

# Aktuelle Rechtsprobleme des Ermittlungsverfahrens

ÖJZ 2021/100

§§ 1, 50,  
§ 76 Abs 4 Z 2,  
§ 91 Abs 2,  
§ 101 Abs 2  
zweiter Satz,  
§§ 104, 106, 145  
StPO

OGH 21. 7. 2020,  
14 Os 54/20b;  
29. 1. 2019,  
11 Os 127/18p;  
13. 10. 2020,  
11 Os 56/20z;  
3. 11. 2020,  
14 Os 84/20i

Erkundungs-  
beweissführung;

Persönlichkeits-  
schutz;

Rechtsbelehrung;

Unabhängigkeit;  
Willkür

Dass es in der Vollziehung des Ermittlungsverfahrens aktuell keine Probleme gibt, behauptet niemand. Wann beginnt es eigentlich, wozu dient die „Rechtsbelehrung“ des Beschuldigten am Beginn eines Strafverfahrens, gelten eigentlich Ermessensschränken und wie sind sie festzumachen, muss jeder von uns, der ein SMS mit der Aufforderung zu einer Straftat erhält, sein Mobiltelefon zur gründlichen Auswertung hergeben, dürfen sich Leiter einer Staatsanwaltschaft über das weitere Vorgehen in einem unter Verschluss gehaltenen Ermittlungsverfahren sozusagen „behördenintern“ fachlich austauschen, will das Gesetz Persönlichkeitsschutz vor Eingriffen durch Ermittlungsverfahren und Übermittlung daraus gewonnener Ergebnisse an Untersuchungsausschüsse, kann die Staatsanwaltschaft Ermittlungsmaßnahmen gegen prominente Beschuldigte vom Gericht durchführen lassen und worin besteht das in § 104 Abs 1 verbriefte Recht auf Erkundungsbeweissführung durch Sachverständige?<sup>1)</sup>

Von Eckart Ratz

## Inhaltsübersicht:

- A. Beginn des Ermittlungsverfahrens
- B. Rechtsbelehrung nach § 50 StPO
- C. Ermessen und Willkür
- D. „Unabhängigkeit der Justiz“
- E. Verschlussangeheimnis
- F. Persönlichkeitsschutz gegen Ermittlung
- G. Beweisaufnahme nach § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO
- H. Recht auf Erkundungsbeweissführung durch Sachverständige?

### A. Beginn des Ermittlungsverfahrens

Beginnen wir ganz oben beim OGH: Nachdem 15 Os 113/18h, 114/18f<sup>2)</sup> richtungsweisend klargestellt hatte, dass **jeder strafprozessuale Vorgang vor Einbringen der Anklage „im Ermittlungsverfahren“ stattfindet, mit der Konsequenz, dass jeder solche Eingriff in ein subjektives Recht sowohl dem Einspruch wegen Rechtsverletzung zugänglich ist als auch zur Akteneinsicht berechtigt**, weil § 77 Abs 1 das subjektive Recht darauf keineswegs von der strafprozessualen Stellung als (zumindest) Verdächtiger (§ 48 Abs 1 Z 1), vielmehr von der Begründung eines rechtlichen Interesses, hier der Vorbereitung eines Einspruchs, abhängig macht, hatte 14 Os 29/20a<sup>3)</sup> nach § 193 Abs 1 zweiter Satz durch die StA angeordnete oder durchgeführte Ermittlungen folgerichtig trotz vorheriger Einstellung des Strafverfahrens „im Ermittlungsverfahren“ verortet und damit als Gegenstand von Einspruch wegen Rechtsverletzung erneut außer Frage gestellt. 14 Os 54/20b<sup>4)</sup> hatte diese Rsp sodann auf Anregung der GenProk ausdrücklich bekräftigt, auf gleichartige Aussagen des OGH und im Schrifttum verwiesen<sup>5)</sup> und die unterschiedlichen Rechtsschutzbefugnisse

von StA und Gericht scharf gegeneinander abgegrenzt.<sup>6)</sup> Dessen ungeachtet, ohne auch nur mit einem Wort auf all dies einzugehen und zudem ohne Bezug zum Gegenstand der Entscheidung, hat 12 Os 23/20d<sup>7)</sup> sich unter Berufung auf den Kommentarbeitrag eines Senatsmitglieds<sup>8)</sup> zur Behauptung bestimmt gesehen, dass § 77 Abs 1 einer Akteneinsicht mit Bezug auf Vorgänge bei der Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, entgegenstehe, just deshalb verfassungsrechtlich bedenklich und Ausdruck von Unzulässigkeit gegen solche Vorgänge gerichteter Einsprüche sei. Da bloß obiter dictum, brauchte der Senat auf § 8 Abs 1 OGHG keine Rücksicht zu nehmen. Statt intern um eindeutige Aussagen zu ringen, wird so den Normadressaten ein diffuses Bild vermittelt und die zentrale Aufgabe eines HöchstG, Rechtsklarheit zu schaffen, verfehlt. *Sadoghi* hat es in einem wunderbar versöhnlich gehaltenen Aufsatz – suaviter in modo, fortiter in re – unternommen, eine Brücke zu schlagen, zugleich aber trennscharf und leicht verständlich auf den Punkt gebracht, worum es geht.<sup>9)</sup> Demnach liegt im **Zurkenntnis-Nehmen einer Anzeige kein von der StPO erfasster Vorgang, sodass** – aus grundrechtlichen Gewährleistungspflichten, wie sie zeigt, übrigens kei-

1) Vortrag beim Symposium „Aktuelle Fragen aus Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit“ der Universität Wien am 8. 6. 2021; §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO.

2) 15 Os 113/18h, 114/18f EvBl 2019/70.

3) 14 Os 29/20a RZ 2020/26 (*Danek*) = EvBl 2020/142.

4) 14 Os 54/20b EvBl 2020/149.

5) Vgl RIS-Justiz RS0132414; vgl auch *Ratz*, WK-StPO Vor § 280 Rz 8/4.

6) §§ 193ff einerseits, § 106f andererseits.

7) 12 Os 23/20d EvBl 2020/150.

8) *Oshidari*, WK-StPO § 77 Rz 1/1.

9) *Sadoghi*, Anfangsverdachtsermittlung – Ein Blick auf die Rechtsprechung des OGH dazu, ÖJZ 2021, 363.

neswegs ableitbare –<sup>10)</sup> Opferrechte darauf nicht gründen können. Angezeigte Sachverhalte, die als wahr unterstellt, keiner Kategorie des materiellen Strafrechts subsumierbar sind, begründen keinerlei Ermittlungsbefugnis, sodass derartige Anzeigen sofort zurückzulegen sind, wogegen ansonsten zwei – jeweils von der StPO erfasste – demnach strafprozessuale Optionen offen stehen, entweder auf Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, beschränkte Ermittlung (§ 91 Abs 2 letzter Satz) oder aber gleich Ermittlung zur Klärung des bereits durch die in der Anzeige enthaltenen – nota bene sinnlich wahrnehmbaren, demnach nicht bloß spekulativen, also aus Ideen bestehenden – „Anhaltspunkte“ begründeten Anfangsverdachts, womit das Strafverfahren beginnt.<sup>11)</sup> Dieses beginnt ansonsten nach Auffinden solcher Anhaltspunkte in einem noch nicht als Strafverfahren geführten Ermittlungsverfahren oder durch unmittelbares Einbringen der Anklage (§ 210 Abs 1).<sup>12)</sup> Sowohl Ermittlung zur „Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz) als auch „Aufklärung eines Anfangsverdachts“ (§ 1 Abs 2 erster Satz) gehören zum von der StPO geregelten „Verfahren zur Aufklärung von Straftaten“ (§ 1 Abs 1 erster Satz), geht es doch stets um Klärung eines Sachverhalts, der als wahr unterstellt, eine „Straftat“ wäre, maW zumindest eine „nach einem Bundes- oder Landesgesetz mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung“ begründen, angeklagt also zu einem Schuldspruch oder zum Ausspruch eines sonstigen Sanktionsanknüpfungspunkts iSd § 260 Abs 1 Z 2 führen würde. Soweit StPO und StAG von „Einleitung des Ermittlungsverfahrens“ sprechen, geht es um die Entscheidung der StA, „Ermittlung“ im „Strafverfahren“ (§ 1 Abs 2 erster Satz) „selbst“ durchzuführen (§ 103 Abs 2), zu erlauben (§ 101 Abs 1 zweiter Satz), anzuordnen (§ 99 Abs 1 zweiter Teilsatz) oder Bewilligung oder Beweisaufnahme beim Gericht zu beantragen (§ 101 Abs 2). „Die Strafprozessordnung regelt das Verfahren“ (§ 1 Abs 1 erster Satz) – nicht nur, aber auch – auf solcher Entscheidung fußender Veranlassung,<sup>13)</sup> nicht aber zu dieser Entscheidung führende Vorgänge.<sup>14)</sup> Während Entscheidungsfindung durch eine Mehrheit richterlicher Organwalter von der StPO geregelt wird (§ 40), geht es bei Entscheidung, ein Ermittlungsverfahren als „Strafverfahren“ zu führen, um einen nicht von der StPO, stattdessen vom Organisationsrecht erfassten, bloß das forum internum betreffenden Vorgang. Nach § 35c dritter Satz StAG gelten dafür „[d]ie Bestimmungen des § 5 Abs 4 und 5 [StAG] sowie §§ 8f und §§ 25 bis 27“ nur „sinngemäß“, weil § 5 Abs 4 StAG ohne „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 letzter Satz nicht greift und § 5 Abs 5 StAG sich auf ein als „Strafverfahren“ bereits begonnenes Ermittlungsverfahren bezieht. Auch ohne nach § 91 Abs 2 letzter Satz durchgeführte „Ermittlung“ sind Anzeigen demnach rasch und von jener StA zu beurteilen, welche „im Ermittlungsverfahren“ zuständig wäre; wer Entscheidung nicht von ihrem Gegenstand trennt, verirrt sich im Lügnerparadox.<sup>15)</sup> Unter Rechtsschutzgesichtspunkten macht die Unterscheidung von nicht und gar wohl als Strafverfahren geführten Ermittlungsverfahren nur unter dem Aspekt von Einstel-

lung und Fortführung Sinn, deren Bezugspunkt nur ein Strafverfahren sein kann. Dass verfehlte Beurteilung eines Geschehens als Ermitteln darauf bezogene Einstellung nicht zum Gegenstand von Fortführung machen kann, liegt bei geordneter Gedankenführung auf der Hand.<sup>16)</sup>

