkeitsgründe nach § 281 Abs 1 Z xx, Z xx, ... StPO geltend gemacht.

#### 1.1. **Zum Nichtigkeitsgrund gem. § 468 Abs 1 Z 1 StPO /§ 489 Abs 1 StPO iVm § 468 Abs 1 Z 1 StPO (nicht gehörige Gerichtsbesetzung; Ausgeschlossenheit eines Richters)**

- Der Vorsitzende ist nach der Geschäftsverteilung für die konkrete Verfahrensführung nicht zuständig.
- Der Vorsitzende des erkennenden Gerichts ist als Richter im Ermittlungsverfahren oder als Staatsanwalt tätig gewesen.
- Der Berufsrichter war im Erkenntnisverfahren beteiligt, welches nach Wiederaufnahme neu durchgeführt wird.

#### 1.2. **Zum Nichtigkeitsgrund gem. § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs. 1 Z 1a StPO (Missachtung der notwendigen Verteidigung während der Hauptverhandlung)**

- Auch nur die teilweise Abwesenheit eines Verteidigers oder dessen habituelle Unfähigkeit (mangelnder Sachverstand, fehlende Artikulationsfähigkeit) bei einer Hauptverhandlung, für die eine notwendige Verteidigung vorgesehen ist.
- im Verfahren vor dem Einzelrichter des LG sieht § 61 Abs 1 Z 5 StPO notwendige Verteidigung dann vor, wenn die nachfolgende Verurteilung Straftat betrifft, für die eine *3 Jahre* übersteigende Strafe *angedroht* ist

- o maßgeblich ist das *Endergebnis* des Verfahrens, dh die im Urteil I. Instanz angenommene Straftat
- o ob Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1a iVm § 489 Abs 1 StPO vorliegt, kann damit manchmal nur *ex post* beurteilt werden
- Verteidigung in der HV erfolgt durch RAA ohne große LU iSd § 15 Abs. 2 RAO
- Verteidiger erscheint schwer angetrunken in der HV
- Keine Nichtigkeit, wenn im Ermittlungsverfahren trotz Verteidigerzwang kein Verteidiger beigezogen wurde
- Verfahrenshilfeverteidiger verlässt während der mündlichen Urteilsbegründung den Verhandlungssaal
- Problematik: Verteidigerpflicht nach § 39 Z 2 JGG vor dem BG, hier gibt es keinen Z1a à allenfalls analoge Anwendung.

**1.3. Zum Nichtigkeitsgrund gem. § 468 Abs 1 Z 2a StPO/ § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 2 StPO (Verlesung von Schriftstücken über eine nichtige Erkundigung oder Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren trotz Widerspruch in der HV)**

- Missachtung von im Ermittlungsverfahren anzuwendenden mit Nichtigkeit bedrohten Vorschriften
- durch Verlesung in HV wird ein solcher im Ermittlungsverfahren unterlaufener Fehler perpetuiert (importierte Nichtigkeit);
- Niederschrift einer ohne Belehrung über das Entschlagungsrecht erfolgten Einvernahme trotz Widerspruchs in der HV verlesen
- die Nichtigkeit ist vor Beginn einer in der HV in Aussicht genommenen Verlesung sofort zu rügen (gilt nicht im BG-Verfahren!), unsubstantiierte Rüge („Ich spreche mich gegen die Verlesung aus!“) genügt nicht, Umstand muss aus Verfahrensergebnissen abgeleitet werden können
- zB: Zeugeneinvernahme ohne Belehrung über das zustehende Aussageverweigerungsrecht; auch durch Polizei und StA aufgenommene Protokolle
- auch Polizeiprotokolle, Amtsvermerke
- ein ausgeschlossener Richter führt die gerichtliche Vernehmung (zB § 165 StPO, § 44 Abs. 1 StPO)
- Zeugeneinvernahme trotz Vernehmungsverbot (§ 155) im Ermittlungsverfahren und Verlesung in HV
- Befund und Gutachten stammen von einem Sachverständigen, der vor Befunderstellung behandelnder Arzt des Betroffenen war (§ 126 Abs. 4 StPO)
- Das Protokoll über eine kontradiktorische Zeugenvernehmung wurde von einem RiAA oder Rechtspraktikanten aufgenommen und vor dem Ermittlungsrichter

nicht bestätigt (§ 165 StPO)

- Der Beschuldigte wurde zum Geständnis „überredet“, indem der vernehmende Polizist auf ihn einschlug, bis er die „richtigen“ Angaben tätigte (§ 166 Abs. 2 StPO)
- Folter, nichtige Sicherstellungen, nichtige Erkundigungen

• Relativer NG > Relevanz

**1.4. Zum Nichtigkeitsgrund gem. § 489 Abs 1 StPO iVm § 468 Abs 1 Z 3 StPO / § 468 Abs 1 Z 3 StPO (Missachtung von Verfahrensvorschriften, deren Verletzung ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht ist)**


- Fehlende Beachtung von in der HV anzuwendenden Vorschriften, deren Verletzung mit Nichtigkeit bedroht ist
- Missachtung der Aussagebefreiung oder des Aussageverweigerungsrechts (§ 156 Abs. 1 Z 1 oder § 157 Abs. 1 Z 2-5 StPO, § 157 Abs 2):
  - in RM-Ausführung ist der die Möglichkeit der Verweigerung des Zeugnisses begründende Umstand (Verwandtschaftsverhältnis) aus den Verfahrensergebnissen abzuleiten (uU sind entsprechende Anträge zum Beweis einer das Aussageverweigerungsrecht begründenden Lebensgemeinschaft zu stellen)
  - Angehörigeneigenschaft muss im Zeitpunkt der Vernehmung (nicht der Tat) vorliegen (ein geschiedener Ehegatte ist nicht von der Aussage befreit)
  - Vor jeder Aussage neu belehren!
  - zB: Einvernahme des RA ohne Belehrung (+ Rüge);
  - ein Mitarbeiter der Haftentlassungshilfe wird ohne Belehrung über sein Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs. 1 Z 3 StPO einvernommen.
  - Achtung: Selbstbelastungsgefahr des Zeugen begründet zwar Zeugnisverweigerungsrecht, fehlerhafte Belehrung darüber, steht aber nicht unter Nichtigkeitssanktion; auch nicht bei besonders schutzbedürftigem Opfer nach § 156 Abs 1 Z 2
  - Wenn die nichtige Zeugenaussage zur Urteilsbegründung gar nicht herangezogen wird, hatte sie keinen Einfluss auf die Entscheidung. § 281 Z 3 StPO ist aber gemäß § 281 Abs 3 StPO ein relativer Nichtigkeitsgrund. Die nichtige Zeugenaussage kann daher nicht als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden. Relevanz !
- Missachtung der Vorbereitungsfrist für die HV (§ 221 Abs. 2 StPO):
  - Grds 8-tägige Vorbereitungszeit vor Beginn der HV (Verfahren vor dem Einzelrichter des LG; im Verfahren vor dem BG: 3-tägige Vorbereitungsfrist); sie gilt sowohl für Angeklagten, als auch den Verteidiger > aktiver Widerspruch notwendig, sonst gilt es als stillschweigende Zustimmung! (Gilt nicht bei Ausdehnung! Vertagung wäre zu beantragen, wenn gestellt und

nicht nachgekommen Z4!)

- im Fall der Vertagung zur Fortsetzung der HV besteht keine Nichtigkeitsbewehrte Frist für neuerliche Ladung
  - bei voraussichtlich längerer Prozessdauer: 14 Tage
- Verlesung von Protokollen und Gutachten ohne Ausnahmetatbestand und Verstoß gegen Umgehungsverbot (§ 252 Abs 1 und Abs 4 StPO):
- Zum Schutz des Unmittelbarkeitsgrundsatzes dürfen Protokolle über Aussagen von Zeugen und Mitbeschuldigten sowie Gutachten von SV nur ausnahmsweise verlesen werden. Die Beschränkungen dürfen nicht durch andere Beweiserhebungen umgangen werden (zB Vernehmung des protokollierenden Organs). Um Nichtigkeit begründen zu können, sollte sich der Verteidiger in der HV sofort gegen die in Aussicht genommene Verlesung aussprechen, da die Aussage bei einverständlicher Verlesung Aussage im Urteil verwertet werden kann. Bei Unterlassen eines ausdrücklichen Widerspruchs müssen sich dem Akt noch weitere konkrete Anhaltspunkt entnehmen lassen, die auf ein Verständnis zur Verlesung schließen lassen, um die Aussage verwerten zu dürfen.
  - bei überraschend angekündigten Verlesungen: Widerspruch spätestens unmittelbar danach
  - Achtung: Zustimmung zur inhaltlich zusammengefassten Wiedergabe iSd § 252 Abs 2a StPO beinhaltet Einverständnis zur Verlesung nach § 252 Abs 1 Z 4 StPO
  - Wird in HV protokolliert, dass der „gesamte Akteninhalt verlesen“ wird, ohne dass zumindest eine referatmäßige Darstellung des Inhalts der angesprochenen Beweismittel erfolgt, ist Protokollsberichtigung geboten, um Nichtvorkommen diverser Beweismittel zu dokumentieren.
  - Der Führungsoffizier des namentlich nicht bekannt gegebenen verdeckten Ermittlers – dessen *Bericht* mangels Voraussetzungen des § 252 Abs 1 Z 1 StPO nicht verlesen werden darf – wird über dessen Beobachtungen zum Tatgeschehen vernommen.
  - Gemäß § 155 Abs 1 Z 2 StPO dürfen Beamte nicht als Zeugen vernommen werden über Umstände, die der Amtsverschwiegenheit unterliegen, sofern sie von dieser nicht entbunden wurden (Vernehmungsverbot). Wenn aber ein Polizeibeamter in der HV zur Aufklärung des Tatverdachts einvernommen wird, handelt es sich dabei aber regelmäßig gar nicht um ein Amtsgeheimnis, da die Geheimhaltungsinteressen hinter das Interesse der Tataufklärung zurücktreten. (Trotzdem aufpassen, dass im Zuge dessen nicht gegen das Umgehungsverbot verstoßen wird, falls der Beamte etwas über Inhalte der durchgeführten Vernehmung mit dem Angeklagten aussagt.)
  - Bsp. Verlesung der Angaben des zur HV nicht erschienenen Zeugen aus dem Ermittlungsverfahren, ohne dass ausreichend versucht worden wäre, ihn ausfindig zu machen (§ 252 Abs. 1 Z 1 StPO)

- Die Angaben einer sich der Aussage entschlagenden Zeugin werden verlesen, obwohl der Beschuldigte zu der vorangegangenen kontradiktorischen Vernehmung (§§ 165, 247 StPO) nicht ordnungsgemäß geladen worden war (§ 252 Abs. 1 Z 2 StPO)
  - Verlesung der Angaben des sich in der HV berechtigt entschlagenden Zeugen, die er im gleichen Verfahren zuvor als Beschuldigter abgelegt hatte (§ 252 Abs. 1 Z 2a StPO)
- Unzureichende Individualisierung des Urteils (§ 260 Abs 1 StPO):
- Ein Urteilstenor, der keine klare Abgrenzung zu anderen Straftaten zulässt (*ne bis in idem*) ist nichtig. ZB: Angeklagte hat an einem *unbekannten Ort*, zu *unbekannter Zeit* an unbekannte Konsumenten nicht näher bekannte Suchtmittel in nicht näher bekannter Konzentration weitergegeben (!)
- Insbesondere eine zeitliche Unbestimmtheit ist vor diesem Hintergrund höchst bedenklich.
- Höchst bedenklich ist auch ein Urteilsspruch, bei dem mehrere Tatvorwürfe mit einem „bzw.“ verknüpft sind (und dadurch nicht klar ist, welcher Tat wegen der Angeklagte letztlich verurteilt wurde).
- Da es sich bei Z 3 generell um einen relativen Nichtigkeitsgrund handelt, sollte dargelegt werden, warum der formulierte Urteilstenor einen Konflikt mit dem *ne bis in idem* Verbot bewirken sollte.
- Protokoll (§ 271 StPO)
- Unzulässigkeit eines Abwesenheitsverfahrens (§ 427 Abs 1):
- 3 Voraussetzung für Durchführung eines Verfahrens in Abwesenheit des Angeklagten und Fällung eines Abwesenheitsurteils:
    - o Aburteilung bloß eines Vergehens, Vernehmung zum Anklagevorwurf, persönliche Zustellung der Ladung zur HV
  - eine in Abwesenheit des Angeklagten erfolgte Ausdehnung der Anklage in der HV erlaubt kein auf diesen neuen SV abstellendes Abwesenheitsurteil
  - in Verfahren gegen einen im Zeitpunkt der HV noch Jugendlichen oder jungen Erwachsenen ist Abwesenheitsverfahren unzulässig (Verstoß begründet Nichtigkeit wegen § 32 Abs 1 JGG); muss zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens Jugendlischer bzw. junger Erwachsener sein!
- unzulässige Verwendung von Ergebnissen der Überwachung einer Telekommunikation (§ 140 Abs. 1 Z 4 StPO)
- o bei Aufzeichnung eines Telefongesprächs kommt der Verdacht einer Straftat durch einen bislang im Verfahren nicht involvierten Beschuldigten auf. Das Ergebnis dieser Überwachung darf im Verfahren gegen diesen neuen beschuldigte nur verwendet werden, wenn wegen der zugrunde liegenden Tat eine Überwachung der Telekommunikation hätte angeordnet werden dürfen.