## B. Rechtsbelehrung nach § 50 StPO

Vor 2008 war das alles noch kein Problem. Selbst durchgeführte Ermittlung war der StA ausdrücklich untersagt. Sie war auf Amtshilfe durch Gerichte und Sicherheitsbehörden verwiesen, was immerhin bedeutete, dass diese nur die Rechtmäßigkeit, nicht die Zweckmäßigkeit vom Staatsanwalt verlanger Vorerhebungen kontrollieren durften. Die Gerichtskontrolle entsprach damit dem geltenden System des Einspruchs wegen Rechtsverletzung. Während aber die Sicherheitsbehörden vor 2008 rechtswidrige Vorerhebungen nicht vornehmen durften, dürfen die Sicherheitsbehörden seither rechtswirksam erteilte Anordnungen der StA nicht mehr auf Rechtskonformität prüfen. „Anordnungen“ sind von Weisungen strikt zu unterscheiden.<sup>17)</sup> Weisungen wirken im Innenverhältnis,<sup>18)</sup> können aber eine „Anordnung“ zum Inhalt haben, die der Weisungsbefugte – zB die BMJ – selbst nicht treffen darf.<sup>19)</sup> Weisungen dienen der Dienstaufsicht, während Anordnungen Außen- und Innenverhältnis gleichermaßen betreffen. Auch der OGH ordnet zB eine neue Hauptverhandlung aus Anlass von Urteilsaufhebung und Verweisung an ein Landesgericht an.<sup>20)</sup> Sollte das Vorverfahren zum Strafverfahren werden, hatte das Gericht darüber „mit Beschluß“ zu entscheiden, mit nachfolgender Kontrolle durch das OLG. Da dem

10) Sadoghi, ÖJZ 2021, 363 (367 f).

11) Sadoghi, ÖJZ 2021, 363 (364).

12) Vgl auch Ratz, Vom Übergang in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren, ÖJZ 2020, 353 (356).

13) Vgl § 113 Abs 1 erster Satz aF: „Verfügung oder Verzögerung“.

14) Dass die StPO „das Verfahren“ über mit „Aufklärung von Straftaten [...] zusammenhängende Entscheidungen [regelt]“, rechtfertigt nicht den Umkehrschluss, dass die „Strafprozessordnung“ sämtliche mit „Aufklärung von Straftaten [...] zusammenhängende Entscheidungen [regelt]“.

15) Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 85; vgl auch ders, ÖJZ 2020, 353 (356), zur Kritik von Birkbauer.

16) Grundlegend 17 Os 3/18x EvBl 2018/149; im gleichen Sinn Nordmeyer, WK-StPO § 194 Rz 1/1, 1/4; Bertel/Venier/Tipold, Strafprozessrecht<sup>13</sup> V, hingegen „bleibt es ein Geheimnis, wie man Strafverfahren [...] einstellen soll, die [...] nicht existieren“ und wie nach § 91 Abs 2 dritter Satz Gesetzesvollzug („Art 18 Abs 1 B-VG“) geschehen soll, ohne übrigens zu erwähnen, dass Bertel/Venier, StPO-Komm § 193 Rz 5 für Ermittlungen gemäß § 193 Abs 1 zweiter Satz (nach Verfahrenseinstellung) „alle Rechte des Beschuldigten“ gewahrt sehen; vgl auch die Anm von Divjak zu 14 Os 35/21 K EvBl 2021/114, wo er seine Anm zu 11 Os 56/20z JSt 2021, 170 und 12 Os 23/20d JBl 2021, 339 zusammenführt.

17) Vgl Ratz, Führung von Ermittlungsverfahren und Ermittlungsakt, ÖJZ 2020, 865 (867); anders die Bedingungen, welche Art 20 B-VG und Art 90a B-VG, §§ 29ff StAG hinsichtlich der Pflicht zur Befolgung (definitionsgemäß bloß interner) Weisungen normieren; aM Flora, WK-StPO § 102 Rz 2, die eine „Rechtsform sui generis“ und ein „funktionelles Weisungsrecht“ erkennt, Bertel/Venier, Komm StPO § 102 Rz 2 und Tauschmann in Schmölzer/Mühlbacher, StPO 1 § 101 Rz 20f, § 102 Rz 1; vgl auch Pilnacek/Stricker, WK-StPO § 105 Rz 34; treffend Vogl, WK-StPO § 98 Rz 25; Rz 479f.

18) Vgl aber Art 87 Abs 1 B-VG.

19) Vgl Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 30, 33.

20) § 288 Abs 2 Z 1.

OLG kassatorische Entscheidung über eine Beschwerde strikt verwehrt war,<sup>21)</sup> haben sich Untersuchungsrichter zwar nahezu stets – faktisch – mit unbegründeter Stattgebung des – auf die vom Staatsanwalt zugleich mitgeteilte „Anzeige sowie die zu seiner Kenntnis gelangten Beweismittel und die Ergebnisse der etwa veranlassten Vorerhebungen“ gegründeten – Antrags auf Einleitung der Voruntersuchung begnügt. Eigenständige Sachverhaltsannahmen und rechtliche Überlegungen zur Begründung von – iS von „genügende Gründe“ (vgl § 90 Abs 1 erster Satz aF) – Dringlichkeit und Gewicht des dafür erforderlichen Tatverdachts entsprechen allerdings durchaus dem gesetzlichen Programm: Anders ausgedrückt wurde der bis dahin bloß „Verdächtige“ formell zum Beschuldigten. Auch wenn sich seine Stellung im Verfahren dadurch nicht veränderte,<sup>22)</sup> stand ihm doch eine iSv Art 13 EMRK wirksame Beschwerde gegen seine Einstufung als Beschuldigter eines Strafverfahrens statt bloß eines Bezugspunkts von als Vorerhebungen bezeichneten Amtshilfeersuchen offen. Zudem ermittelte damals die Polizei unabhängig vom Willen der StA.<sup>23)</sup> Nach geltendem Recht haben Beschuldigte zwar das Recht, einige Monate nach Beginn eines gegen sie geführten Strafverfahrens dessen Einstellung zu beantragen. Will die StA dem nicht nachkommen, muss sie das Gericht damit befassen und darf aus diesem Anlass zu Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts diesem gegenüber – demnach aktenkundig – Stellung nehmen.<sup>24)</sup> **Die durch § 50 Abs 1 erster Satz gebotene Information** des Beschuldigten (§ 48 Abs 1 Z 1 oder 2) **über die Tatsache, dass zur Aufklärung eines Anfangsverdachts gegen ihn ermittelt wird** (§ 1 Abs 2 erster Satz), und **„den gegen ihn bestehenden Tatverdacht“** aber bietet keine Möglichkeit, zu Dringlichkeit und Gewicht des Verdachts beweiswürdigend Stellung zu beziehen. § 50 Abs 3 ordnet denn auch unmissverständlich an, dass **„[d]er Umstand der erteilten oder ergänzten Belehrung des Beschuldigten“** bloß als sinnlich wahrnehmbarer Vorgang **„schriftlich festzuhalten (§§ 95 und 96)“**, also gerade nicht zu begründen ist. Davon zu unterscheiden ist der bereits aufgrund von Art 18 B-VG geltende Auftrag (auch) an Organe der Gerichtsbarkeit zu geordneter Gedankenführung. So wie Vorsitzende in der Hauptverhandlung gut beraten sind, ihre vorläufige Bewertung der Beweislage fortlaufend mit dem Obersatz im Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung abzugleichen und womöglich sogar zur Selbstkontrolle anzuschreiben – schon, um auch in Strafverfahren größeren Umfangs in der Lage zu sein, der gesetzlichen Frist zur Urteilsausfertigung zu entsprechen –, gehört es zur selbstverständlichen Dienstpflicht von Staatsanwälten, sich über Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts fortlaufend (tatsächlich und rechtlich) im Klaren zu sein: **Nur haben derartige Überlegungen nichts im Ermittlungsakt zu suchen.<sup>25)</sup> Sie dürfen ins Tagebuch (§ 34 Abs 1 erster Satz StAG), nicht aber in die Öffentlichkeit – und das sicherzustellen, ist selbstverständliche Aufgabe einer funktionierenden Dienstaufsicht.** Wer das nicht beherzigt, setzt sich ohne Not dem Anschein von Befangenheit aus – vor 2008 Sache ange-

sichts richterlicher Leitung der Voruntersuchung Gegenstand gerichtlicher Prüfung,<sup>26)</sup> heute ebenfalls Sache der Dienstaufsicht, die stets auch von sich aus „das Erforderliche zu veranlassen [hat]“;<sup>27)</sup> auch die Beachtung von Zuständigkeitsvorschriften. Selbst Information ist durch § 50 nur dem betroffenen Beschuldigten gegenüber erlaubt; Information Dritter hat mit der Leitung des jeweiligen Ermittlungsverfahrens nichts zu tun. Stattdessen will § 35b StAG Organwalter der StA gezielt vor der Versuchung schützen, die Bedeutung eigener Arbeit kundzutun. Werden Verteidigungsrechte auf Rechtsbelehrung in ein Angriffsinstrument oder zur Demonstration beherrzter Ermittlungen umfunktioniert, ohne dass Betroffene sich effektiv dagegen wehren können und ohne Möglichkeit der GenProk, den Vorgang als Handeln ultra vires mit Wahrungsbeschwerde an den OGH heranzutragen (§ 23 Abs 1a), geht es um sachgerechten Vollzug von Dienst- und Organisationsrecht, also Dienstaufsicht, die selbst gegenüber unabhängigen Richtern nicht ins Belieben damit betrauter Organe gestellt,<sup>28)</sup> hier aber nicht weiter zu vertiefen ist. Immerhin so viel: Durch „Überzeugung“, über bindende Regelungen oder Ermessensgrenzen besser Bescheid zu wissen als der Weisungsgeber, wird die (interne) Geltung von Weisungen an Organwalter der StA nicht berührt. Auch ist daran zu erinnern, dass in Ausübung ihres richterlichen Amtes, also unverantwortlich gesetzte Handlungen von Einzelrichtern dafür engmaschiger Rechts- und Ermessenskontrolle durch Richtersenaten unterliegen.<sup>29)</sup> Staatsanwälte haben ungleich mehr Macht als Gerichte – umso weniger darf vom Gesetz verlangte Kontrolle dieser Macht als „Störfeuer“ begriffen werden.<sup>30)</sup> **Der OGH jedenfalls hat die von § 50 angesprochene Befugnis der StA bereits vor Jahren ganz unmissverständlich mit dem Satz auf den Punkt gebracht: „Die StA hat zu informieren, nicht aber die Verfahrensführung zu rechtfertigen.“<sup>31)</sup> Information über einen „Tatverdacht“ meint Mitteilung der bestimmten Tatsachen, welche den Untersatz des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung tragen, aber weder Begründung der Wahrscheinlichkeitsbehauptung des Untersatzes noch rechtliche Begründung des Obersatzes.<sup>32)</sup>**

21) Vgl demgegenüber § 89 Abs 2a Z 3.

22) § 38 Abs 3 aF.

23) Vgl § 24 aF, § 101 Abs 1 zweiter Satz.

24) § 108 Abs 2 dritter Satz.

25) Das Fehlen einer § 211 Abs 2 zweiter Satz vergleichbaren Pflicht zur Begründung von Strafanträgen bedeutet demgegenüber nur Arbeits erleichterung für die Staatsanwaltschaft und verbietet keineswegs gleichartige Begründung bei Einzelrichtern eingebrachter Anklagen.

26) §§ 72ff aF.

27) § 47.

28) Vgl Ratz, Dienstaufsicht, in Neumayr (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung 31.

29) Zum Prüfungskalkül vgl Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 287 ff.

30) Sogenannte Selbstbindung der Verwaltung soll den Rechtsunterworfenen vor Ungleichheit schützen, nicht Organwaltern die Fortsetzung als rechtswidrig erkannten Handelns garantieren.

31) 11 Os 127/18p RIS-Justiz RS0132447.

32) Vgl § 281 Abs 1 Z 5; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 413, 418f, 421, 437, 444, 466.

### C. Ermessen und Willkür

Um Rechtfertigung hingegen geht es bei der Sicherung von Beweisen oder der Person des Verdächtigen. Wegen strafbarer Handlungen nicht bloß gegen unbekannte Täter durchgeführte Ermittlungsmaßnahmen nach dem 8. HptSt werden von § 48 Abs 1 Z 2 mit der Bezeichnung des angeblichen Täters<sup>33)</sup> als „Beschuldigter“ verknüpft. Solche Bezeichnung ist gerechtfertigt, „sobald er aufgrund bestimmter Tatsachen konkret verdächtig ist, eine strafbare Handlung begangen zu haben“. Die Anordnung eines Zwangsmittels – also einer Ermittlungsmaßnahme nach dem 1., 2., 4., 5. und 6. Abschn des 8. HptSt –<sup>34)</sup> durch die StA ist von dieser – als Zwangsmaßnahme – „zu begründen und schriftlich auszufertigen“ (§ 102 Abs 1 zweiter Satz). Soweit die Anordnung eines Zwangsmittels eine Person als Beschuldigten deklariert, ohne den gegen diese bestehenden konkreten Tatverdacht rechtsfehlerfrei auf bestimmte Tatsachen, also auf nicht bloß willkürliche Sachverhaltsannahmen, zu gründen, mag mit Blick auf ErläutRV BGBl I 2014/71<sup>35)</sup> bereits die Auffassung vertretbar sein, dass ihr Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 2 auch bloß mit dem Ziel gerichtlicher Feststellung zusteht (§ 86 Abs 1 zweiter und dritter Satz), die Anordnung sei „unter Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes“, nämlich des § 48 Abs 1 Z 2, erfolgt; auch wenn abgesonderter Einspruch nach § 106 Abs 1 Z 1 ausscheidet.<sup>36)</sup> Jedenfalls rechtsfehlerhaft aber ist die Anordnung eines Zwangsmittels, wenn gegen eine bestimmte Person gerichteter Tatverdacht iSd § 48 Abs 1 Z 2 erkennbar notwendige Bedingung für dessen Erfordernis, die Anordnung also nur aufgrund solchen Tatverdachts „erforderlich“ (§ 102 Abs 2 Z 3) ist, der Tatverdacht aber iSv § 281 Abs 1 Z 5 mangelhaft dargestellt wurde.<sup>37)</sup> Entsprechen die darauf bezogenen Sachverhaltsannahmen nicht den Kriterien des § 281 Abs 1 Z 5, wird – wie bei jeder Entscheidung, für die das Gesetz mit dem Auftrag zu schriftlicher Begründung gerade nicht „von einer bindenden Regelung des Verhaltens“ (hier) der StA „absieht“ –<sup>38)</sup> „vom [...] Ermessen [nicht] im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht“ (§ 106 Abs 1 letzter Satz); im öffentlichen Recht spricht man von „Willkür“ im Gegensatz zu von Art 18 Abs 1 B-VG auch von Organen der Gerichtsbarkeit strikt verlangtem Gesetzesvollzug. Gleichmaßen willkürlich ist eine Anordnung, deren Sachverhaltsannahmen – als wahr unterstellt – keine Straftat als Gegenstand der Aufklärung durch das angeordnete Zwangsmittel erkennen lässt; bei einem Strafurteil, dessen Sachverhaltsannahmen keiner Kategorie des materiellen Strafrechts subsumierbar sind, spricht man von einem Rechtsfehler mangels Feststellungen.<sup>39)</sup>

Nach Maßgabe dessen, was über ein vor Kurzem als Strafverfahren begonnenes Ermittlungsverfahren wegen falscher Beweisaussage gegen einen Landeshauptmann über die Medien zu erfahren war, geht es um ein Telefongespräch, nicht aber dessen unstrittigen Inhalt, sondern darum, wer wen angerufen hat, ohne dass (nach Maßgabe der Medienberichte dazu) fassbar wäre, welche Folgerung zum Untersuchungsgegenstand davon auch nur im Entferntesten berührt wäre und welche Veranlassung daher für den Beschuldigten be-

standen hätte, einen Anruf seinerseits verheimlichen zu wollen, sodass sich – ohne „Information der Medien“ (§ 35b StAG) – die Frage stellt, woraus die StA eine Befugnis zur Führung eines Strafverfahrens gegen den Landeshauptmann ableitet.<sup>40)</sup> Wenn es denn eine geben sollte, müsste sich diese aus der Sicherstellungsanordnung klar ergeben.<sup>41)</sup> Wenn keine Tatumstände „bestimmt“,<sup>42)</sup> also nach Maßgabe geordneter Gedankenführung, zu entscheidenden Tatsachen<sup>43)</sup> benannt werden können, die maW einen Konnex zu einem Verfahrenszweck herstellen, wird die Ermittlungsbefugnis von KriminalPol und StA überschritten.<sup>44)</sup>

Wer – um ein anderes Beispiel zu nehmen – ein Strafverfahren wegen falscher Beweisaussage auf Verschweigen von Tatumständen gründet, muss in Anschlag bringen, dass Verschweigen für den Adressaten irreführend, demnach Falschaussage, aber auch offensichtlich sein kann – dann jedoch Gegenstand gezielter Nachfrage und nachfolgender Beugestrafen<sup>45)</sup> und nicht Sache des Kriminalstrafrechts ist – und dass die rechtliche Beurteilung einer Aussage als falsch nicht nach formalen Regeln, sondern dem Bedeutungsinhalt der Aussage – also auf der pragmatischen Sprachebene, nach sogenannten Gesprächsimplicitäten –<sup>46)</sup> vorzunehmen ist; er muss gegebenenfalls auch prüfen, ob regelmäßig geübte Praxis die Annahme von Selbstbindung zur Klarstellung oder Korrektur der Aussage rechtfertigt. Eilkompetenz im Verhältnis von Staatsanwaltschaften zueinander kommt der WKStA übrigens unter keinen Umständen zu, weil es dabei um (vorläu-

33) Vgl § 1 Abs 2 erster Satz.

34) Zu den Begriffen Zwangsmittel, Ermittlungsmaßnahme und Zwangsmaßnahme eingehend Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 104ff.

35) Nach 181 BlgNR 25. GP 2f. „soll der Begriff des ‚Beschuldigten‘ nur noch für jene Verdächtigen Anwendung finden, gegen die wegen einer konkreten Verdachtslage formell als Beschuldigte ermittelt wird, also gegen die zur Aufklärung dieses konkreten Verdachts nach dem 8. oder 9. Hauptstück dieses Bundesgesetzes Beweise aufgenommen oder Ermittlungsmaßnahmen angeordnet oder durchgeführt werden; gleich ob dies durch die KriminalPol, die Staatsanwaltschaft oder das Gericht erfolgt“.