- o zB Zufallsfund bei Telefonüberwachung eines Suchtgifthändlers (§ 28a Abs. 1 fünfter Fall) wird auch dessen Abnehmer bekannt, dem aber nur § 27 Abs. 1 Z 1 erster Fall zu Last gelegt werden kann. Da bei dieser Tat keine ein Jahr übersteigende FS angedroht wird, ist die Verwertung des Abhörprotokolls unzulässig (§ 140 Abs. 1 Z 4 und Abs. 2 iVm § 135 Abs. 3 Z 3 StPO)

 Relativer NG > Relevanz

Das Erstgericht stützt sich in seiner Begründung auf, ....., wobei dies einen Formmangel begründet. Gemäß § ... StPO ist es untersagt ..... Diese Formverletzung übt auf die Entscheidung des Erstgerichts einen erheblichen nachteiligen Einfluss zu lasten des Angeklagten aus, weil ....

Das Erstgericht hätte andernfalls zur Ansicht gelangen müssen, dass ....


**1.5. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 4 StPO / § 468 Abs 1 Z3 iVm § 281 Abs 1 Z 4 StPO („Verfahrensrüge“: Bekämpfung der Ablehnung von in der HV gestellten Anträge)**

- prozessordnungsgemäß gestellter Beweisantrag wird abgewiesen od nicht erkannt (Antrag auf Vernehmung des Zeugen, der bestätigen kann, dass Angeklagter zur Tatzeit nicht am Tatort war)
  - o schriftliche Beweisanträge müssen mündlich vorgetragen werden
  - o § 55 StPO Beweisantrag muss gesetzmäßig ausgeführt sein
  - o im Beweisantrag sind Beweismittel (Zeuge, SV, Urkunde), Beweisthema (entscheidende = schuld- oder subsumtionsrelevante Tatsache oder für die Beweiswürdigung erheblicher Umstand) und idR deren Verknüpfung iS einer Eignung des Beweismittels zur Klärung des Beweisthemas darzutun § 55 Abs. 1 und 2 StPO
  - o entscheidende (schuld- oder subsumtionsrelevante) Tatsachen, wenn Beweisthema darauf gerichtet ist, ein Tatbestands- / Qualifikationsmerkmal nachzuweisen/auszuschließen; Privilegierungsmerkmal unter Beweis zu stellen/zu verneinen; einen RF/Schuldausschließungs/Strafaufhebungsgrund/Strafverfolgungshinder nis unter Beweis zu stellen/Vorliegen auszuschließen
  - o zB Zeuge kann Auskunft über die einen Bereicherungsvorsatz ausschließende Gegenforderung geben.
  - o Zeuge soll Version des Angeklagten bestätigen, wonach dieser volltrunken war
  - o Zeuge kann zu rf Einwilligung des Opfers aussagen
  - o GS wird zur vollständigen Schadensgutmachung vernommen
  - o Erheblicher (beweiswürdigungsrelevanter) Umstand, wenn darauf gerichtet, die zur Feststellung entscheidender Tatsachen anzustellende Beweiswürdigung zugunsten des Angeklagten maßgeblich zu

beeinflussen (Kontrollbeweise)

- o Der beehrte Zeuge kann wiedergeben, dass die Belastungszeugin ihm gegenüber erklärt habe, sie wolle den von ihr Verdächtigten hineintunken
- o Die beantragte Zeugin soll bestätigen, dass der das Tatgeschehen aus eigener Beobachtung schildernde Belastungszeuge zur Tatzeit gar nicht am Tatort war.
- o Das Opfer einer Vergewaltigung soll dem Zeugen gegenüber bestätigt haben, dass sie in den inkriminierten Geschlechtsverkehr eingewilligt hatte.
- o Der von der StA geführte Zeuge kann wiedergeben, dass der Angeklagte ihm gegenüber die Tat gestanden hat.
- o Verknüpfung von Beweismittel und Beweisthema, darlegen, weshalb das Beweismittel zur Klärung des Beweisthemas geeignet sein könnte, wenn nicht offenkundig
- o Erkundungsbeweis unzulässig, wenn das Beweismittel erst Aufschluss darüber geben soll, ob damit ein entscheidendes oder erhebliches Beweisthema angesprochen werden könnte.
- o zB die Vernehmung einer Person wird zum Beweis dafür begehrt, ob diese Alibi-Zeugin mit dem Angeklagten zur Tatzeit an einem anderen Ort als dem Tatort war.
- o Der Zeuge wird zur Überprüfung der Verantwortung des Angeklagten beantragt.
- o Der medizinische SV soll Auskunft geben, ob aus einer Verletzung auf den Zeitpunkt ihrer Zufügung geschlossen werden kann.
- o Aussagepsychologisches Gutachten → im Antrag muss dargelegt werden, welche aktenmäßig dokumentierten Hinweise eine Beeinflussung des Zeugen indizieren.
- o Zweitgutachten: Voraussetzung, dass aufgrund unklarer oder widersprüchlich gebliebener Befunde oder Gutachten ein Verbesserungsverfahren iSd § 127 Abs. 3 StPO durchgeführt wurde oder Beweismittel beigebracht werden, aus denen die fachliche Unfähigkeit des bislang tätigen SV abgeleitet werden kann.
- o Wiederholung einer kontradiktorischen Vernehmung, wenn Angekl. Nicht bereits bei Vernehmung durch Verteidiger vertreten bzw. darauf aufmerksam gemacht wurde, dass er Verteidiger beiziehen könnte (§ 156 Abs. 1 Z 2 StPO).
- o Durchsetzung von Beweisverboten: zB Verlesung des als Zeuge abgelegten Geständnisses des nunmehrigen Angeklagten.
- o Erweiterte Antragsbegründung: warum Beweisaufnahme durchführbar.

- o Anträge können auch nach Schluss des Beweisverfahrens im Plädoyer gestellt werden. Nach Zurückziehung des Senats zur Urteilsfällung aber nicht mehr.
- o Manuduktionspflicht des Richters bei Unvertretenen > wenn sich aus Verantwortung des Beschuldigten Anhaltspunkte ergeben, dass Entlastungsbeweise vorliegen (zB Freundin) muss er auf sein Antragsrecht hingewiesen werden
- o Bspw. unzulässige Abweisung v. Beweisanträgen:
  - Alibizeuge beantragt, dem nicht Folge gegeben wird, weil dem Angekl. Zuordenbare Blutspuren dessen Anwesenheit am Tatort bereits bestätigen à vorweggenommenen Beweiswürdigung
  - Zeugenbeweis abgelehnt, weil Name und Anschrift erst ermittelt werden müssen, obwohl Ast bereits konkrete Hinweise gegeben hat, die eine Ausforschung erwarten lassen.

 Relativer NG > Relevanz

In der Hauptverhandlung hat der Angeklagte die Einvernahme des Zeugen xxx zum Beweis dafür beantragt, dass ... / den Antrag gestellt auf .... Zum Beweise, dass .... (AS xx). Der Antrag wurde abgelehnt/Der Antrag blieb unerledigt. Hiedurch wurden Verteidigungsrechte geschmälert. Der Antrag bedarf erkennbar ein für den Schuldspruch erhebliches Thema (Alibi/Verjährung) und war das Beweismittel erkennbar zur Erklärung geeignet. Durch die Aufnahme dieses Beweises wäre die relevante Tatsache erwiesen worden, dass ...

Für Unvertretene: Aus dem Vorbringen des Angeklagten / Aus den Beweisergebnissen / In der Hauptverhandlung hat sich ergeben, dass der Angeklagte für einen ihn entlastenden Umstand Beweise anbieten hätte können. .... In der Hauptverhandlung bestand demnach Anlass zur Anleitung des Angeklagten in Richtung zur Stellung eines Beweisantrages ... Entgegen § 6 Abs 2 StPO unterließ der Richter die Anleitung des Unvertretenen. Hiedurch wurden Verteidigungsrechte geschmälert. Der Antrag betraf erkennbar ein für den Schuldspruch erhebliches Thema und das Beweismittel war erkennbar zur Erklärung geeignet.

**1.6. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 5 StPO / § 468 Abs 1 Z 3 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 5 StPO („Mängelrüge“: Fehlerhafte Begründung der entscheidenden Tatsache oder eines erheblichen Umstands im Urteil)**

- Mangelhafte Feststellung = Z 5  
Mangel an Feststellungen = Z 9
- Es liegt eine (positive oder negative) Feststellung vor, nur wird diese fehlerhaft begründet. à zB nicht erklärt, warum Vorsatz angenommen wird
- zB ob gestohlene Sache EUR 2.900,00 oder 3.100 Wert ist (Qualifikationsmerkmal)

- 1. Fall **undeutliche Begründung**: unklar, aus welchen Gründen eine entscheidende Tatsache festgestellt wurde (undeutliche Feststellung → auch Z9a/b oder Z 10).
  - o § 153 StGB: Befugnis vorsätzlich oder fahrlässig missbraucht?
  - o Objektive und subjektive Tatseite anschauen
  - o Nicht nur bei Grundtatbestand, sondern auch bei Qualifikation prüfen
- 2. Fall: **unvollständige Begründung**: in HV vorgekommene Beweismittel zu einer entscheidenden Tatsache / zu erheblichen Umstand werden in der Urteilsbegründung nicht erwogen. (Aber: gedrängte Darstellung reicht!)
  - o zB Aussage eines Zeugen zu Alibi bleibt ungewürdigt
  - o die Aussage des Angekl. Er sei zur Tatzeit infolge Drogenkonsums völlig unorientiert gewesen (§§ 11, 287 StGB).
  - o Widerruf einer belastenden Aussage bleibt ungewürdigt
  - o Leugnende Verantwortung bleibt unerörtert
  - o Nicht, dass eine andere Aussage glaubwürdiger sein würde → Berufung
- 3. Fall **widersprüchliche Begründung**: Urteilsbegründungen, die nach den Grundsätzen der Logik miteinander nicht vereinbar sind.
  - o Anfechtungsgrund: Spruch, Feststellungen, Begründung der Beweiswürdigung → Divergenzen zwischen Spruch und Feststellungen, zwischen mehreren Feststellungen, zwischen Feststellungen und Beweiswürdigung oder innerhalb der Beweiswürdigung
  - o Zeuge wird als uneingeschränkt glaubwürdig und als generell unglaubwürdig bezeichnet
  - o Feststellung, Zeuge hätte Vorfall beobachtet und Zeuge habe erst nach der Tat aus dem Fenster gesehen
- 4. Fall: **keine / unzureichende Begründung**: keine oder der Logik widersprechende Urteilsbegründung;
  - o Urteil stützt sich auf in Verhandlung nicht vorgekommene Beweisergebnisse (keine Verlesung der wesentlichen Verfahrensinhalte § 252 Abs. 2a StPO)
  - o Keine Ausführungen zum festgestellten Bereicherungsvorsatz
  - o Nur aus einem bestehenden Autoritätsverhältnis wird auf dessen Ausnutzung gefolgert (§ 212 StGB)
  - o Erwerbsmäßigkeit nur mit Hinweis auf Einkommenslosigkeit im Tatzeitpunkt begründet
  - o Qualifizierte Todesdrohung nur mit dem Gebrauch des Wortes

„umbringen“ begründet

- o zB: Vorverurteilung kann nicht als Begründung für die neuerliche Verurteilung herangezogen werden

1. Fall: **Undeutlichkeit** einer Feststellung / in der Beweiswürdigung: volle (logische) Bestimmtheit, *welche* Tatsachen und *warum* festgestellt wurden (à sind keine Feststellungen möglich, ist die für den Angeklagten günstigste Feststellung zu treffen!)