36) Vgl Ratz, ÖJZ 2020, 353 (354).

37) Vgl RIS-Justiz RS0116737; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 410.

38) Vgl Ratz, WK-StPO § 292 Rz 7.

39) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 555, 605.

40) Vgl dazu Ratz, WK-StPO § 281 Rz 8/3.

41) § 102 Abs 1 zweiter Satz und Abs 2 Z 3.

42) Vgl § 1 Abs 2 und 3, § 20a Abs 1 Z 1–3, 5 und 7, § 48 Abs 1 Z 2, § 80 Abs 2, § 104 Abs 2, § 116 Abs 2, § 118 Abs 1, § 119 Abs 1 und Abs 2 Z 2, § 123 Abs 1 Z 1 und 2 und Abs 2, § 130 Abs 3, § 133 Abs 2, § 135 Abs 2 Z 3 und 4 und Abs 3 Z 3 lit b, § 136 Abs 1 Z 3 lit b und Abs 2 und 4, § 137 Abs 3, § 153 Abs 3, §§ 162, 170 Abs 1 Z 2–4 und Abs 2, § 172a Abs 1, § 173 Abs 2 und 6, § 174 Abs 3 Z 4, § 266 Abs 1, § 367 Abs 2 Z 2, § 409 Abs 2, § 496 und auch § 193 Abs 1.

43) Vgl auch § 270 Abs 1 Z 5, § 281 Abs 1 Z 5 (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 4f); vgl auch 285a Z 2 zur bestimmten Bezeichnung einer oder mehrerer Prüfungskategorien (Nichtigkeitsgründe; Ratz, WK-StPO § 285d Rz 10).

44) Vgl auch RIS-Justiz RS0125728.

45) Vgl § 93 Abs 2 und 4.

46) Vgl RIS-Justiz RS0129165; RS0123065; RS0121294; RS0119300; RS0115118; RS0115119; RS0092437; RS0088928; RS0092479; RS0092588; „Du wirst schon sehen“ kann zB ernsthafte Todesdrohung, aber auch glückverheißende Ankündigung bedeuten und „na ja“ ist keineswegs eine Falschaussage, auch wenn der aussagenlogische Wahrheitswert eines Widerspruchs auf „falsch“ lautet; auf der pragmatischen Sprachebene können Paradoxien aufgelöst werden, vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 440, 462, 508, 523, 622f.

fige) örtliche Zuständigkeit geht. Wird just der WKStA „der Verdacht einer Straftat bekannt“, welche – falls erwiesen – keine der in § 20a f genannten Straftaten begründet, hat sie nach § 78 Abs 1 anzuzeigen und „bei ihr einlangende Anzeigen, Berichte und Rechtshilfeersuchen an die zuständige [StA] weiterzuleiten“ (§ 25a Abs 2), hat aber – außer im Fall von Zusammenhang nach § 20a Abs 4 – keine Befugnis, darauf bezogen nach § 25 Abs 3, § 25a Abs 1 ein Strafverfahren zu führen<sup>47)</sup> oder zu klären, ob ein Anfangsverdacht vorliegt (§ 91 Abs 2 letzter Satz). **Überschreitet sie ihre (konkrete) Befugnis, ist das Strafverfahren – durch „die StA“ – gleichwohl (wirksam) begonnen und Gegenstand von Einstellung und Fortführungsantrag;** die Ex-lege-Wirkung (Rechtsfolge) einer Ermittlung, den Beginn eines Strafverfahrens zu begründen (§ 1 Abs 2 erster Satz), kann mit einer auf § 107 Abs 4 gegründeten Anordnung also nicht beseitigt werden.<sup>48)</sup>

Im Zusammenhang mit dem Ermittlungsverfahren gegen den Landeshauptmann findet sich im „Falter“ – leicht hingeworfen, aber gerade deshalb bezeichnend für die Problematik – ein Satz, der zu denken gibt. Er lautet: „Der U-Ausschuss endete – wie könnte es anders sein – mit der Beschlagnahme von Handys.“<sup>49)</sup> An dieser Stelle sei nochmals die Abhandlung von Sadoghi zitiert, diesmal mit einem Erfahrungsbericht: „Ein führender Vertreter einer Anklagebehörde erklärte jüngst im persönlichen Gespräch: ‚Aus meiner Sicht wird überhaupt viel zu schnell ermittelt.‘“ Und weiter: „Vor allem anderen stellt daher eine geordnete Gedankenführung bei Sachverhaltsannahmen zum Anfangsverdacht bereits vor Beginn des Strafverfahrens im Verein mit sorgsamem ‚Tenorierung‘ die richtigen Weichen.“<sup>50)</sup>

Würde zur Begründung (§ 102 Abs 2 Z 3) der (ohne Zusatz bewilligten) Anordnung zur „Durchsuchung von Orten“ (§ 119 Abs 1) des wegen Empfangs der Textnachricht eines Bekannten (mit als Bitte um Weiterleitung eines einschlägigen Vorschlags interpretierbarem Inhalt) und darauffolgender Bitte an einen Dritten, diesen zurückzurufen, der Bestechung (§ 307 StGB)<sup>51)</sup> Beschuldigten (§ 48 Abs 1 Z 2) auf die Dokumentation eines Treffens einer Bezugsperson des Absenders und einer Person mit dem Familiennamen des Amtsträgers verwiesen, ohne den – aktenkundigen – Umstand zu erwähnen, dass eine Person gleichen Familiennamens zum geschäftlichen Umfeld der Bezugsperson des Absenders gehört, wären die Sachverhaltsannahmen der Anordnung willkürlich. Denn einem Bekannten auf eine (nicht selbst veranlasste) Textnachricht zu antworten, offenbart nur Einhaltung von Alltagsregeln gesitteten Umgangs (§ 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall), während mangelnde Erörterung von Namensgleichheit einer Person aus dem geschäftlichen Umfeld als naheliegende Erklärung Willkür nach § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall begründet. Würden solche Vorgänge der GenProk bekannt (vgl § 23 Abs 2), käme sie angesichts fehlender einschlägiger Rsp des OGH kaum umhin, „im Interesse des Staates in der Rechtspflege“ (§ 22) Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes zumindest zur Klarstellung zu erheben, was „nach diesem Gesetz“ Verdachtsannahmen „auf Grund bestimmter Tatsachen“ von substratloser Spekulation unterscheidet.<sup>52)</sup>

**Willkürliche Sachverhaltsannahmen erkennt man oft auf den ersten Blick am freien Assoziieren von Ideen und sinnlichen Wahrnehmungen, sodass nicht recht erkennbar ist, welcher „Tatumstand“ denn nun konkret zur Untermauerung von Verdachtsannahmen oder Erforderlichkeit eines Zwangsmittels herangezogen wurde, also an ihrer Undeutlichkeit (§ 281 Abs 1 Z 5 erster Fall):** Wer eine lange Begründung schreibt, weil er keine Zeit hat, eine kurze zu schreiben,<sup>53)</sup> hat auffallend häufig auch nicht die Kraft, seine Gedanken zu ordnen – sich „deutlich und bestimmt“ auszudrücken.

#### D. „Unabhängigkeit der Justiz“

Wo die Vernichtungsanordnung des § 89 Abs 4 nicht greift, wo also – wie bei Durchsuchung und Sicherstellung nach dem 1. und 2. Abschn des 8. HptSt – **prozessualer Zwang offen ausgeübt wird** und nicht in der Ausschaltung von Willensentscheidung durch verdeckte Maßnahmen besteht, ist Initiative zu gesetzlicher Klarstellung von Betroffenen kaum zu erwarten. **Einspruch und Beschwerde gegen gerichtliche Bewilligung führen zwar zur Feststellung rechtsfehlerhaft ausgeübter Ermittlungsbefugnis,<sup>54)</sup> verhindern aber die Datenauswertung nicht.** Selbst bei – in einem geordneten Justizwesen allerdings kaum vorstellbarer –<sup>55)</sup> Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme des 8. HptSt, zB der Sicherstellung eines Mobiltelefons, nur zur Suche nach „Hinweise[n] auf die Begehung einer anderen strafbaren Handlung als derjenigen, die Anlass [...] gegeben hat“, wäre „ein gesonderter Akt anzulegen“, soweit die Ergebnisse in einem Strafverfahren verwendet werden dürfen.<sup>56)</sup> Aber auch, wo die Auswertung keinerlei Hinweise auf strafrechtlich relevantes Verhalten ergibt, ist effektiver Schutz von Persönlichkeitsrechten in erster Linie auf entwickeltes Grundrechtsbewusstsein der das Verfahren leitenden StA angewiesen,<sup>57)</sup> weil ein besonderes Rechtsschutzverfahren – aus naheliegenden Gründen –<sup>58)</sup> nur für Berufsgeheimnisse besteht.<sup>59)</sup>

47) § 20a Abs 4 zweiter Satz ergänzt den – auf Verzögerungen und Haft bezogenen – § 27.

48) Vgl Ratz, ÖJZ 2020, 353 (354f) sowie 14 Os 16/19p EvBl 2019/102 einerseits und 14 Os 21/19y EvBl 2019/116 andererseits; Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 202f.

49) Redl im „Falter“ 17/2021 vom 28. 4. 2021, 21.

50) Sadoghi, ÖJZ 2021, 363 (366).

51) Was in der Textnachricht vorgeschlagene Intervention zu einem Amtsgeschäft pflichtwidrig und damit zum Gegenstand von § 307 StGB machen könnte, braucht hier nicht erörtert zu werden.