- Undeutlichkeit der Diktion („es erscheint erwiesen“, „wahrscheinlich“, „möglicherweise“, „offenbar“, wenn dadurch unklar bleibt, ob die Feststellung getroffen wurde oder nicht)
- Beiläufigkeitsausdrücke („etwa“, „zirka“, „beiläufig“), wenn genaue Werte relevant sind
- Alternativfeststellungen, (entweder ... oder ...), wenn aus ihr verschiedene Konsequenzen erwachsen

Feststellung:

Das Erstgericht hat in seinem Urteil festgestellt, dass [xxx] (US xx). Diese Feststellung ist nicht eindeutig und lässt nicht [ausreichend] erkennen, welche Feststellungen zur [objektiven / subjektiven] Tatseite getroffen werden sollten. [Wie bereits oben ausgeführt ist] [Der objektive / subjektive Tatbestand] des § xx Abs 1 StGB ist nur dann erfüllt, wenn [xxxx]. Dies ist / Im vorliegenden Fall [xxxx]. Die erwähnten mangelhaften Feststellungen hinsichtlich [xxxx] betreffen somit entscheidungswesentliche Umstände, weil sie bei der Unterstellung der Tat unter § xx StGB [in der Schuldfrage] für die rechtsrichtige Beurteilung der Tat maßgeblich sind.

Beweiswürdigung:

Das Erstgericht hat in seinem Urteil festgestellt, dass [xxx] (US xx). In den Entscheidungsgründen des Urteils führt das Erstgericht diesbezüglich jedoch lediglich aus, dass [xxx]. Damit fehlt es allerdings an zureichenden Gründen für die getroffene Feststellung. [Wie bereits oben ausgeführt ist] [Der objektive / subjektive Tatbestand] des § xx Abs 1 StGB ist nur dann erfüllt, wenn [xxxx]. Dies ist / Im vorliegenden Fall [xxxx]. Dieser Begründungsmangel hinsichtlich [xxxx] betrifft somit entscheidungswesentliche Umstände, weil er bei der Unterstellung der Tat unter § xx StGB [in der Schuldfrage] für die rechtsrichtige Beurteilung der Tat maßgeblich ist.

2. Fall: **Unvollständigkeit** der Beweiswürdigung: Entlastungsbeweis / in der HV vorgeführte Verfahrensergebnisse wurden mit Stillschweigen *gänzlich* übergangen oder unerörtert gelassen

Im Ersturteil wird festgestellt, dass [xxxx] (US xx). Diese Feststellung widerspricht allerdings dem in der Hauptverhandlung hervorgekommenen Umstand, dass [xxxx] (AS xx). Das Erstgericht übergeht diese Beweisergebnisse jedoch mit Stillschweigen. [Das Erstgericht stützte sich in seiner Beweiswürdigung jedoch ausschließlich auf die Aussage des [einigen] Belastungszeugen xxx und übergeht die Angaben des Entlastungszeugen xxx mit Stillschweigen.] Das Erstgericht hätte im Urteil jedoch vielmehr aufzeigen müssen, wie es über die seinen Feststellungen entgegenstehenden Beweisergebnisse hinweggekommen ist. Die Unterlassung der Berücksichtigung dieser Beweisergebnisse ist für den Schuldspruch / [für strafsatzbestimmende Umstände] relevant, weil [xxxx, zB davon die Beurteilung des Verhaltens des Angeklagten allenfalls unter dem Gesichtspunkte des §

xx [§ 166 StGB] abhängt].

3. Fall: **Widerspruch** zwischen Feststellungen / in der Beweiswürdigung

Feststellungen:

Die Feststellungen des Erstgerichts über entscheidende Tatsachen stehen mit sich selbst in Widerspruch: Das Urteil stellt fest, dass [xxxx] (US xx). Soweit es jedoch gleichzeitig feststellt, dass [xxxx] (US xx), stehen diese beiden Feststellungen zueinander in einem nach den Denkgesetzen unlösbaren Widerspruch. Die erwähnten mangelhaften Feststellungen hinsichtlich [xxxx] betreffen die Beurteilung der [xxxx / Qualifikation] nach § xx und sind somit entscheidungswesentlich.

Beweiswürdigung:

Die Beweiswürdigung des Erstgerichts steht mit sich selbst in Widerspruch: Das Erstgericht führt aus, dass [xxxx] (US xx). Soweit es jedoch gleichzeitig ausspricht, dass [xxxx] (US xx), sind diese beiden Aussprüche denkgesetzlich nicht miteinander vereinbar. Die erwähnte mangelhafte Beweiswürdigung hinsichtlich [xxxx] betrifft die Beurteilung der [xxxx / Qualifikation] nach § xx und ist somit entscheidungswesentlich.

4. Fall: **Keine oder offenbar unzureichende Begründung:**

- Willkür: zu einer getroffenen Feststellung gibt es keine logische Beweiswürdigung (Nichts) oder eine Scheinbegründung (leere Floskeln) / vorhandene Beweiswürdigung hat keinen logischen Zusammenhang („angenommen“, „zweifellos“, „offensichtlich“, „... wird als erwiesen angenommen“)
- Beweisverbot: für alles, was nicht in der HV vorkam (unverlesene Aktenstücke)

Willkür / Scheinbegründung:

Das Erstgericht stellt in seinem Urteil fest, dass [xxxx] (US xx). Diese Feststellung wird nicht begründet / lediglich damit begründet, dass [xxx]. Diese Begründung ist eine **Scheinbegründung** und damit eine offenbar unzureichende Begründung, weil sie keine konkreten Gründe für diese entscheidungswesentliche Feststellung enthält. Es handelt sich dabei nicht um eine durch konkrete Verfahrensergebnisse gestützte, sondern um eine rein willkürliche Annahme des Erstgerichtes.

[Das Urteil argumentiert hier lediglich mit dem inhaltsleeren Wort ["offenbar"] und gibt damit eine bloße Scheinbegründung für die Annahme dieses wesentlichen Tatbestandsmerkmals.]

[Das Erstgericht beschränkt sich bei seiner Begründung auf leere Floskeln und hat sich mit den Aussagen des Angeklagten und des Zeugen xxx offenbar nicht ausreichend auseinandergesetzt. Notwendige Begründungen, warum das Erstgericht den Aussagen des Angeklagten und des Zeugen xx nicht gefolgt ist, hat das Erstgericht jedenfalls nicht ausreichend vorgenommen.]

[Das Erstgericht stützt sich bei seiner Begründung daher nicht auf konkrete Verfahrensergebnisse, sondern lediglich auf eine abstrakt gehaltene Vermutung.]

[Davon aber, dass [etwa die Art der Tatausführung selbst, wie sie dem Angeklagten angelastet wird, eine solche [Absichtlichkeit] zwangsläufig indiziere], kann nach Lage des Falles nicht die Rede sein.]

Die erwähnten mangelhaften Feststellungen hinsichtlich [xxx] betreffen entscheidungswesentliche Umstände, weil [xxx].

Das Urteil ist deshalb für diesen entscheidungswesentlichen Ausspruch offenbar unzureichend begründet.

Beweisverbot:

Das Erstgericht stellt in seinem Urteil fest, dass [xxxx] (US xx). Diese Feststellung wird damit begründet, dass [xxx]. Damit hat das Erstgericht jedoch Beweismittel berücksichtigt, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung waren [Aktenstücke berücksichtigt, die in der HV nicht verlesen worden sind (einem Beweisverwertungsverbot unterliegen)].

5. Fall: **Aktenwidrigkeit:** unrichtige / unvollständige Wiedergabe in Beweiswürdigung / Fehlzitat von Urkunden od. Aussagen

Das Erstgericht stellt in seinem Urteil fest, dass [xxxx] (US xx). Diese Feststellung wird damit begründet, dass [xxx]. Damit gibt das Erstgericht jedoch den eine entscheidende Tatsache betreffenden Inhalt der [Aussage / Urkunde] in seinen wesentlichen Teilen unrichtig [unvollständig] wieder. Denn [der Zeuge [xxx] hat ausgesagt / in der Urkunde steht], dass [xxx]. Die Begründung leidet somit an Aktenwidrigkeit. Die erwähnten mangelhaften Feststellungen hinsichtlich [xxx] betreffen entscheidungswesentliche Umstände, weil [xxx].

1.7. **Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 7 StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 7 StPO (Anklage nicht vollständig erledigt)**

1.8. **Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 8 StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 8 StPO (Anklageüberschreitung)**

- o Mehr verurteilt, als angeklagt > Anklage nicht ausgedehnt (§§ 262, 263, 267)
- o Verstöße gegen Überraschungsverbot (Richter beurteilt SV rechtlich anders als StA; muss darüber Angeklagten/Verteidiger informieren; zB statt Diebstahl Hehlerei; auch bei Änderung Beteiligungsform, zB zuerst unmittelbarer Täter, dann Anstifter)

[Z 8 iVm § 262 StPO: verbietet eine Überraschung durch eine andere Subsumption im Urteil als in der Anklage → Informationspflicht des Richters („Dem Angeklagten wird mitgeteilt, dass [xxx]“; „Eventuell kommt § xx StGB in Betracht [xxx]“). → Der Angeklagte hätte sich anders verteidigen können.]

Der Vergleich zwischen dem historischen Anklagesachverhalt mit den im Urteil festgestellten Tatsachen ergibt, dass die Verurteilung durch die Anklage nicht gedeckt ist.

Die Anklage wurde auch nicht in der Hauptverhandlung ausgedehnt, wodurch ein Verstoß nach § 267 StPO vorliegt.

**1.9. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO (Rechtsrüge)**

- o Die Tat wurde rechtsirrig für strafbar erklärt (zB jmd nimmt (nur) ein Fahrrad in Gebrauch, § 136 StGB; rechtmäßiges Alternativverhalten – auch bei Einhaltung der Geschwindigkeit wäre Unfall gleich passiert > nur Haftung, wenn schädlicher Erfolg nicht gleich eingetreten wäre)
- o Es wurden nicht alle Tatsachen für die Subsumtion unter den Tatbestand festgestellt – Subsumtion nicht möglich
- o Rechtsirrig Annahme von Realkonkurrenz (nicht Idealkonkurrenz, da Z 10)

I. Zur Nichtigkeit nach Z 9 lit a

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, hat das Erstgericht die aufgezeigten Rechtsfragen unrichtig gelöst.

Das Erstgericht stellte in seinem Urteil zusammengefasst fest, dass der Angeklagte am [...] Rechtlich unterstellt das Erstgericht diesen festgestellten Sachverhalt §§ 127 Abs 1, 129 Z 1 StGB.

und belasten das Urteil aus mehreren (nachfolgend dargestellten) Gründen mit Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO. Dies aus folgenden Gründen:

1. Zur äußeren Tatseite

§ xx StGB verlangt unter anderem [xxx] [/ Die Tathandlung des § xx StGB besteht darin, dass [xxx].

Darunter versteht man [xxxx] (Fabrizy, StGB<sup>10</sup> § 297, Rz 2).

Im Urteil kommt dies jedoch nicht zum Ausdruck. Dort heißt es nur, dass [xxxx] (AS xx). [Es wurde aber nicht festgestellt, dass [xxxx].] [Im Urteil wird in der Beweiswürdigung lediglich ausgeführt, dass [xxxx].

Dies wurde vom Erstgericht jedoch nicht ausreichend festgestellt.

2. Zur inneren Tatseite

[...]

§ xx StGB verlangt auf innerer Tatseite (zumindest) bedingten Vorsatz hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale, sohin insbesondere [...] (vgl xxx in WK<sup>2</sup> StGB xxx). Ein solcher Vorsatz wurde vom Erstgericht jedoch nicht ausreichend festgestellt. Das Erstgericht hat lediglich festgestellt, dass der Angeklagte „[xxxx]“ (US xx). Weitere, für die Vorsatzform des bedingten Vorsatzes jedoch notwendige Feststellungen zur Willens- sowie zur Wissenskomponente hat das Erstgericht nicht ausreichend getroffen. Zudem vermag auch ein solcher substanzloser Gebrauch von verba legalia („vorsätzlich“) die zur Rechtfertigung der Anwendung einer strafgesetzlichen Norm erforderlichen Tatsachenfeststellungen nicht zu ersetzen (RIS-Justiz RS0119090).

Daran vermögen auch die Ausführungen des Erstgerichts in [der rechtlichen Beurteilung] nichts zu ändern, wonach der Angeklagte [xxx].

[Szenario: Scheinfeststellung, es handelt sich eigentlich um eine rechtliche Beurteilung: Im

Urteil wird in der Beweiswürdigung zwar ausgeführt, dass der Angeklagte die Hilfsbedürftigkeit erkannt hat, dabei handelt es sich aber nicht um eine Feststellung, sondern um eine rechtliche Beurteilung.]

Mangels ausreichender Feststellungen [zur inneren Tatseite / zur äußeren Tatseite / sowohl zur inneren als auch zur äußeren Tatseite] kann der erstgerichtlich festgestellte Sachverhalt [nicht unter [das inkriminierte Delikt des] § [xxx] StGB / daher schon nicht unter das Grunddelikt des § [xxx] StGB] subsumiert werden, weshalb eine Bestrafung nach den §§ [xxx] StGB auszuschließen hat. Der Angeklagte hat auch sonst keinen anderen gerichtlichen Tatbestand erfüllt und ist daher freizusprechen.

[bei Fahrlässigkeitsdelikt à 3 Einwände: Beim festgestellten Sachverhalt fehlt rechtlich gesehen die objektive Sorgfaltswidrigkeit / die Risikoerhöhung / der Risikozusammenhang] [... WK, § 6 StGB und § 80 StGB]

**1.10. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO (Rechtsrüge)**

- o Materielle Feststellungsmängel zu Strafaufhebungsgründen, Rechtfertigungsgründen, Verfolgungshindernissen, Schuldausschließungsgründen
- o zB: freiwilliger Rücktritt vom Versuch, tätige Reue, Tod d. Rechtsbrechers, res iudicata, Doppelbestrafungsverbot (Verwaltungsstrafe + gerichtliche Verurteilung über denselben Sachverhalt, Spezialität der Auslieferung - nur wegen der Tat, deretwegen er ausgeliefert wurde, darf er verfolgt werden)

Zur Nichtigkeit nach Z 9 lit b

Straflosigkeit ausgehend von Feststellungen im Urteil / Straflosigkeit aufgrund unterlassener Feststellungen (Feststellungsrüge), weil:

- Rechtfertigungsgrund: Notwehr, rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision, (mutmaßliche) Einwilligung, Amts- u Dienstpflicht, ...
- Schuldausschließungsgrund: Zurechnungsunfähigkeit, Notstand, Irrtum über rechtfertigenden Sachverhalt oder Notstandssituation, nicht vorwerfbarer Rechtsirrtum, Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens, ...
- Strafaufhebungsgrund: Rücktritt vom Versuch, Strafbarkeitsverjährung (§ 57 StGB), tätige Reue
- Verfolgungshindernis: Antrag / Ermächtigung (§ 44 JGG), Verschweigung des StA § 263 StPO
- § 4 Abs 2 Z 2 JGG: Vergehen, unter 16 J., kein schweres Verschulden, keine sp.p. Gründe

Das Erstgericht hat dem Angeklagten den Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 3 Abs 1 StGB) allein mit der auf unrichtiger Rechtsansicht beruhenden Argumentation versagt, Notwehr käme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Angeklagten den Zeugen [xxxx] durch Schimpfworte provoziert hätte. Richtigerweise schließt aber eine solche Provokation des Angreifers durch den später Angegriffenen Notwehr nicht aus.

Ausgehend von dieser verfehlten Rechtsansicht hat es das Erstgericht unterlassen, trotz mehrfacher Indikation durch Verfahrensergebnisse (Zeugenaussage ON xx) Feststellungen darüber zu treffen, ob der Angeklagte im Sinne seiner Verantwortung von dem Zeugen in durchaus ernstzunehmender Weise attackiert wurde.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung der Tat als [xxx] fehlt es an der gemäß § xx StGB erforderlichen Ermächtigung durch den Verletzten. Es liegt daher ein materiellrechtliches Verfolgungshindernis vor, welches einen Freispruch bedingt.

#### **Z 9 lit b iVm Z 10: (zB Diebstahl = richtig Entwendung – Verfolgung fehlt)**

[zuvor Qualifikation (§ 129) mit Z 10 beseitigen, dann Grunddelikt mit Z 10 beseitigen (§ 127 à § 141) à Ermächtigung fehlt (Z 9 lit b)]

Zunächst wird die Qualifikation der Tat nach § xx StGB bekämpft, da [xxxx]. Sodann wird die Beurteilung [xxxx] bekämpft. Es liegt angesichts [xxxx] nicht/ keine [xxxx] vor, sondern [xxxx] (§ xx StGB). [Insoweit liegt ein [zweifacher] (an sich mit dem Nichtigkeitsgrund der Z 10 des § 281 Abs 1 StPO bekämpfbarer) Subsumptionsirrtum vor.] Wird aber die Tat richtig als [xxxx] (§ xx StGB) beurteilt, so fehlt es vorliegend an der Ermächtigung (§ xx StGB) des Staatsanwaltes durch den Verletzten, was ein Verfolgungshindernis darstellt, das den Schuldspruch gänzlich nichtig macht und die [– hiemit beantragte –] Freisprechung des Angeklagten bedingt.

#### **1.11. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit c StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit c StPO (Fehlen der Anklageberechtigung)**

Zur Nichtigkeit nach Z 9 lit c [Privatanklage vs. Officialdelikt]

Das Urteil stellt zwar fest, dass [xxx]. Es unterlässt aber die schon nach den bisherigen Beweisergebnissen indizierte Feststellung, dass [die Tat zum Nachteil eines Angehörigen begangen wurde, mit dem der Angeklagte zur Tatzeit in Hausgemeinschaft gelebt hat]. Hätte das Erstgericht diese Feststellungen getroffen, so wäre die vom Angeklagten gesetzte Handlung als [xxxx] und somit gemäß § xx StGB lediglich als Privatanklagedelikt zu beurteilen gewesen. Mangels einer solchen Privatanklage fehlt es an der gesetzlichen Anklage. Das Urteil ist somit nichtig.

#### **Z 9 lit c iVm Z 10:**

[zB § 146 mit Z 10 rügen, da Begehung im Familienkreis (§ 166) à Privatanklagedelikt, diese fehlt (Z 9 lit c)]

#### **1.12. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 10 StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 10 StPO (Subsumtionsrüge)**

- o Zielt nicht auf Freispruch, sondern auf anderes Delikt ab!
- o Vom festgestellten Sachverhalt ausgehen!
- o Rechtsirriges Bejahen einer Qualifikation  
zB Urteil wg. Betrug, nicht nur Wertqualifikation sondern auch unter Verwendung eines falschen Messgerätes (muss vorher manipuliert werden, nicht nachträglich)
- o Rechtsirriges Bejahen von Idealkonkurrenzen

Für Gewerbsmäßigkeit 12 Os 139/19m

## Zur Nichtigkeit nach Z 10

Das Erstgericht stellte in seinem Urteil zusammengefasst fest, dass der Angeklagte am [...] Das Erstgericht befand den Angeklagten iSd §§ [xxx] StGB für schuldig. Die Feststellungen des Erstgerichts vermögen den Schuldspruch jedoch nicht zu tragen. Dies aus folgenden Gründen:

1. Zur äußeren Tatseite [...] siehe Z 9 lit a

2. Zur inneren Tatseite[...] siehe Z 9 lit a

Mangels ausreichender Feststellungen [zur inneren Tatseite / zur äußeren Tatseite / sowohl zur inneren als auch zur äußeren Tatseite] kann der erstgerichtlich festgestellte Sachverhalt [nicht unter § [xxx] StGB / nicht unter die Qualifikation des § [xxx] StGB] subsumiert werden. Das Erstgericht hätte den Angeklagten daher richtigerweise [nur wegen § [xxx] StGB / nur wegen des Grunddelikts nach § [xxx] StGB] verurteilen dürfen.

**Szenario: zuerst Z 9 lit a (führt zu Freispruch), in eventu: Nichtigkeit nach Z 10 (führt anderes Delikt)**

[Für den Fall, dass das Berufungsgericht auf Basis der erstgerichtlichen Feststellungen nicht der obigen Auffassung folgen sollte, dass der Angeklagte gar keinen Tatbestand erfüllt hat, wird aus anwaltlicher Vorsicht der Nichtigkeitsgrund der Z 10 geltend gemacht. Das Erstgericht hätte den Angeklagten richtigerweise nur wegen § xxx StGB verurteilen dürfen. Bei [xxxx] handelt es nicht um [xxxx], sondern lediglich um [xxxx] iSd § xxx StGB (xx in WK<sup>2</sup> StGB § xx Rz xx). Das Erstgericht hätte den Angeklagten daher richtigerweise nur wegen § xx StGB verurteilen dürfen.

**Szenario: zuerst Z 9 lit a (kein Grunddelikt daher Freispruch), in eventu: Nichtigkeit nach Z 10 (für Abschluss Qualifikation)**

Für den Fall, dass das Berufungsgericht auf Basis der erstgerichtlichen Feststellungen entgegen den bisherigen Ausführungen [einen ausreichenden Vorsatz für § [xxx] StGB] ableiten kann, wird ausgeführt wie folgt:

Bei der Qualifikation des § [xxx] StGB handelt es sich um eine echte Deliktsqualifikation. Die objektiven Tatbestandsmerkmale müssen deshalb nach § 7 Abs 1 StGB vom (zumindest bedingten) Vorsatz des Täters umfasst sein. Für eine Strafbarkeit nach § [xxx] StGB müsste der Angeklagte daher Vorsatz darauf haben, dass [xxx]. Ein solcher Vorsatz [xxx] wurde vom Erstgericht jedoch nicht ausreichend festgestellt.

Mangels ausreichender Feststellungen zur inneren Tatseite kann der erstgerichtlich festgestellte Sachverhalt daher nicht unter die Qualifikation des § [xxx] StGB subsumiert werden. Das Erstgericht hätte den Angeklagten somit nur wegen des Grunddelikts nach § [xxx] StGB verurteilen dürfen.

Zur Nichtigkeit nach [Z 9 lit a / Z 9 lit b / Z 9 lit c / Z 10, Z 10a] (à Feststellungsmangel)

[anders als Unvollständigkeit iSd Z 5, 2. Fall, welche sich nur auf die Beweiswürdigung bezieht!]

Das Urteil des Erstgerichts enthält keine Feststellungen zur Frage, ob sich der Angeklagte [xxx / gegen einen drohenden Messerstich verteidigt hat]. Zur Feststellung darüber bestand

jedoch Anlass, weil [in der Hauptverhandlung davon die Rede war / nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens Feststellungen darüber geboten gewesen wären] (siehe AS xx).  
Rechtlich hängt davon die Frage ab nach [xxx / Notwehr] ab.

[Derartige Feststellungen wären für eine einwandfreie rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes nötig gewesen, weil der Angeklagte bei Feststellung dieser Umstände freizusprechen gewesen wäre.]

Eine abschließende strafrechtliche Beurteilung ist aber wegen des Feststellungsmangels derzeit nicht möglich.

[Das Urteil ist rechtsirrig, da es in Folge unrichtiger Anwendung des Gesetzes keine Feststellung enthält, ob [xxx]. Erst bei Feststellung dieser Tatsache ist es jedoch möglich zu beurteilen, ob der Angeklagte das ihm zur Last gelegte Delikt verwirklicht hat.]

#### 1.13. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 10 a StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 10 a StPO (Diversionsrüge)

- o zB § 37 SMG (Therapie statt Strafe)  
§ 7 JGG, 19 VbVG
- o Verantwortungsübernahme im Verfahren 1. Instanz (Neuerungsverbot)
- o Man kann keine bestimmte Maßnahme beantragen!

Bei dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt war ein Vorgehen nach dem 11. Hauptstück der StPO geboten.

Der Schuldgehalt wiegt nicht schwer. [Handlungsunwert, Erfolgsunwert, Gesinnungsunwert aus Urteil (anders als in Strafberufung, wo aus ganzem Akt!)]

[X hat durch die Tat auch keine anderen Nachteile erlitten.] [Der soziale Störwert der Tat bleibt deutlich hinter jenem zurück, der typischerweise mit der Verwirklichung des § xx StGB verbunden ist, nämlich [xxx].]

All dies ist nicht eingetreten. Es erreichen daher weder Handlungs-, noch Erfolgs- oder Gesinnungsunwert eine Unwerthöhe, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend zu beurteilen ist.

[Zur Spezial- und Generalprävention ist hier kein Schuldspruch notwendig.]

Schließlich gibt es aufgrund der bisherigen Unbescholtenheit des Angeklagten auch keine spezialpräventiven Gründe, die gegen ein diversionelles Vorgehen sprechen würden.

Es liegen auch keine generalpräventiven Gründe für ein diversionelles Vorgehen vor: Insbesondere eine für den Angeklagten spürbare Reaktion im Zuge einer diversionellen Erledigung vermittelt der Öffentlichkeit auch in den Fällen wie diesem ein ausreichendes Signal der Rechtsbewahrung (Schroll, WK-StPO § 198 Rz 41).

Da das Erstgericht jedoch nicht nach dem 11. Hauptstück der StPO vorgegangen ist, obwohl dies auf Basis des festgestellten Sachverhalts geboten gewesen wäre, haftet dem bekämpften Urteil eine Nichtigkeit nach Z 10a an.

#### 1.14. Zum Nichtigkeitsgrund des § 489 Abs 1 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 11 StPO / § 468 Abs 1 Z 4 StPO iVm § 281 Abs 1 Z 11 StPO (Sanktionsrüge)

## Zur Nichtigkeit nach Z 11

[Rechtsfehler im Sanktionsbereich des Urteils (anders: Strafberufung, welche Ermessensfehler angreift!)]