52) Der VwGH betont, dass „Verdacht“ mehr als eine bloße Vermutung ist und die Kenntnis von Tatsachen (die StPO spricht von „bestimmten Tatsachen“) voraussetzt, aus denen nach der Lebenserfahrung auf ein Vergehen – hier: eine Straftat – geschlossen werden kann (vgl VwGH 3. 10. 2013, 2013/09/0031; 16. 10. 2008, 2007/09/0182 und 0226; 18. 5. 1994, 94/09/0043; 22. 4. 1993, 92/09/0398).

53) Frei nach Johann Wolfgang von Goethe: „Ich schreibe Dir einen langen Brief, weil ich keine Zeit habe, einen kurzen zu schreiben.“

54) Vgl Ratz, WK-StPO Vor § 280 Rz 9, § 281 Rz 65ff; vgl demgegenüber das Verfolgungshindernis des § 133 Abs 5 (§ 5 Abs 3).

55) Vgl 14 Os 21/19y EvBl 2019/116.

56) § 140 Abs 2.

57) Richtungsweisend: 11 Os 56/20z EvBl 2020/159.

58) Vgl Ratz, ÖJZ 2020, 865 (869ff).

59) Aufsichtsbeschwerde nach § 37 StAG ist nicht effektiv iSd Art 13 EMRK, weil sie – prozessual betrachtet – das angebliche Fehlverhalten nur – der Dienstaufsicht gegenüber – zur Anzeige bringt, aber

**Willkürlicher Sicherstellung und Auslesen von Mobiltelefonen kann ohne unnötige Behinderung wirklicher Strafverfolgungsinteressen in Wahrheit nur durch funktionierende Dienstaufsicht entgegengewirkt werden.** Zu Recht hat nämlich der OGH bei der Abwägung übergreifiger Beweiserhebung gegen Ausblenden solcherart ermittelter Ergebnisse klargestellt, dass „erhebliche Tatsachen“, die rechtswidrig ermittelt wurden, als Ermittlungsergebnis „*aktenmäßig festzuhalten*“ sind,<sup>60</sup> wenn nicht das Gesetz eine auf diese Rechtswidrigkeit bezogene besondere Anordnung zu Vernichtung<sup>61</sup> oder Ausfolgung trifft.<sup>62</sup> Das Verbot von Gewinnung einer „*erheblichen Tatsache*“ bedeutet maW für sich allein noch kein Verbot ihrer Verwendung und Verwertung, sie also zum Akt zu nehmen.<sup>63</sup> Ich habe das bereits vor einiger Zeit in einem Aufsatz auf den Punkt zu bringen versucht:<sup>64</sup> Während Richter nach Art 87 Abs 1 und 2 B-VG in Ausübung ihres richterlichen Amtes nur dem Gesetz, nicht aber anderen Organen verantwortlich sind, sind KriminalPol und StA obersten Organen nach Art 19 Abs 1 B-VG verantwortlich. Weisungen Richtern gegenüber „*in Ausübung ihres richterlichen Amtes*“ sind daher wirkungslos (Art 87 Abs 1 B-VG); Organe der KriminalPol (Art 20 Abs 1 B-VG) aber sind ebenso weisungsgebunden wie Organe der StA (Art 90a); oberstes Organ ist BMJ für diese, BMI für jene. Die „*näheren Regelungen*“ über die Bindung der Staatsanwälte „*an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe*“ werden nach Art 90a zweiter Satz B-VG durch Bundesgesetz getroffen. **§ 2 Abs 1 zweiter Satz StAG ordnet Weisungsbindung an und die (also alle) StA den OStA – die WKStA der OStA Wien –<sup>65</sup> sowie die OStA und die GenProk dem BMJ unmittelbar unter. Wer als übergeordnetes Organ unabhängiges, also weisungsfreies<sup>66</sup> Handeln von Staatsanwälten verlangt, handelt pflichtwidrig, wer es sonst tut, äußert den Wunsch nach Änderung der klaren gesetzlichen Vorgaben oder weiß nicht, wovon er spricht.** Ohnehin ist „*[g]esetzlicher Druck [...], eine Sache in bestimmtem Sinne zu entscheiden, und sei es auch wider [...] innere Überzeugung, [...] in einer Demokratie der Sinn der Sache und kein Unabhängigkeitsproblem.*“<sup>67</sup> Worauf es ankommt, sind volle Transparenz und die Angemessenheit der Kontrolle. Dafür sorgen § 29 Abs 3 zweiter Satz StAG und § 23 Abs 1 a, § 66 Abs 1 Z 2, § 77 Abs 1, §§ 193 ff sowie § 29a Abs 3 StAG, der auch parlamentarische Kontrolle ermöglicht; ein dichtes Regelwerk, welches Gewähr dafür bietet, dass vom „*Weisungsrecht nur in rechtlich begründeten Fällen Gebrauch gemacht wird*“.<sup>68</sup> Sollte mit „*Schutz der Unabhängigkeit*“ angstfreier Gesetzesvollzug gemeint sein, wäre es um das Selbstbewusstsein der durch Art 90a B-VG 2008 neu hinzugekommenen Organe der Gerichtsbarkeit schlecht bestellt. Zu dieser Annahme besteht nach meiner Wahrnehmung auch keinerlei Anlass; eher besteht die Gefahr, dass der Öffentlichkeit ein solches Bild vermittelt wird, was dem Gemeinwohlinteresse, den „*Interessen des Staates in der Rechtspflege*“<sup>69</sup> nicht zuträglich wäre. Denn **Unabhängigkeit wird geglaubt, wenn darauf vertraut wird, dass die das Ermittlungsverfahren leitenden Organwaller sich ihrer Stellung bewusst sind**

und daher jeden Versuch unsachlicher Einflussnahme strikt unbeachtet lassen und ihr Verhalten ganz und gar nach dem Gesetz ausrichten.<sup>70</sup> Respekt vor dem Gesetz verlangt zuerst einmal Texterfassung, klare Analyse, Aufspüren begrifflicher Gegensätze, mit einem Wort systematisches, stets gleiches, methodengeleitetes Vorgehen. Das will gelernt und geübt sein. Wer das gut kann, wird entsprechend selbstbewusst agieren. Selbstbewusste Menschen sind sich ihrer Grenzen bewusst, leiden nicht an Größenphantasien und sind nicht überheblich. Gegenargumente schüchtern sie nicht ein, machen sie nicht aggressiv, führen vielmehr dazu, die eigene Position zu überdenken, sie erforderlichenfalls aufzugeben oder verständlicher zu machen. Sie brauchen sich auch vor strikter Erfüllung ihrer Berichtspflichten nicht zu scheuen – wie gute Richter, weil sie gute Argumente haben, keine Angst „*vor der Instanz*“ haben. Übrigens wird aus 669 BlgNR 25. GP 2 klar, was § 8 Abs 3 und 4 StAG zu Zwangsmitteln konkret sagen. Berichte nach § 8 Abs 1 StAG sind demnach nicht nur zu erstatten, wenn eine Anordnung von der Beurteilung einer noch nicht hinreichend geklärten Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängt, sondern auch, wenn bedeutende Verfahrensschritte gesetzt wurden. Als ein solcher wird die Anordnung einer bewilligungspflichtigen Zwangsmaßnahme ausdrücklich hervorgehoben; nota bene: die Anordnung, nicht die Anordnung der Durchführung einer bewilligten Anordnung.<sup>71</sup> Hohe Motivation beim Aufspüren als Straftat möglicherweise in Frage kommender Sachverhalte ist zweifellos wichtig, Organe der Gerichtsbarkeit dürfen aber die Verfahrensgarantien des Rechtsstaates nicht aus dem Blick verlieren und sind – wo Kontrolle

kein subjektives Recht geltend macht und zudem nicht auf Gerichtskontrolle zielt; vgl auch Art 47 Abs 2 GRC.

60) Vgl § 100 Abs 1 erster Satz.

61) Vgl § 89 Abs 4, § 123 Abs 3, § 124 Abs 4, § 139 Abs 4, § 142 Abs 5, § 143 Abs 1, § 159 Abs 3.

62) § 112 Abs 1 und 2.

63) Vgl Ratz, WK-StPO Vor § 280 Rz 8/7, 9, § 281 Rz 65, 368.

64) Ratz, ÖJZ 2020, 865 (866f).

65) § 2a Abs 1 und 3 StAG; vgl 299 BlgNR 23. GP 19 und 669 BlgNR 25. GP 2, wonach es mit Blick auf BGBl I 2015/96 bei Berichtspflichten einer „*speziellen Ausnahmeregelung für die WKStA [...] nicht mehr [bedarf]*“.

66) Grundlegend Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit, 58; vgl auch Dienstaufsicht, 34 ff (mwN).

67) Wiederin, Gedanken über die richterliche Unabhängigkeit, in: Neumayr [Hrsg], Unabhängigkeit der Rechtsprechung, 1 (8).

68) Zur „*im Rahmen der Grundprinzipien der Rechtsordnung der betreffenden Vertragspartei*“ nach Art 20 ER-Strafrechtsübereinkommen über Korruption „*erforderliche[n] Unabhängigkeit*“ und Freiheit von „*jedem unzulässigen Druck*“ (mit „*unzulässigem Druck*“ wird ein Problem, nicht dessen Lösung angesprochen; vgl Dienstaufsicht, 45 ff [mwN]) betont 299 BlgNR 23. GP 5, dass die „*Weisungsunterstellung [...] zu den ganz wesentlichen Grundsätzen der österreichischen Verfassungsordnung [zählt]*“, weshalb „*durch eine Erhöhung der Transparenz von erteilten Weisungen und durch einen Ausbau der parlamentarischen Kontrollrechte unterstrichen werden [soll], dass von diesem Weisungsrecht nur in rechtlich begründeten Fällen Gebrauch gemacht wird*“ (in rechtlich nicht begründeten Fällen davon Gebrauch zu machen, wäre denn auch Befugnisfehlgebrauch); vgl auch Wiederin, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28; Wiederin, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in FS Stolzelechner 741 (754).