- 1. Fall: Missachtung der Sanktionsbefugnis (zB 9 Monate FS, Hälfte bedingt, Hälfte unbedingt → nur ein Drittel unbedingte FS!)
- 2. Fall: bei Begründung der Sanktion wurde eine Tatsache rechtlich unvertretbar beurteilt (zB irrige Annahme Vollendung statt Versuch)
- 3. Fall: ohne konkreten Tatsachenbezug Sanktion auf eine rechtliche unvertretbare Art begründet (zB Konfiskation erfolgt ohne Prüfung der Verhältnismäßigkeit)

Beispiele:

- Verstoß gegen Doppelverwertungsverbot
- unzutreffende Heranziehung eines für die Strafbemessung nicht relevanten Umstandes
- Überschreitung zwingender Grenzen des Strafsatzes
- Missachtung der Grundvoraussetzungen des § 39 StGB
- Verfall, Einziehung oder andere Maßnahmen zu Unrecht angewendet
- Anwendung § 43 StGB grundsätzlich verneint
- Kombination nach § 43a nur bei mehr als 6 Monate FS > nur unbedingte GS und bedingte FS kombinierbar (nicht bedingte Nachsicht der GS)
- Ausspruch über Ersatzfreiheitsstrafen unterlassen / fälschlich in Wo/Mo statt in Tagen
- falsche Umrechnung der GS in E-FS
- gravierender Verstoß gegen §§ 33, 34 StGB (zb verjährte Tat als erschwerend gewertet, diversionelle Erledigung od. leugnende Verantwortung als erschwerend gewertet; Tatbegehung während anhängigem Verfahren = nicht erschwerend (in dubio pro reo))
- § 28 StGB bei Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen missachtet
- §§ 28, 29, 31, 39, 41, 43, 43a StPO; §§ 65 (2), 287 (1) letzter Satz StGB; § 5 Z 2 bis 5 JGG
- Zusatzstrafe nicht verhängt (§§ 31 und 40 StGB)
- § 37 StGB
- Zu Unrecht von Vollendung statt Versuch ausgegangen

Seit der Entscheidung 12 Os 119/06a (RIS-Justiz RS0122137) ist die rechtliche Bedeutung der Abgrenzung zwischen versuchter und vollendeter Tat dem Regelungsbereich des § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO zugehörig.

Das Erstgericht hat in seinem Urteil den Angeklagten wegen § xx StGB zu einer [Freiheitsstrafe von x Jahren] verurteilt. Mit dem Ausspruch der gesetzlichen Höchststrafe hat das Erstgericht in unvertretbarer Weise gegen Bestimmungen über die Strafbemessung, insbesondere gegen [xxxx] verstoßen. [xxxx].

## **2. ZUR BERUFUNG ÜBER DEN AUSSPRUCH ÜBER DIE SCHULD**

- o Bekämpfung der Beweiswürdigung (auch im subjektiven Bereich) > formell ist sie tadellos, nur passt sie mir nicht
- o Kein Neuerungsverbot (neue Beweise beantragen!)
- o Beweisantrag der § 55 nicht entsprochen hat, kann neu ausgeführt werden
- o Auch mangelhafte Beweisaufnahme > Verletzung der Pflicht zur Wahrheitsforschung > Gericht hätte noch Beweise aufnehmen müssen
- o Bekämpfte Feststellung ist zu bezeichnen und Ersatzfeststellung ist aufzuzeigen

- o Belastungszeugen erschüttern und Überzeugungskraft der Entlastungszeugen reklamieren

Wiewohl der Angeklagte die ihm angelasteten Handlungen vehement bestritten hat und sich darauf berief, die ihm angelasteten Tathandlungen nicht begangen zu haben, nahm das Erstgericht seine Schuld als erwiesen an und stellte aufgrund unzutreffender Beweismittel nachstehenden, ausdrücklich bekämpften Sachverhalt fest:

Das Erstgericht stützt seine Feststellungen im Wesentlichen auf die Aussagen des Zeugen xx [und xxx]. Den Aussagen des Angeklagten [sowie des Zeugen xxx] wird kein Glaube geschenkt. Gegen die Beweismittel des Erstgerichts bestehen jedoch folgende Bedenken:

- Widersprüche (Belegstelle)

Die Aussagen der Zeugen A. und B. widersprechen sich.

A sagte aus, dass.... Dagegen sagte B aus, dass...

Bereits aus diesem gravierenden Widerspruch in den Aussagen des Zeugen K. kann dessen Aussagen kein Glaube geschenkt werden.

Die Aussage des Zeugen A., dass ..., erscheint äußerst fragwürdig.

Der Zeuge K. berichtete in seiner polizeilichen Aussage am ..., nur wenige Stunden nach dem Tatzeitpunkt, nichts davon, dass.... Erst in der gerichtlichen Verhandlung, die Monate nach der vermeintlichen Tat stattgefunden hat, sagte der Zeuge K aus .... Bereits wegen dieser nicht nachvollziehbaren Widersprüchlichkeit ist die Glaubwürdigkeit des Zeugen X zu verneinen.

Auf der einen Seite behauptet die Zeugin, dass... . Gleichzeitig erklärt sie aber in ihrer gerichtlichen Aussage (AS 34), dass ... . Die Aussagen der Zeugin sind daher nicht nur widersprüchlich, sondern ergibt sich aus der letztzitierten Aussage die Richtigkeit der Aussage des Angeklagten, dass ....

Die sich widersprechenden Aussagen der beiden Zeugen zeigen daher, dass sie sich nicht ausreichend an den Unfallhergang erinnern können und deshalb als unglaubwürdig anzusehen sind.

- Der Zeuge [xxx] verfolgt Eigeninteressen (evtl. Belegstelle):

Weiters beantragte der Zeuge K. in der HV den Zuspruch von Schmerzensgeld in Höhe von € xxx. Der Zeuge K. verfolgt somit ein finanzielles Eigeninteresse an der Verurteilung des Angeklagten. Auch dies mindert die Glaubwürdigkeit des Angeklagten.

Der Zeuge hatte somit ein erhebliches Eigeninteresse daran, dass vom Gericht nicht festgestellt wird, dass ... (zivilrechtliche Schadenersatzforderungen, standesrechtliche Vergehen, gravierende Konsequenzen für seine berufliche Laufbahn).

- lebensfremd

Die Aussage des Zeugen K. ist lebensfremd.

bloße Mutmaßungen

[Auch dieser Umstand lässt die Aussagen des Zeugen xxx mehr als zweifelhaft und damit unglaubwürdig erscheinen.]

[Auch dieser Umstand erscheint äußerst fragwürdig.]

[Vielmehr wäre den Angaben des Angeklagten zu folgen gewesen.]

- ... wurde vom Angeklagten / dem Zeugen [xxx] stets gleichbleibend ausgesagt (Belegstelle)
- ... nach der allgemeinen Lebenserfahrung
- ... lebensnah
- ... stimmt mit den objektiven Umständen überein
- ... stimmt mit den Aussagen des unbefangenen Zeugen [xxx] überein (Belegstelle)
- ... decken sich diese Aussagen auch mit jenen der Zeugin [xxx] (Belegstelle)

Die Aussagen des Angeklagten waren dagegen durchwegs widerspruchsfrei, lebensnah, schlüssig und damit glaubwürdig.

Der Angeklagte hat stets gleichbleibend ausgesagt, dass ... (ON 6, Seite 5, vierter Absatz).

Der Angeklagte hat übereinstimmend mit den Aussagen des ... ausgesagt dass, ...

Die Aussage des Angeklagten deckt sich mit den Aussagen des...

Das Gericht behauptet zu Unrecht, dass der Zeuge A den Unfall verdrängt hat. Der Zeuge hatte detaillierte Erinnerungen an ...

Die Glaubwürdigkeit der Aussage des Angeklagten, dass ..., wird durch die Aussage des Angeklagten abgerundet, dass ..., was nur Sinn ergibt, wenn er tatsächlich dort wohnte.

Demgegenüber erscheint das Verhalten des Angeklagten und die im gesamten Verfahren gleichbleibende Verantwortung des Angeklagten [sowie die Aussage des Zeugen xx] wesentlich glaubwürdiger und darüber hinaus bei Berücksichtigung sämtlicher Umstände des gegenständlichen Falles auch als viel wahrscheinlicher, weil [xxxx].

Das gesamte Beweisverfahren wirft jedenfalls grobe Zweifel an der Schuld des Angeklagten auf. Das Erstgericht hätte daher den Angeklagten (zumindest in dubio) freisprechen müssen.

[Nach richtiger Würdigung aller Beweise stellt sich die Situation wie folgt dar:

Dieser richtigerweise festzustellende Sachverhalt erfüllt jedoch nicht § ... Abs 1 StGB und auch sonst keine Strafbestimmung, weshalb der Angeklagte freizusprechen ist.]

Damit ergibt sich rechtlich gesehen ein Freispruch.

WEITERE TEXTBAUSTEINE:

Das Erstgericht stützt sich bei seinen Feststellungen im Wesentlichen auf die Zeugenaussagen der Zeugen xx und xx. Hierbei hat das Gericht jedoch die den Angeklagten entlastenden Beweisergebnisse / die Zeugenaussagen der Zeugen xx und xx in keiner Weise gewürdigt.

Die Beweiswürdigung des Erstgerichts ist jedoch nicht in allen Bereichen überzeugend. So folgt das Erstgericht hinsichtlich der Frage ... ausschließlich den Angaben des Zeugen xx. Diese wären insbesondere deswegen anzuzweifeln gewesen, weil die Aussagen in Widerspruch zu den Aussagen des xx stehen. Die Aussagen des Zeugen xx erscheinen auch wesentlich glaubwürdiger und darüber hinaus bei Berücksichtigung sämtlicher Umstände des gegenständlichen Falles auch als viel wahrscheinlicher.

**ODER**

Das Erstgericht führt aus, dass der Zeuge „...“ (AS xx). Daraus zieht das Erstgericht den Schluss, dass „...“ (AS xx), was logisch nicht nachvollziehbar ist. Der Zeuge xx hat zwar ... Der Zeuge xx hat jedoch ausgesagt, dass ... Es leuchtet daher ein, dass ... Es entspricht auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ... Weiters widersprechen die Überlegungen des Erstgerichts hinsichtlich ... der allgemeinen Lebenserfahrung. Das Gericht erklärt nämlich, „...“ (AS xx). Dieser Schluss ist verfehlt. Auch die Überlegungen des Erstgerichtes, dass ... nicht belasten wollte, sind vor allem unter Berücksichtigung der Tatsache verfehlt, dass Zeugen eindringlich über ihre Zeugenpflicht belehrt wurden und ... (sogar nach Belehrung über die Möglichkeit einer beeidigten Aussage, dass er auch unter Eid) seine Behauptungen aufrecht hält. Es kann dem Zeugen wohl nicht unterstellt werden, dass er aus Freundschaft zu ... seine Pflichten als Staatsbürger derart grob verletzt würde, dass er sich einer falschen Zeugenaussage schuldig machen würde.

ODER

Die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen erweisen sich als bedenklich. Das Erstgericht stellte fest, dass ... Das Erstgericht stützte sich im Rahmen der Beweiswürdigung hauptsächlich auf den Zeugen / das Gutachten ... Das Erstgericht zieht daraus den denkmöglichen, jedoch äußerst unwahrscheinlichen Schluss, dass ...

ODER

Die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen erweisen sich als bedenklich. Das Erstgericht stellte fest, dass ... Das Erstgericht stützte sich im Rahmen der Beweiswürdigung hauptsächlich auf den Zeugen / das Gutachten ... Dabei übersieht das Erstgericht, dass ... (Zeuge lediglich Mutmaßungen aufgestellt hat, weil er zum Tatort keinen Sichtkontakt hatte / seine Brille nicht aufgesetzt hatte / der Zeuge selbst keine unmittelbaren Wahrnehmungen des Tatgeschehens gemacht hat, sondern nur über mittelbare Wahrnehmungen berichtet. / Die Aussagen der belastenden Zeugen stimmen zwar in den Hauptfragen überein, widersprechen einander aber in mehreren Nebenpunkten. Dies legt nahe, dass sich die Zeugen über die Hauptpunkte ihrer Aussagen abgesprochen haben. / Der Zeuge in einem feindlichen Verhältnis / Konkurrenzverhältnis zum Angeklagten steht.)

Der Aussage des Angeklagten / Zeugen schenkte das Gericht hingegen keinen Glauben. Das Gericht übersah dabei, dass ... (der einzige mit Sichtkontakt / der Zeuge xx im Gegensatz zum Zeugen xx die größere Beweishäufigkeit ausweist ...). Nach richtiger Beweiswürdigung hätte das Gericht daher feststellen müssen, dass ... / dass nicht festgestellt werden konnte, dass ... (nur sinngemäß anzugeben, keine wortwörtliche Wiedergabe der gewünschten Feststellung notwendig!). Diese Feststellung ist relevant, weil der Angeklagte dadurch hätte freigesprochen / nach § ... verurteilt werden müssen (dadurch bereits der objektive / subjektive Tatbestand nicht erfüllt ist / sich dadurch ein Rechtfertigungsgrund / Entschuldigungsgrund ergibt).

ODER

Das Erstgericht verurteilt den Angeklagten wegen des ..., weil es zu dem Schluss kommt, dass... Hierbei stützte sich das Erstgericht vor allem auf die von ihm als glaubwürdig befundenen Zeugenaussagen des ..., während es der Verantwortung des Angeklagten und der Zeugenaussage des ... nicht folgt. Hierbei hat das Gericht jedoch die den Angeklagten

entlastenden Beweisergebnisse nicht in entsprechender Weise gewürdigt / der Angeklagte verantwortete sich dagegen dahingehend, dass ... Ebenso sagte der Zeuge xx aus, dass ... Das Erstgericht wertet die Aussagen, die der Zeuge xx gemacht hat, unrichtig, wenn es anführt, dass diese deshalb unbeachtlich sind, weil ... Vielmehr hätte das Erstgericht angemessen berücksichtigen müssen, dass der Aussage des xx Das Erstgericht hat damit den Aussagen des belastenden Zeugen xx mehr Gewicht beigemessen als der Verantwortung des Angeklagten / Aussagen des Zeugen xx, obwohl diese wesentlich glaubwürdiger und darüber hinaus bei Berücksichtigung sämtlicher Umstände des gegenständlichen Falles auch als viel wahrscheinlicher ... Weiters lässt das Erstgericht völlig unberücksichtigt, dass ... Ferner übergeht das Erstgericht zum Nachteil des Angeklagten den Umstand, dass ... Bei richtiger Würdigung dieser Aussagen wäre das Erstgericht zum Ergebnis gelangt, dass es die notwendigen Feststellungen nicht treffen kann, um den Angeklagten zu verurteilen. / Bei richtiger Würdigung der Beweisergebnisse hätte das Erstgericht somit zu der entscheidungswesentlichen Feststellung gelangen müssen, dass ... (Elemente der äußeren und inneren Tatseite nicht erfüllt sind). Zur Unterstützung der diesbezüglichen Verantwortung ist die zeugenschaftliche Einvernahme des xx, wohnhaft in xx, geeignet. (Beweisantrag) Beantragt wird daher die zeugenschaftliche Vernehmung des xx zum Beweis dafür, dass ... Diese Tatsachen sind deshalb für den Schuldspruch relevant, weil unter Zugrundelegung dieser Feststellungen der Angeklagte das ihm zur Last gelegte Delikt des § ... StGB nicht verwirklicht hat (sondern lediglich ...) ....

(eventuell Beweisantrag)

Der Angeklagte stellt daher den Beweisantrag, zum Beweis dafür, dass ... den / die xx als Zeugen zu vernehmen. Der Zeuge, der als Freund / Berufskollege / etc den gesamten Vorfall, insbesondere ... beobachtet hat / genaue Kenntnis von ... hat. Aus seiner Einvernahme wird sich ergeben ...

(Freispruch)

Selbst wenn man die Feststellungen zur subjektiven Tatseite für ausreichend erachten möge, hätte das Erstgericht bei richtiger Würdigung der Verfahrensergebnisse zur Feststellung gelangen müssen, dass der Angeklagte keinesfalls mit dem Vorsatz gehandelt hat, etc / Bei richtiger Würdigung der Beweisergebnisse hätte das Erstgericht zu der entscheidungswesentlichen Feststellung gelangen müssen, dass ... (Elemente der äußeren und inneren Tatseite sind nicht erfüllt). Diese Tatsachen sind deshalb für den Schuldspruch relevant, weil unter Zugrundelegung dieser Feststellungen der Angeklagte das ihm zur Last gelegte Delikt des ... nicht verwirklicht hat, sondern lediglich ... Das Erstgericht hätte den Angeklagten daher freisprechen müssen.

Schlussatz:

Das Erstgericht hätte hinsichtlich des Angeklagten einen Freispruch gemäß § 259 Abs 3 StPO aussprechen müssen, zumal nicht geklärt werden konnte, dass der Angeklagte tatsächlich für die Verletzungen des Opfers ursächlich war. Im Zweifel hätte das Erstgericht davon ausgehen müssen, dass schlichtweg nicht mehr geklärt werden kann, worauf die verfahrensgegenständlichen Verletzungen, sofern diese überhaupt vorliegen mögen, zurückzuführen sind und hätte dahingehende Negativfeststellungen – dies im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten treffen müssen, wobei dieser ohnehin auch weiterhin davon ausgeht, dass auf Grund der vorliegenden Beweisergebnisse positive Feststellungen in seinem Sinn zu treffen sein werden. Unter Berücksichtigung der Nichtaufklärbarkeit hätte

das Erstgericht den Angeklagten von sämtlichen gegen ihn erhobenen Vorwürfen freisprechen müssen.

### 3. ZUR BERUFUNG ÜBER DEN AUSSPRUCH ÜBER DIE STRAFE

- o Muss vom Schuldspruch ausgehen
- o Bekämpfung der Ermessensentscheidung
- o Reduktion/bedingte Nachsicht
- o Kein Neuerungsverbot
- o Umstände, die erst nach Urteil 1. Instanz hervorgekommen zB Schadensgutmachung danach, Änderung TS, da mehr Sorgepflichten
- o Weitere Milderungsgründe monieren
- o Günstige Darstellung des Gesinnungs-, Handlungs- und Erfolgsunwertes
- o Argumente mit Spezial- und Generalprävention

Sollte es dennoch beim Schuldspruch bleiben, wird zur Strafe Folgendes angewendet:

#### IV. Zum Strafausmaß

§ xx StGB sieht als Strafdrohung eine Freiheitsstrafe von x Monaten bis x Jahren vor. Die vom Erstgericht verhängte Freiheitsstrafe ist nicht schuld- und tatangemessen.

#### V. [„Zusätzlicher Milderungsgrund“]

Bei der Strafbemessung hat das Erstgericht den Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z [xxx] StGB zu Unrecht nicht berücksichtigt: [xxx]

[Unbesonnen handelt, wer spontan einem augenblicklichen Willensimpuls folgt, der aus besonderen Gründen der Lenkung durch das ruhige Denken entzogen ist und ohne diese unterdrückt worden wäre. In der meist sich unvermutet ergebenden Tatsituation wird die Gefährlichkeit der Handlung nicht näher bedacht (Ebner in WK<sup>2</sup> StGB § 34 Rz 18).] [Der Angeklagte hat die Tat nicht genau überlegt / geplant, sondern [xxxx]]

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass gemäß § 34 Abs 1 Z 2 StGB das Führen eines bisher ordentlichen Lebenswandels einer der wichtigsten im Strafrecht vorgesehenen Milderungsgründe ist, soll doch der Täter nicht gleich bei der ersten Begehung einer strafbaren Handlung -gleich welche Schwere diese haben mag – größtmögliches Haftübel verspüren. Das Erstgericht hat zwar den Umstand, dass der Angeklagte bisher unbescholten war berücksichtigt dies jedoch in einem viel zu geringen Ausmaß. Der Angeklagte hat sich bis zu den verfahrensgegenständlichen Vorfällen nie etwas zu Schulden kommen lassen, sodass die Taten mit seinem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch stehen. Der Angeklagte weist, auch unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, keine Persönlichkeitsstruktur auf, die von großer krimineller Energie zeugt. Es steht somit außer Zweifel, dass der Angeklagte auch bei einer mildereren Strafe nicht neuerlich straffällig werden würde.

Neben dem vom Erstgericht genannten Milderungsgrund des bisher ordentlichen Lebenswandels, liegt auch der weitere Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 8 StGB („sich in einer allgemein heftigen Gemütsbewegung zur Tat hinreißen lassen“) vor. Die Annahme dieses Milderungsgrundes ist vor allem vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich der Angeklagte beim verfahrensgegenständlichen Vorfall

Nach § 34 Abs 1 Z 17 StGB stellt es insbesondere einen Milderungsgrund dar, wenn der Täter ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat. Die beiden Varianten der Z 17 können alternativ vorliegen. Liegen beide Varianten vor und trägt zum Beispiel ein reumütiges Geständnis zugleich wesentlich zur Wahrheitsfindung bei, wiegt dieser Milderungsgrund insgesamt stärker. Es scheint so, als hätte das Erstgericht diesen Umstand bei seiner Strafbemessung unberücksichtigt gelassen, dies wiederum zu Lasten des Angeklagten. Das Erstgericht hätte nämlich insbesondere auch darauf Bedacht nehmen müssen, dass der Angeklagte sowohl ein reumütiges Geständnis abgelegt, als auch zur Wahrheitsfindung hinsichtlich seiner Taten beigetragen hat. Zumal beide alternativen Varianten des § 34 Abs 1 Z 17 StGB vorliegen, hätten ihm diese Umstände, mehr als es das Erstgericht getan hat, zugutegehalten werden müssen.

Der Angeklagte hat das Strafübel bereits längere Zeit verspürt, was einen bleibenden Eindruck bei ihm hinterlassen hat. Ein neuerlicher Vollzug einer weiteren Freiheitsstrafe wäre für die Zukunft des Angeklagten in spezialpräventiver Hinsicht eine Katastrophe.

[Wenn der Angeklagte, wie er geständig zugab, durch seine Tat bewirken wollte, dass er jederzeit Zutritt zu der Wohnung hat, so stellt dies unter dem Gesichtspunkt, dass der Angeklagte dadurch gleichzeitig auch immer bei seinen Kindern sein kann, den Milderungsgrund des besonderen Beweggrunds im Sinne des § 34 Z 3 StGB dar.]

[Durch die Tathandlungen des Angeklagten sind keine Schäden entstanden: .... Der Erfolgswert der Tat hat sich daher nicht verwirklicht.]

Bei der Strafbemessung hat das Erstgericht den Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 7 zu Unrecht nicht berücksichtigt. Der Tat lag keine kriminelle Neigung oder Geringschätzung fremder Interessen zugrunde, sondern wurde vom Angeklagten aus Unbesonnenheit und Übermut begangen. Das Wegfahren von der Kreuzung mit quietschenden Reifen entspricht vielmehr einem spontanen Impuls des Angeklagten, mit dem er die Gefährlichkeit seiner Handlung nicht näher bedacht hat.

Bei der Strafbemessung hat das Erstgericht zwar Milderungsgründe gewürdigt, jedoch jenen des § 34 Abs 1 Z 13 StGB zu Unrecht nicht berücksichtigt: Trotz Vollendung der Tat hat der Angeklagte bei [xxxx] nämlich keinen Schaden herbeigeführt. Weder musste dieser [xxxx] tauschen, noch entstand ihm eine anderweitige wirtschaftliche Belastung.

## 2. [„Erschwerungsgrund nicht gegeben“]

Bei der Strafbemessung hat das Erstgericht zu Unrecht den Erschwerungsgrund des § 33 Abs 1 Z [xxx] StGB berücksichtigt: [xxx]. Dieser Erschwerungsgrund liegt in Wahrheit nicht vor, weil [xxx / ist nicht in § 33 StGB enthalten und auch keinem dieser Gründe gleichwertig].

Das Erstgericht hat zutreffend erkannt, dass keinerlei besondere Erschwerungsgründe vorliegen.

- VI. [Unrichtige Begründung des Strafausmaßes durch das Erstgericht] + 4. [Kein auffallender Handlungs-, Erfolgs- oder Gesinnungsunwert]

§ xx StGB sieht als Strafdrohung eine Freiheitsstrafe von x Monaten bis x Jahren vor. Bei Berücksichtigung der einzelnen Strafbemessungsgründe im Sinne des § 32 Abs 2 StGB zeigt sich, dass das Erstgericht die Strafbemessungsgründe nicht richtig bewertet, weshalb die vom Erstgericht verhängte Strafe nicht schuld- und tatangemessen ist.

[Insbesondere [xxxx] hätte das Geständnis des Angeklagten weit mehr Beachtung verdient. [xxx].] / [Zudem liegen die Vorstrafen des Angeklagten schon sehr lange zurück. [xxx].]

Außerdem wiegt der Schuldgehalt nicht schwer. [Ausführen zu Handlungsunwert, Erfolgsumwert und Gesinnungsumwert]: [Die Tat war vom Angeklagten nicht geplant. Insbesondere [xxx].] [spontane Idee] [Zudem hatte die Tat keine Veränderungen in der Außenwelt zur Folge und entstanden bei [xxx] keine monetären oder psychischen Nachteile.] [Insbesondere muss berücksichtigt werden, dass der Angeklagte von Beginn an mit der Polizei kooperiert hat und schon bei der ersten Einvernahme am [xxx] bei [xxx] voll geständig war.] [Darüber hinaus ist der Angeklagte – obwohl ihm dies möglich gewesen wäre – auch nach der Tat nicht geflüchtet, sondern hat sich selbst zur Polizei begeben.]

Weder Handlungs-, noch Erfolgs- oder Gesinnungsumwert erreichen eine Höhe, die als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist.