69) Vgl § 1 erster Satz StAG.

70) Vgl auch § 30 StAG.

71) Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 44; Anordnungen und Anträge, die wegen Gefahr im Verzug sofort gestellt werden müssen, entbinden nicht von einer Pflicht zur Berichterstattung (§ 8 Abs 4 StAG).

durch unabhängige Gerichte (seit 2008) fehlt – nötigenfalls daran zu erinnern, soll das neue Ermittlungsverfahren seinem Anspruch gerecht werden, die rechtsstaatlichen Garantien zu festigen, statt sie zu diffundieren. Das bezwecken im Übrigen auch die Worte „nach diesem Gesetz“, wie 11 Os 56/20z klargemacht hat. Demnach „[fließen] die Garantien der EMRK über die einfachgesetzliche Regelung des § 5 Abs 1 in die Bestimmung des § 106 Abs 1 ein“.

### E. Verschlussachengeheimnis

So berechtigt Verschlussachenvorschriften in einem von § 12 Abs 1 zweiter Satz ausdrücklich als nicht öffentlich herausgestrichenen Ermittlungsverfahren sind, so wichtig ist interne Reflexion für besonnene Ausübung der Leitungsbefugnis. Organwalter der StA, welche „selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2) durchführen“ (§ 103 Abs 2 erster Fall), haben den Vorteil unmittelbarer Nähe zum Geschehen, Organe der Dienstaufsicht denjenigen einer distanzierteren Sicht darauf. Das geltende Recht setzt auf beides. Worum es geht, ist Abschottung nach außen, nach innen nur, soweit diese Abschottung nach außen bezweckt. Die „Verschlussachenverordnung“ ist ein Leitungsinstrument für, nicht gegen den „Leiter“ der befassten StA. Will er – ohne dass dies aus besonderen Gründen geeignet wäre, den „Zweck der Ermittlungen“ oder „Persönlichkeitsrechte von Personen, die von diesen Ermittlungsmaßnahmen betroffen sind“, zu verletzen – mit der Amtsverschwiegenheit unterliegenden Kollegen seiner oder einer vorgesetzten Dienststelle für ihn oder deren Aufgaben relevante Problemstellungen erörtern, ist keineswegs Erteilung einer „Zugriffsberechtigung“ (§ 5 Verschlussachenverordnung) für diese Kollegen erforderlich. Nicht er soll kontrolliert, vielmehr soll ihm Kontrolle über die von der Verordnung erfassten Informationen nach außen und gegenüber zur Akteneinsicht Berechtigten (§ 51 Abs 1 erster Satz [§§ 68 Abs 1 und 2, § 77 Abs 1]) ermöglicht werden. Kontrolle über „Leiter“ ist Sache von der „Verschlussachenverordnung“ unabhängiger – auch genereller, im Schrifttum als Verwaltungsverordnung bezeichneter – Weisungen.<sup>72)</sup> Dienstaufsicht ist übrigens vornehmlich dazu da, Hilfestellung zu bieten, und sollte schon deshalb – also aus purer Zweckmäßigkeit – nicht durch sinnentleerte Barrieren behindert werden. Wer vertrauensunwürdig ist, darf damit ohnehin nicht befasst werden; auch solche Entscheidungen aber sind in Vollziehung von Gesetzen (Art 18 Abs 1 B-VG) zu treffen – nur geht es nicht um Strafprozess-, sondern Dienstrecht.

### F. Persönlichkeitsschutz gegen Ermittlung

Im Strafverfahren geht es stets nur um Kriminalstrafrecht, nicht um sonstiges Verhalten, und bei der Aufklärung von Straftaten darf der Staat nur in dem Umfang in die Rechte von Personen eingreifen, „als dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen und zur Aufgabenerfüllung erforderlich ist“. Auch der Einsatz prozessualer Mittel als solcher kann Persönlichkeitsrechte verletzen. Mit „Befugnis“ meint die StPO, demnach auch § 5 Abs 1 erster Satz, keineswegs bloß Zwangsmaßnahmen, vielmehr „Berechtigung“, wo es um staatliche Or-

gane geht, Kompetenz,<sup>73)</sup> umfasst also „jegliche Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln“.<sup>74)</sup> „Ohne eine in Gesetzesform gegossene Ermächtigung dürfen staatliche Organe nicht hoheitlich tätig werden. Im Unterschied zu Privaten, denen alles Tun und Lassen erlaubt ist, sofern und soweit sie nicht an rechtliche Grenzen stoßen, ist dem Staat alles verboten, wozu ihm nicht durch Gesetz eine Handlungsoption eröffnet wird [...] Unbestritten ist [...], dass neben dem materiellen auch das formelle Recht erfasst ist [...]. Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage [...] schließt [...] schlicht-hoheitliches Handeln mit ein“, woran Wiederin aus Sicht des Verfassungsrechts keinen Zweifel lässt.<sup>75)</sup> Keineswegs alles, was StA oder KriminalPol bekannt wird, darf also zum Akt genommen werden. Der Inhalt des Ermittlungsakts ist rechtlich, nicht faktisch determiniert. 11 Os 56/20z<sup>76)</sup> ist dazu an Klarheit nichts schuldig geblieben: „Nicht im Dienste der Strafrechtspflege erfolgende Archivierung von Information durch Strafverfolgungsorgane geschieht ohne gesetzliche Deckung; die Ermittlungsakten sind nicht faktisch, sondern rechtlich determiniert. Informationen, deren Erheblichkeit für die Aufklärung von Straftaten – auch als Kontrollbeweis – nicht erkennbar ist, sind vom Verfahrensgegenstand nicht umfasst. Sie dürfen weder ermittelt noch zu den Akten genommen oder dort belassen werden. Umgekehrt bedeutet das Verbot der Gewinnung einer erheblichen Tatsache für sich allein noch kein Verbot ihrer Verwendung oder Verwertung, sie also zu den Akten zu nehmen. Adressatin nach § 100 zu erstattender Berichte ist die StA (§ 100 Abs 2), die als Leiterin des Ermittlungsverfahrens letztlich zur Entscheidung und gegebenenfalls Anordnung gegenüber der KriminalPol befugt ist, welche konkreten (auch schützenswerte Persönlichkeitsrechte betreffenden) Inhalte unter den Kriterien von Anlass, Durchführung und Ergebnis aktenmäßig festzuhalten sind. Bei rechtlichen Zweifeln über den Inhalt des Ermittlungsakts hat die KriminalPol die StA zu befragen. Rechtsschutz gegen Entscheidungen oder Anordnungen der StA über den Inhalt des Ermittlungsakts bietet den in ihren Persönlichkeitsrechten Betroffenen Einspruch an das Gericht nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO mit der schlüssigen Behauptung einer Verletzung eines von § 5 Abs 1 erster Satz StPO iVm Art 8 MRK bzw § 1 DSGVO, allenfalls § 74 Abs 1 geschützten subjektiven Rechts durch Verweigerung dessen Ausübung.“<sup>77)</sup> Der OGH hat damit nachdrücklich auf grundrechtliche Schutzpflichten für Persönlichkeitsrechte aufmerksam gemacht, wenn sich Führungsorgane vom Bestehen einer darauf bezogenen Gefahr überzeugen. Archivierung ins Blaue hinein bedeutet demnach Fehlgebrauch von Befugnis zur Aufklärung von Straftaten.<sup>78)</sup> Dass VfGH 2. 12. 2020, UA 3/2020,<sup>79)</sup> – gegen jede rezente

72) Näher Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 97 ff.

73) Vgl Ratz, ÖJZ 2020, 865 (868 mwN).

74) Wiederin, WK-StPO § 5 Rz 46.

75) Wiederin, WK-StPO § 5 Rz 13–17.

76) 11 Os 56/20z EvBl 2020/159.

77) IglS 11 Os 51/20i EvBl 2020/143; 12 Os 140/20k EvBl 2021/62; vgl bereits 11 Os 69/18h EvBl-LS 2019/146.

78) Vgl 14 Os 21/19y EvBl 2019/116.

79) UA 3/2020 EvBl 2021/14.