Zudem steht die Tat in erheblichem Widerspruch zum sonstigen, bisher unbescholtenen Lebenswandel des Angeklagten. [Der Angeklagte führte bisher einen ordentlichen Lebenswandel und hat sich nichts zuschulden kommen lassen.] Aufgrund dessen gibt es keine spezialpräventiven Gründe, die für eine derart schwere Strafe sprechen würden. Letzten Endes gilt es zu bedenken, dass das Stigmata einer, wenn auch nur bedingten, Freiheitsstrafe der Angeklagten auf seinem weiteren Werdegang sicherlich mehr schaden würde, als es ihm im Sinne einer Spezialprävention dienen würde. Auch eine weitaus geringere Strafe würde dem Angeklagten das Unrecht seiner Tat zur Genüge vor Augen führen.

Überdies sprechen auch keine generalpräventiven Gründe für eine derart schwere Strafe. Eine weitaus geringere Strafe wäre genauso gut geeignet, der Gesellschaft ein ausreichendes Signal der Rechtsbewährung zu vermitteln.

## II. Zur Tagessatzhöhe

Die Sorgepflichten des Angeklagten für Kinder blieben vom Erstgericht unbeachtet. Der Tagessatz wurde demnach zu hoch bemessen.

[... hat das Erstgericht ersichtlich nicht bedacht]

[Das Erstgericht hat den Tagessatz mit € xx festgelegt, ohne jedoch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Angeklagten im Urteil

festzuhalten. Angesichts der Tatsache, dass der Angeklagte für zwei Kinder unterhaltspflichtig ist, was der Richter ersichtlich nicht bedacht hat, ist der vom Erstgericht verhängte Tagessatz entsprechend zu kürzen.]

VII. [Bedingte Strafnachsicht / Bedingte Nachsicht eines Teils der Strafe]

Das Erstgericht hat sich mit der Frage der [bedingten Strafnachsicht nach § 43 Abs 1 StGB / bedingten Nachsicht eines Teiles der Strafe nach § 43a Abs [1 (Geldstrafe) / 2 / 3 / 4] StGB] nicht auseinandergesetzt, obwohl alle Voraussetzungen hierfür gegeben sind]

[ODER: Das Erstgericht verneint zu Unrecht, dass § 43 StGB herangezogen werden kann, da alle Voraussetzungen hierfür gegeben sind:]

Über den Angeklagten wurde eine Freiheitsstrafe von [xxx], und somit eine zwei Jahre nicht übersteigende Freiheitsstrafe, verhängt.

Zudem ist die bloße Androhung des Strafvollzugs aus spezial- und generalpräventiven Gründen ausreichend: [Ausführen zu: Art der Tat / geringe Schuld des Angeklagten / Vorleben / Verhalten nach der Tat] [Der Angeklagte wurde bisher [noch nie gerichtlich verurteilt], so dass aufgrund seiner Persönlichkeit erwartet werden darf, dass die bloße Androhung der Freiheitsstrafe den Strafzweck, nämlich ihn von weiterem strafbarem Verhalten abzuhalten, erreicht.] Diese Umstände lassen annehmen, dass es nicht der Vollstreckung der Strafe bedarf, um den Angeklagten von weiterem strafbarem Verhalten abzuhalten.

Generalpräventive Erwägungen stehen einer bedingten Strafnachsicht ebenfalls nicht entgegen. [Der Vollzug der Strafe ist auch im Interesse der Erhaltung und Stärkung der allgemeinen Normentreue nicht geboten: der vom Angeklagten verwirklichte Sachverhalt hat keinerlei über die Beteiligten hinausreichende Wirkung entfaltet und liegt erheblich unter dem deliktstypischen sozialen Störwert.]

[Das Erstgericht hat sich mit der Frage der bedingten Nachsicht eines Teiles der Geldstrafe nach § 43a Abs 1 StGB nicht ausreichend auseinandergesetzt, obwohl alle Voraussetzungen hierfür gegeben sind, da einem solchen Vorgehen weder spezialpräventive noch generalpräventive Gründe entgegenstehen. Das Erstgericht hätte daher die verhängte Geldstrafe zur Hälfte bedingt nachzusehen gehabt.]

[Außerordentliche Strafmilderung § 41 StGB]:

Das Erstgericht hat zu Unrecht § 41 StGB nicht angewendet, obwohl sämtliche Voraussetzungen für die Annahme einer außerordentlichen Strafmilderung vorliegen: Das dem Angeklagten angelastete Delikt normiert eine gesetzliche Strafuntergrenze von x Monaten / Jahren. Zudem überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich und rechtfertigen daher eine außerordentliche Strafmilderung. Außerdem besteht begründete Aussicht, dass sich der Angeklagte künftig wohlverhalten wird: Die abgeurteilte Tat steht mit seinem bisherigen ordentlichen Verhalten in auffallendem Widerspruch. Gerade in Hinblick auf die bisherige Unbescholtenheit [soziale Integration des Angeklagten] [die Abschreckungswirkung der stattgefundenen polizeilichen und strafgerichtlichen Amtshandlung] ist eine Bestrafung aus spezialpräventiver Sicht

entbehrlich.

Das Gericht hätte demnach in Anwendung des § 41 StGB die gesetzliche Mindeststrafdrohung unterschreiten müssen. [Dabei wäre die Verhängung einer FS von nicht mehr als sechs Monaten [prüfen!] schuldangemessen gewesen, so dass es gemäß § 37 StGB auch zu prüfen gehabt hätte, ob anstelle der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe zu verhängen gewesen wäre.]

#### VIII. Geldstrafe statt Freiheitsstrafe

[§ 37 StGB nur zitieren, wenn im Delikt keine Geldstrafe vorgesehen – wenn Geldstrafe im Delikt vorgesehen, Delikt zitieren!]

Das Erstgericht hat sich mit der Möglichkeit der Verhängung einer Geldstrafe statt einer Freiheitsstrafe nach § 37 Abs [1 (<5 Jahre) / 2 (< 10 Jahre)] nicht [ausreichend] auseinandergesetzt, obwohl alle Voraussetzungen hierfür gegeben sind: Die vom Erstgericht verhängte Freiheitsstrafe überschreitet nicht 6 Monate und die für das Delikt des § [xxx] StGB vorgesehene Strafdrohung überschreitet zudem auch nicht das Ausmaß von [5 Jahren / 10 Jahren] Freiheitsstrafe. Zudem stehen der Verhängung einer Geldstrafe über den Angeklagten anstelle einer Freiheitsstrafe auch keine spezial- und generalpräventiven Gründe entgegen: [xxx]

[ODER „quasi in eventu“:] Wäre das Erstgericht richtigerweise zur Erkenntnis gelangt, dass für die gegenständliche Tat keine strengere Strafe als eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten zu verhängen gewesen wäre, so hätte in diesem Fall auch die sinnvolle Möglichkeit bestanden, gemäß § 37 StGB eine – wenn auch unbedingte – Geldstrafe zu verhängen. Alle Voraussetzungen für die Verhängung einer Geldstrafe statt einer Freiheitsstrafe nach § 37 Abs [1 (<5 Jahre) / 2 (< 10 Jahre)] sind gegeben: Die das Delikt des § [xxx] StGB vorgesehene Strafdrohung überschreitet nicht das Ausmaß von [5 Jahren / 10 Jahren] Freiheitsstrafe. Zudem stehen der Verhängung einer Geldstrafe über den Angeklagten anstelle einer Freiheitsstrafe auch keine spezial- und generalpräventiven Gründe entgegen: [xxx]

Im Hinblick auf die bisherige Unbescholtenheit [soziale Integration des Angeklagten] [die Abschreckungswirkung der stattgefundenen polizeilichen und strafgerichtlichen Amtshandlung] ist eine Bestrafung aus spezialpräventiver Sicht entbehrlich. Die Geldstrafe trifft den Angeklagten hart und ist seiner Resozialisierung dienlicher als die vom Gericht verhängte Freiheitsstrafe, die als einschneidende Maßnahme [seiner Existenz / seiner sozialen Integration] schaden wird.

[Überdies sprechen auch keine generalpräventiven Gründe für eine derart schwere Strafe. Eine weitaus geringere Strafe wäre genauso gut geeignet, der Gesellschaft ein ausreichendes Signal der Rechtsbewährung zu vermitteln.]

Der Angeklagte stimmt der Verhängung einer unbedingten Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe zu.

**ODER**

Bei Betrachtung sämtlicher Umstände ist hervorzuheben, dass der Handlungsunwert als sehr gering einzustufen ist. Die Täterenergie bei der Vorbereitung als auch bei der

Durchführung ist sehr gering. Der Angeklagte hat die Tat keinesfalls geplant oder vorbereitet sondern durch eine verlockende Gelegenheit zur Tat hinreißen lassen.

Ebenso ist der Erfolgswert als sehr gering einzustufen. Die Tat hat keinen Schaden verursacht.

Es liegt auch kein auffälliger Gesinnungswert vor. Er wollte bloß nicht im Freien übernachten.

Das Erstgericht hat die Gewichtung der herangezogenen Strafbemessungsgründe falsch vorgenommen.

Zudem liegen weitere Milderungsgründe vor:

[Probezeit:]

Auch hat das Erstgericht eine Probezeit von x Jahren verhängt. Gemäß § 43 Abs 1 StGB handelt es sich hierbei um das maximale Ausmaß an Probezeit, das verhängt werden kann. Schuld- und tatangemessen wäre eine viel kürzere Probezeit, da insbesondere [xxxx / in Anbetracht des bisherigen unbescholtenen Lebenswandels des Angeklagten davon ausgegangen werden kann, dass der Angeklagte keine weiteren, gerichtlich strafbaren Taten begeht.]

WEITERE TEXTBAUSTEINE:

(Höhe der Freiheitsstrafe und Zahl der Tagessätze, §§ 32ff StPO)

(1. Knappe Darstellung der vom Gericht angenommenen Erschwerungs- und Milderungsgründe) Das Erstgericht hat bei der Strafzumessung als mildernd gewertet, dass ... als erschwerend hingegen nahm es ... an.

ODER

Dem Erstgericht sind, wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, zum Nachteil des Angeklagten bei der Abwägung der Erschwerungs- und Milderungsgründe korrekturbedürftige Fehler unterlaufen. Das erstgerichtliche Urteil erweist sich im Hinblick auf die verhängte \_\_monatige Freiheitsstrafe als überschießend und daher korrekturbedürftig zu Gunsten des Angeklagten.

Mit Urteil vom ... wurde der Angeklagte zu einer FS / GS von ... verurteilt. (Diese wurde bedingt auf ... nachgesehen.) Das Gericht hat dabei als erschwerend angenommen, dass ... Als mildernd wurde lediglich ... berücksichtigt.

Ausgehend vom Schuldspruch ist die Strafe überhöht. Das Strafausmaß verhält sich in keiner angemessenen Relation zum Unrechts- und Schuldgehalt der mir angelasteten Tat. (Gemäß § 32 Abs 2 StGB hat das Gericht bei der Strafbemessung auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat (Verlust des Arbeitsplatzes, eigene Verletzung des Angeklagten etc) Bedacht zu nehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine rechtliche Werte ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters / auf äußere Umstände und Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen nahe liegen könnte.) ...

## UND

(2. Geltendmachung weiterer Milderungsgründe und Bekämpfung der Erschwerungsgründe) Neben den vom Erstgericht genannten mildernden Umständen liegen folgende weitere Milderungsgründe vor: ... Die ... (Vorstrafen) des Angeklagten wurden zu Unrecht als Erschwerungsgrund in die Strafzumessung aufgenommen. Gemäß § 33 Z 2 StGB stellen nur auf der gleichen schädlichen Neigung beruhende Vorverurteilungen einen besonderen Erschwerungsgrund dar. Die Vorstrafen sind jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 71 StGB als auf der gleichen schädlichen Neigung beruhend zu beurteilen. ... (Das Erstgericht hat zutreffenderweise erkannt, dass keinerlei besondere Erschwerungsgründe vorliegen...)

Zur Info: Auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen gem § 71 StGB mit Strafe bedrohte Handlungen, wenn sie gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet oder auf gleichartige verwerfliche Beweggründe oder auf den gleichen Charaktermangel (zB hemmungsloses Gewinnstreben, Rachsucht, Jähzorn, Hang zu Alkoholexzessen oder Gewalttätigkeiten, Rohheit, sadistische Neigungen, Haltlosigkeit, Arbeitsscheu; Bsp: Betrug und falsche Beweisaussage oder Beweismittelfälschung oder Verleumdung wegen Hanges zur Täuschung) zurückzuführen sind.

## UND

(3. Abwägung) Das Erstgericht hat die Strafzumessungsgründe zwar richtig und vollständig dargestellt, indem es ... als erschwerend und ... als mildernd annahm, die Strafzumessungsgründe aber nicht richtig bewertet.