Erfahrung – nach Art 138b Abs 1 Z 7 B-VG ergriffene Beschwerden als iSv Art 13 EMRK effektiv ansieht, ist kaum anzunehmen. Gleichwohl hat der VfGH von der BMJ eingemahnten kommissarischen Grundrechtsschutz gegen Übermittlung selbst überschießend ermittelte und folgerichtig nicht zum Ermittlungsakt genommener Daten verweigert. Dass er § 76 Abs 4 Z 2 weder angewendet noch von Amts wegen über dessen allfällige Verfassungswidrigkeit erkannt hat (Art 18 Abs 1, 140 Abs 1 Z 1 lit b B-VG), könnte allerdings seine Ursache im Fehlen einer expliziten Berufung auf die Vorschrift haben. Wo es nicht just um Aufklärung des Vorgangs unzulässiger Aufklärung geht,<sup>80)</sup> ist „[e]ine Übermittlung personenbezogener Daten, die nach diesem Gesetz ermittelt wurden,“ nämlich ausnahmslos allen Organen der Vollziehung – nicht nur KriminalPol, StA und Gericht, vielmehr auch der BMJ – ausdrücklich untersagt, sofern „im Einzelfall schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen (§ 1 Abs 1 DSGVO) die mit der Übermittlung verfolgten Zwecke überwiegen“, und zwar keineswegs bloß „an Behörden und Gerichte“, vielmehr an jede staatliche Stelle wie überhaupt an jedermann. Die Vorschrift dient just kommissarischem Grundrechtsschutz, dessen Notwendigkeit die BMJ beim VfGH erfolglos „angezeigt“ hatte.<sup>81)</sup>

### G. Beweisaufnahme nach § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO

Während Zwangsmittel (1., 2., 4.–6. Abschn des 8. HptSt) und Erkundigung (§ 152 Abs 1 erster Satz) ausschließlich Vorbereitung von Beweisaufnahme sind, erfolgt Vernehmung von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen stets als Beweisaufnahme. Berichten Zeugen nur über bereits erfolgte sinnliche Wahrnehmungen, werden – nicht bloß zur Befragung im Rahmen einer gerichtlichen Vernehmung beigezogene – Sachverständige über das Ergebnis ihrer Wahrnehmungen und Schlüsse vernommen, welche sie im Auftrag der StA oder des Gerichts getätigt und gezogen haben. Auch Bestellung und Führung von Sachverständigen vor deren Vernehmung über die Ergebnisse ihrer Tätigkeit erfolgen demnach „im Rahmen“ einer Beweisaufnahme durch die StA (§ 103 Abs 2) oder das Gericht, einerseits im Ermittlungsverfahren (§ 104 Abs 1), andererseits außerhalb<sup>82)</sup> und in öffentlicher Verhandlung von Haupt- und Rechtsmittelverfahren. Beantragt die StA gerichtliche Aufnahme des Sachverständigenbeweises im Ermittlungsverfahren, hat sie keine Befugnis zu (nach § 126 Abs 5 erster Satz auflösend bedingter) Bestellung des Sachverständigen nach § 126 Abs 3 erster Satz. Für die demnach unmittelbare Bestellung greifen § 126 Abs 3 letzter Satz und Abs 5 letzter Satz, und der StA steht nach § 87 Abs 1 oder Abs 2 erster Satz, Beschuldigten und bestellten Sachverständigen aber nach § 87 Abs 1 und Abs 2 zweiter Satz Beschwerde zu. Ein Augenschein kann schließlich bloß zur Vorbereitung von oder als Beweisaufnahme erfolgen. Der Augenschein durch einen beauftragten Richter erfolgt als Beweisaufnahme, über die dieser in der Hauptverhandlung oder im Gerichtstag berichtet, weil die StPO unmittelbare Beweisaufnahme durch erkennendes oder über Urteilsanfechtung entscheidendes Gericht nicht

zwingend verlangt.<sup>83)</sup> Wegen „der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Person des Tatverdächtigen“ nach § 103 Abs 2 zweiter Satz zwingend zu beantragende „gerichtliche Beweisaufnahmen“ können demnach nur in der „Durchführung“ von Vernehmung von Beschuldigten (§ 48 Abs 2) und Zeugen, eines Sachverständigenbeweises und eines Augenscheins bestehen, nicht aber in der Durchführung von Zwangsmitteln (1., 2., 4.–6. Abschn des 8. HptSt) oder einer Erkundigung. Identitätsfeststellung oder Durchsuchung von Orten und Gegenständen sowie von Personen kann nach § 102 Abs 2 zweiter Satz also ebenso wenig beantragt werden wie die Durchführung von verdeckter Ermittlung oder von Scheingeschäften durch den Einzelrichter. Nach § 101 Abs 2 zweiter Satz mit der Prüfung von Ergebnissen geheimer Ermittlungsmaßnahmen des 5. Abschn des 8. HptSt (§ 138 Abs 4, § 139)<sup>84)</sup> oder der Auswertung sichergestellter Mobiltelefone<sup>85)</sup> darf das Gericht also nicht befasst werden. § 103 Abs 1 überträgt stattdessen die Durchführung von „Ermittlungsmaßnahmen“ der KriminalPol. Da allein die KriminalPol zur Durchführung verdeckter Ermittlung befugt ist, verpflichtet § 152 Abs 2 erster Satz nur sie, „auf ihre amtliche Stellung hinzuweisen, wenn diese nicht aus den Umständen offensichtlich ist.“<sup>86)</sup> Während sich die StA nach § 103 Abs 1 zweiter Satz „an allen Ermittlungen der KriminalPol beteiligen und dem Leiter der kriminalpolizeilichen Amtshandlung einzelne Aufträge erteilen“ kann, sieht das Gesetz eine solche Befugnis des Gerichts – auch über Antrag der StA – nicht vor.<sup>87)</sup> Mit „Bedeutung der Sache“ verwendet das Gesetz denselben Begriff wie in § 170 Abs 3, § 173 Abs 1, meint also keineswegs das öffentliche Interesse, sondern die Schwere der der Annahme dringenden Tatverdachts zugrundeliegenden Straftaten. Geht es nur um ein Vergehen, trifft die StA demnach keine Verpflichtung, „[a]bgesehen von den in den §§ 149 Abs 3 und 165 Abs 2 vorgesehenen Fällen“ gerichtliche Beweisaufnahme zu beantragen. Auch sonst haben Beschuldigte (§ 48 Abs 2) kein Recht darauf, und ein auf § 106 Abs 1 Z 1 gegründeter Einspruch bliebe demnach erfolglos.<sup>88)</sup>

### H. Recht auf Erkundungsbeweisführung durch Sachverständige?

Ins Blaue hinein zu ermitteln, ist dem Staat, wie dargelegt, nicht erlaubt.<sup>89)</sup> Die Aussage des OGH, wonach im Ermittlungsverfahren Erkundungsbeweisführung grundsätzlich zulässig ist, kann sowohl aus der Per-

80) Vgl die Einschränkung des mit § 166 normierten Beweisverbots.

81) Richtungsweisend zuletzt EuGH 2. 3. 2021, C-746/18, H. K./Prokuratur.

82) Vgl § 254.

83) § 254 Abs 2, § 474 (§ 489 Abs 1 zweiter Satz).

84) Zu § 138 Abs 4 vgl Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 196f, 497 sowie (zur Kontrolle durch den Rechtsschutzbeauftragten) Rz 45f.

85) Zu § 111 Abs 2 vgl Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 86, 324.

86) Vgl Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 109ff.

87) Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 115.

88) Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 40.

89) Unmissverständlich: 14 Os 21/19y EvBl 2019/116.



spektive der für eine Anklage notwendigen Ermittlungen als auch derjenigen der Verteidigung leicht missverstanden werden. Gemeint ist Folgendes: § 55 Abs 1 letzter Satz zeigt, dass kein Rechtsanspruch am Ermittlungsverfahren Beteiligter auf bloße Erkundungsbeweisführung und damit aktenmäßiges Festhalten für die weitere Sachverhaltsklärung unerheblicher Beweismittel als Ermittlungsansatz besteht.<sup>90)</sup> Bedeutet Erkundungsbeweisführung Sachverhaltsklärung ohne Begründung<sup>91)</sup> der Tauglichkeit der Ermittlung, meint das Schlagwort von grundsätzlicher Zulässigkeit von Erkundungsbeweisführung im Ermittlungsverfahren,<sup>92)</sup> dass Führungsorgane Ermittlungen nicht begründen müssen, sofern das Gesetz (oder die StA gegenüber der KriminalPol) nicht Gegenteiliges anordnet.<sup>93)</sup> Da § 55 Abs 1 letzter Satz zwar für Beschuldigte und Privatbeteiligte, nicht aber für KriminalPol und StA eine „bindende Regelung“ enthält, ist Erkundungsbeweisführung KriminalPol und StA „im Ermittlungsverfahren“ gestattet. Nach § 103 Abs 2 kann die StA „auch selbst Ermittlungen [...] durchführen oder durch einen Sachverständigen durchführen lassen“. Verlangen Beschuldigte die Durchführung eines solchen Sachverständigenbeweises im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme (§ 126 Abs 5 erster Satz) geht die Befugnis zur Bestellung und Führung des Sachverständigen auf das Gericht über, ohne dass diesem jedoch Prüfungsbefugnis hinsichtlich der Zweckmäßigkeit des Sachverständigenbeweises zukommt. Das Gericht muss daher – so 14 Os 84/20i –<sup>94)</sup> einen Sachverständigen bestellen, selbst wenn es zur Ansicht gelangen sollte, dass dem (erst zu beauftragenden) Gutachten ein Beweiswert nicht zukommen wird. Beschuldigte – nicht Privatbeteiligte – haben ein Recht auf Erkundungsbeweisführung nach Maßgabe von § 104 Abs 1 erster Satz „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ durch Sachverständige und können dieses nach § 87 Abs 2 zweiter Satz beim OLG geltend machen. Zwar wird das Gericht

durch § 104 Abs 2 erster Satz ermächtigt, den Sachverständigenbeweis über das nach § 103 Abs 2 von der StA festgelegte Beweisthema hinaus auszudehnen. Subjektive Rechte an der Durchführung der gerichtlichen Beweisaufnahme Beteiligter sind aus dieser Ermächtigung jedoch nicht abzuleiten und aus § 104 Abs 1 erster Satz in dieser Richtung nichts zu gewinnen. **Auf Befundaufnahme und Schlussfolgerungen, keineswegs auf „weitere Beweise“** (§ 104 Abs 2 erster Satz) oder **„weitere Ermittlungen“** (§ 105 Abs 2 erster Satz) bezieht sich nämlich die gegen bloße Verzögerung abgegrenzte Ausnahme der Obliegenheit von Antragstellern, „zu begründen, weswegen“ die Antwort des Sachverständigen „geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären“; begrifflich verschwommene Beschwörung einer „Beweisaufnahmeobligenheit“ des Gerichts hat keine Grundlage, weder iES „nach diesem Gesetz“ noch nach Art 6 EMRK.<sup>95)</sup> Nicht auf Erkundungsbeweisführung gerichtete Erweiterung des Beweisthemas kann bei der StA beantragt (§ 55) und Verweigerung zum Gegenstand von Einspruch gemacht werden (§ 106 Abs 1 Z 1).

90) Vgl aber § 104 Abs 1 erster Satz zur Befragung von Sachverständigen; zum gleichen Zugang zur Person des Sachverständigen im Gegensatz zur Beweisführung durch Sachverständige vgl Ratz, Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis der StPO, ÖJZ 2018, 951 (952).

91) Führungsorgane müssen nicht, Beteiligte können nicht.

92) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 331.

93) Vgl § 102 Abs 1 zweiter Satz, § 101 Abs 3 zweiter und dritter Satz; WK-StPO Vor § 280 Rz 8/3; § 254 gibt auch Vorsitzenden „diskretionäre Gewalt“, allerdings nur auflösend bedingt nach Maßgabe von §§ 238, 281 Abs 1 Z 4, wogegen Ermittlungen als solche durch § 106 Abs 1 Z 1 nicht verhindert werden können.

94) Vgl 14 Os 84/20i EvBl 2021/34.

95) Vgl Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO, Rz 221; unter Berufung auf 22 Bs 276/19b (OLG Wien) verfehlt Dangel/Wess, Die Behandlung von Beweisanträgen im Rahmen der gerichtlichen Führung des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren, ZWF 2021, 2.

→ In Kürze

- Jeder strafprozessuale Vorgang vor Einbringen der Anklage findet „im Ermittlungsverfahren“ statt. Ermittlungsverfahren werden demnach zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, nach § 193 Abs 1 zweiter Satz oder als Strafverfahren geführt. „Einleitung des Ermittlungsverfahrens“ meint dessen Beginn als Strafverfahren.
- Die durch § 50 Abs 1 erster Satz gebotene Information einer Person über die Tatsache, dass zur Aufklärung eines Anfangsverdachts gegen sie ermittelt wird (§ 1 Abs 2 erster Satz), und „den gegen ihn bestehenden Tatverdacht“ verleiht keine Befugnis, zu dessen Dringlichkeit und Gewicht beweiswürdigend Stellung zu beziehen. Mit den Worten des OGH: „Die StA hat zu informieren, nicht aber die Verfahrensführung zu rechtfertigen.“ Eilkompetenz im Verhältnis von Staatsanwaltschaften zueinander (§ 25 Abs 3) kommt der WKStA nicht zu.
- Willkürlicher Sicherstellung und Auslesen von Mobiltelefonen kann unter dem Aspekt von verletzten Persönlichkeitsrechten ohne unnötige Behinderung wirklicher Strafverfolgungsinteressen effektiv nur durch funktionierende Dienstaufsicht entgegengewirkt werden.
- Die „Verschlussachenverordnung“ ist ein Leitungsinstrument für, nicht gegen „Leiter“ der mit den jeweiligen Verfahren befassten StA.

- Wegen „der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Person des Tatverdächtigen“ nach § 103 Abs 2 zweiter Satz zwingend zu beantragende „gerichtliche Beweisaufnahmen“ können nur in der „Durchführung“ von Vernehmung von Beschuldigten (§ 48 Abs 2) und Zeugen, eines Sachverständigenbeweises und eines Augenscheins bestehen, nicht aber in der Durchführung von Zwangsmitteln (1., 2., 4.–6. Abschn des 8. HptSt) oder einer Erkundigung.
- Auf Befundaufnahme und Schlussfolgerungen, keineswegs auf „weitere Beweise“ (§ 104 Abs 2 erster Satz) oder „weitere Ermittlungen“ (§ 105 Abs 2 erster Satz) bezieht sich die gegen bloße Verzögerung abgegrenzte Ausnahme der Obliegenheit von Antragstellern, „zu begründen, weswegen“ die Antwort des Sachverständigen „geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären“.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Eckart Ratz, Präsident des OGH iR, ist Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien, Herausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO sowie Bearbeiter des strafrechtlichen Teils des EvBl der ÖJZ. E-Mail: eckart.ratz@univie.ac.at



**Vom selben Autor erschienen:**

Rechtsmittel gegen Urteile und Grundlegendes zum Rechtsschutz im Strafverfahren<sup>2</sup> (2020); Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO (2021); Dienstaufsicht, in

Neumayr (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung – nach außen und nach innen (2018), 31; Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und Wirtschaftsstrafverfahren, ÖJZ 2016, 592.



# Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch, Herbert Painsi,  
Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

88. Jahrgang – Nr 109 – 115

## → Amtshaftung für unschlüssige Oppositionsklage

### § 1 AHG; § 180 ZPO

Für vermeidbare (Mehr-)Prozesskosten, die einer Partei durch evident unnötig veranlasste Verfahrensschritte (infolge einer unvertretbaren Auslegung von Vorschriften des materiellen oder formellen Rechts) entstehen, besteht ein Amtshaftungs-

#### Sachverhalt:

Die **KI kauften** 2014 mit vollstreckbarem Notariatsakt eine **Liegenschaft**. Da sie die zweite Kaufpreistranche nicht zahlten, führte der Verkäufer gegen sie **Exekution** zur Hereinbringung ua durch Zwangsversteigerung der Liegenschaft. Die **KI** erhoben eine **Oppositionsklage** und nannten als **Grund** arglistig verschwiegene, erst sukzessive hervorgetretene Mängel (Anlassverfahren). Sie brachten vor, die Mängel rechtfertigten eine **Preisminderung** in Höhe der ausständigen Kaufpreistranche, weswegen der (restliche betriebene) Anspruch des Verkäufers aus dem Notariatsakt erloschen sei. Die Exekution wurde über ihren Antrag aufgeschoben; die **KI** beantragten zum Nachweis der behaupteten Mängel die **Beweisaufnahme** ua durch die Einholung eines Gutachtens eines SV aus dem Bauwesen. Das für die Oppositionsklage zuständige Bezirksgericht führte ein Beweisverfahren auch durch Beiziehung eines SV durch. Nach mehr als zwei Jahren wurde der Beitritt zweier Professionisten als **NI** auf Verkäuferseite zugelassen und die **KI** zum Notariatsakt und dem darin enthaltenen Gewährleistungsverzicht vernommen. Im Anschluss an ergänzendes Vorbringen wies der Erstrichter erstmals darauf hin, dass ein Preisminderungsrecht **keinen tauglichen Oppositionsgrund** darstellen könne, und gestand ein, dass (auch) er dies nicht gewusst und erst kürzlich erfahren habe. Er schloss – für die Parteien überraschend – nach Abweisung der noch unerledigten Beweisanträge die Verhandlung. Das **abweisende Urteil**, mit dem den **KI** der Ersatz der Kosten des **Bekl** und der beiden **NI** auferlegt worden war, bekämpften die **KI** nicht, weil sie dies für aussichtslos erachteten.

Seit der 1997 zu RS0108542 in das Rechtsinformationssystem des Bundes aufgenommenen E 3 Ob 20/97f (ecolex 1997, 919 [krit *Wilhelm*]) judiziert der OGH, dass bei der Oppositionsklage der **Umstand**, auf den der **KI** seine Einwendungen stützt, wie bei jeder

anspruch; ein Mitverschulden einer Partei ist dabei jedoch zu berücksichtigen. Danach, von welcher Partei die unnötigen Mehrkosten letztlich zu tragen sind, ist nicht zu unterscheiden; § 180 Abs 3 ZPO bezweckt ebenso den Schutz der unterliegenden (und zum Kostenersatz verpflichteten) Partei.

Klage, spätestens bei Schluss der Verhandlung erster Instanz **eingetreten** sein muss, was nicht der Fall ist, wenn (erst) im Oppositionsprozess Anfechtung wegen List oder Irrtums oder Preisminderung geltend gemacht wird, da die angestrebte Gestaltungswirkung erst mit Rechtskraft des Urteils eintritt.

Die **KI** begehren **Schadenersatz** nach dem AHG für die **Verfahrenskosten**, die sie aufgrund des verlorenen Oppositionsprozesses endgültig tragen mussten. Der Erstrichter sei seiner Anleitungspflicht nicht nachgekommen und habe mit ihnen die Irrelevanz der behaupteten Mängel nicht erörtert, sondern diese durch mehrere Gutachten objektiviert. Die **Bekl** wandte iW ein, dass eine anwaltlich vertretene Partei nur dann anzuleiten sei, wenn sie (auf tatsächlicher Ebene) etwas übersehen oder für unerheblich gehalten habe und das Klagebegehren deswegen unbestimmt, unschlüssig oder widersprüchlich sei.

Das ErstG gab der Klage teilweise statt (Verschuldensteilung 1:1).

Das BerG wies die Klage ab.

Der OGH gab der Rev der Kl teilweise Folge.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

##### [Rechtswidrigkeitszusammenhang]

Gem § 1 Abs 1 AHG haften die dort genannten Rechtsträger für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen „wem immer“ schuldhaft zugefügt haben (zur einschränkenden Auslegung dieses Begriffs siehe RS0022416 [T 1]). Auch für den Bereich des Amtshaftungsrechts gilt der allgemeine Grundsatz, dass die verletzte Vorschrift gerade auch den Zweck haben muss, den Geschädigten vor den schließlich eingetretenen (Vermögens-)Nachteilen zu schützen (RS0050038 [T 1]). Es muss daher geprüft werden, ob Pflichten der Rechtsträger nur im Interesse der Allge-

EvBl 2021/109

§ 1 AHG  
(§ 180 ZPO)

OGH 2. 3. 2021,  
1 Ob 204/20m  
(OLG Graz  
5 R 48/20y;  
LG Klagenfurt  
49 Cg 22/19g)

**Neue Entscheidung zur Amtshaftung für Kosten des KI aus aussichtsloser Prozessführung.**