## ODER

Das Erstgericht hat zwar richtig erkannt, dass ... Milderungsgründe vorliegen und auch richtigerweise die außerordentliche Milderung der §§ 41 iVm 37 StGB angewendet, doch wird es dieser Erkenntnis mit der Verhängung einer Geldstrafe von ... TS nicht gerecht.

## ODER

Bei richtiger Abwägung der Strafbemessungsgründe ergibt sich, dass die über den Angeklagten verhängte FS / Anzahl der TS nicht schuldangemessen ist. Die FS / Anzahl der TS ist daher strafat- und schuldangemessen herabzusetzen

## UND

(4. Außerordentliches Milderungsrecht gemäß § 41 StGB) Das Erstgericht hat zu Unrecht § 41 StGB nicht angewendet, obwohl sämtliche Voraussetzungen für die Annahme einer außerordentlichen Strafmilderung vorliegen: (i) Das dem Angeklagten angelastete Delikt normiert eine gesetzliche Strafuntergrenze von ... (ii) Die Milderungsgründe überwiegen die Erschwerungsgründe beträchtlich – die bereits oben angeführten Milderungsgründe sind so gewichtig, dass sie die Erschwerungsgründe überwiegen und daher eine außerordentliche Strafmilderung rechtfertigen ... (iii) Es besteht begründete Aussicht, dass der Angeklagte sich künftig wohlverhalten wird – die abgeurteilte Tat steht mit seinem bisherigen ordentlichen Verhalten in auffallendem Widerspruch. Im Hinblick auf seine bisherige Unbescholtenheit / soziale Integration / die Abschreckungs- und Schockwirkung der stattgefundenen polizeilichen oder strafgerichtlichen Amtshandlungen ist eine Bestrafung aus spezialpräventiver Sicht entbehrlich ... Das Erstgericht hätte demnach in Anwendung des § 41 StGB die gesetzliche Mindeststrafdrohung unterschreiten müssen. Dabei wäre die

Verhängung einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als einem Jahr schuldangemessen gewesen, sodass es gemäß § 37 auch zu prüfen gehabt hätte, ob anstelle der FS eine GS zu verhängen gewesen wäre.

**UND**

(5. Günstigkeitsprognose) Es besteht die begründete Aussicht, dass der Angeklagte sich selbst bei einer milderen Bestrafung künftig wohlverhalten werde: Die abgeurteilte Tat steht mit seinem bisherigen ordentlichen Verhalten in auffallendem Widerspruch. Der Angeklagte ist unbescholten und hat durch seinen bisherigen Lebenswandel gezeigt, dass er sich mit den rechtlich geschützten Werten verbunden fühlt. Auch kann aufgrund seines bisherigen Lebenswandels / seines Wohlverhaltens seit der Tat davon ausgehen, dass er keine weiteren Straftaten begehen werde. Er leistete vollständige Schadenswiedergutmachung und zeigte tätige Reue.

Schlusssatz:

Selbst für den Fall einer – unwahrscheinlichen, da tatsachen- und rechtswidrigen Verurteilung, ist die verhängte Freiheitsstrafe von \_\_ Monaten weder aus spezial- noch aus generalpräventiven Gründen angemessen, sondern deutlich überhöht. Bereits die mehrfachen polizeilichen Einvernahmen sowie das Strafverfahren, welches auf insgesamt \_\_ Hauptverhandlungstermine erstreckt wurde, haben dem Angeklagten in aller Deutlichkeit gezeigt, dass ein derartiges Verhalten nicht zu tolerieren ist. Das Ausmaß der verhängten Strafe steht in keiner Relation zum Unrechts- und Schuldgehalt, der dem Angeklagten angelasteten Tathandlungen, sodass die verhängte Freiheitsstrafe schuld- und tatangemessen zu Gunsten des Angeklagten herabzusetzen sein wird.

#### **4. ZUR BERUFUNG ÜBER DEN AUSSPRUCH ÜBER PRIVATRECHTLICHE ANSPRÜCHE**

- o Kein Neuerungsverbot
- o Durch Zahlung erlischt der Anspruch
- o Geringerer Zuspruch ist begehrt
- o Zurückweisung, wenn Anschluss od Bezifferung zu spät erfolgt.

Der Zuspruch privatrechtlicher Ansprüche ist zu Unrecht erfolgt: Wie sich aus dem Protokoll über die Hauptverhandlung ergibt, wurde der Angeklagte weder zu der geltend gemachten Forderung des Privatbeteiligten einvernommen, noch zur Erklärung aufgefordert, ob und in welchem Umfang er diese anerkennt. Dies ist jedoch gemäß § 245 Abs 1a StPO unabdingbare Voraussetzung dafür, dem Privatbeteiligten privatrechtliche Ansprüche zuzusprechen.

In der Sache selbst ist auszuführen, dass [zivilrechtliche Beurteilung]

5. Aus all den genannten Gründen stellt der Angeklagte an das Berufungsgericht die

## ANTRÄGE

1. der Berufung wegen Nichtigkeit Folge zu geben, das Urteil aufzuheben und den Angeklagten freizusprechen; [Z 8 (bei Anklageüberschreitung), Z 9]

in eventu

der Berufung wegen Nichtigkeit Folge zu geben, das Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zu verweisen; [Z 1 bis Z 5, Z 8, Feststellungsmängel nach Z 9 und 10]

in eventu

der Berufung wegen Nichtigkeit Folge zu geben, das Urteil aufzuheben und die Sache mit dem Auftrag an das Erstgericht zu verweisen, nach dem 11. Hauptstück der StPO vorzugehen; [Z 10a]

in eventu

der Berufung wegen Nichtigkeit Folge zu geben, [das Urteil aufzuheben, den Angeklagten nur nach § [xxx] StGB schuldig zu sprechen und die Strafe neu zu bemessen] ODER [das Urteil hinsichtlich der Qualifikation nach § [xxx] StGB aufzuheben und die Strafe neu zu bemessen]; [Z 10]

in eventu

der Berufung wegen Nichtigkeit Folge zu geben, das Urteil im Strafausspruch aufzuheben und die Strafe neu zu bemessen; [Z 11]

**in eventu**

2. im Sinne der Berufung wegen des Ausspruches über die Schuld das Beweisverfahren zu wiederholen, [das Urteil aufzuheben und den Angeklagten freizusprechen] ODER [das Urteil aufzuheben, den Angeklagten nur nach § xx StGB schuldig zu sprechen und die Strafe neu zu bemessen] ODER [das Urteil hinsichtlich der Qualifikation nach § [xxx] StGB aufzuheben und die Strafe neu zu bemessen].

**in eventu**

3. der Berufung wegen des Ausspruches über die Strafe Folge zu geben und die Strafe schuldangemessen herabzusetzen [nur bei Geldstrafe: sowie die Höhe des einzelnen Tagessatzes entsprechend den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Angeklagten herabzusetzen] sowie die Strafe [zur Hälfte (Geldstrafe) / zum Teil] bedingt nachzusehen.

ODER (wenn Geldstrafe statt Freiheitsstrafe)

3. der Berufung wegen Strafe Folge zu geben und anstelle der Freiheitsstrafe eine wenn auch unbedingte Geldstrafe zu verhängen, in eventuelle die Freiheitsstrafe schuldangemessen herabzusetzen.

(nur bei **Jugendstrafsachen**) von der Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe absehen und dem Angeklagten eine Ermahnung erteilen, in eventuelle den Ausspruch und die Vollstreckung der zu verhängenden Geld- oder Freiheitsstrafe für eine Probezeit (von [ein bis drei] Jahren) vorläufig aufschieben, andernfalls anordnen, dass die Strafe gemäß § 16 JGG innerhalb eines schuldangemessenen Mindest- und Höchstausmaßes bis zur Erreichung des Strafzwecks zu dauern hat;

(bei Anwendung von **§ 41 StGB**) die Dauer der vom Erstgericht festgesetzten / bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe / unter Anwendung des § 41 StGB / schuldangemessen herabsetzen;

(bei Anwendung von **§§ 43, 43a StGB**) die festgesetzte Freiheitsstrafe gemäß § 43 Abs 1 StGB unter Bestimmung einer Probezeit von einem Jahr bedingt nachsehen, allenfalls gemäß § 43a Abs 1 StGB teilweise bedingt nachsehen;

(bei Anwendung von **§ 37 StGB**) anstelle der vom Erstgericht verhängten Freiheitsstrafe unter Anwendung des § 37 Abs 1 StGB auf eine schuldangemessene Geldstrafe erkennen / sowie auch die Geldstrafe gemäß § 43 Abs 1 StGB / gemäß § 43a StGB teilweise bedingt nachsehen;

**und**

der **Berufung wegen des Ausspruchs über die privatrechtlichen Ansprüche** Folge geben, das Urteil im privatrechtlichen Zuspruch ganz/teilweise aufheben und den Antrag des Privatbeteiligten zurückweisen; den Privatbeteiligten gem § 366 Abs 2 StPO auf den Zivilrechtsweg verweisen *in eventuelle* den Privatbeteiligtenzuspruch zu reduzieren und den Privatbeteiligten mit dem darüber hinausgehenden Anspruch gem § 366 Abs 2 StPO auf den Zivilrechtsweg verweisen.

### **III. BESCHWERDE**

**wegen Widerrufs der bedingten Strafnachsicht oder bedingten Entlassung gemäß § 494a Abs 1 Z 4 StPO oder Verlängerung der Probezeit gem § 494a Abs 1 Z 4 iVm Abs 6 StPO oder Erteilung von Weisungen, Anordnung der Bewährungshilfe ... gem § 494a Abs 6 StPO**

Gemäß § 498 Abs 3 fingiert die Berufung die Beschwerde!

**Das Erstgericht hat die mit Urteil des BG/LG [xxx] zu GZ xxx unter Setzung einer Probezeit von xx Jahren bedingt verhängte Strafe von xx [Monaten / Jahren] mit der Begründung widerrufen, dass [xxxx].**

**[Das Erstgericht hat die bedingte Entlassung aus der mit Urteil des BG/LG [xxx] zu GZ xxx verhängten Freiheitsstrafe mit der Begründung widerrufen, dass [xxxx]].**

**Gegen diesen Widerruf wird Beschwerde erhoben. Der Widerruf ist neben der neuen Strafe zur Spezialprävention nicht erforderlich. [Der Angeklagte wird das Haftübel aufgrund der neuen Strafe ohnedies ausreichend verspüren. / Die neue Tat hat nur wenig Gewicht.]**

Bereits das, wie in der Strafberufung ausführlich dargelegt, weit überhöhte Ausmaß der Strafverhängung der neuen Tat wirkt ausreichend spezialpräventiv; dies insbesondere deswegen, weil [xxxx]. [Bereits das Ausmaß der Strafe der Anlaßtat wirkt ausreichend spezialpräventiv, weil [xxxx].] [Ein Widerruf darf nur dann erfolgen, wenn deren Vollzug zusätzlich zur neuerlichen Verurteilung geboten erscheint (§ 53 Abs 1 StGB).]

[Bewährungshilfe; ist der Abschreckung bereits Genüge getan, um den Angeklagten von der Begehung weiterer Taten abzuhalten. Die über die Anlasstat verhängte Strafe lässt den Angeklagten bereits genügend Achtung vor dem Recht erlangen und zur sozialen Ordnung zurückfinden.]

Allenfalls könnte mit einer Verlängerung der Probezeit nach § 53 Abs 2 StGB das Auslangen gefunden werden, weil [xxxx].

[bedingte Entlassung: Darüber hinaus wäre zumindest die Anwendung des § 43a Abs 2 oder 3 StGB geboten. (PRÜFEN!) Unter diesen Umständen wäre der Widerruf der gesamten bedingten [xxx] offenkundig zweckwidrig]

#### WEITERE TEXTBAUSTEINE:

Das Erstgericht hat die dem Angeklagten gewährte bedingte Strafnachsicht zu ... des LG ... aus Anlass seiner neuerlichen Verurteilung zu Unrecht widerrufen. Wie bereits oben unter ... dargelegt, kommt dem Angeklagten eine günstige Zukunftsprognose zugute. Der Widerruf war daher nicht geboten, um den Angeklagten von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten. Allenfalls hätte das Gericht mit der Erteilung zusätzlicher Weisungen oder der Verlängerung der Probezeit das Auslangen finden können.

Der Angeklagte stellt daher den

#### ANTRAG:

Das Landesgericht für Strafsachen Graz/Oberlandesgericht Graz als Rechtsmittelgericht wolle der Beschwerde gegen den Widerruf der bedingten Strafnachsicht Folge geben, den Beschluss über den Widerruf der bedingten Strafnachsicht zu ... des Landesgerichts ... aufheben und vom Widerruf der bedingten Strafnachsicht, allenfalls unter Verlängerung der Probezeit, absehen.

Graz, am \_\_\_\_

Name