

E. Fazit

Die Entscheidung der Großen Kammer des EuGH in der Rs *Deutsche Wohnen* kann als Richtungsentscheidung bezeichnet werden und klärt wesentliche Fragen zur Verhängung von Geldbußen nach der DSGVO. So lässt sich grundlegend festhalten, dass datenschutzrechtliche Geldbußen unmittelbar gegen juristische Personen festgesetzt werden können, ohne dass es eine Zurechnung der Pflichtverletzung zu einer natürlichen Person braucht.¹²⁰ Zudem spricht sich der EuGH klar gegen eine verschuldensunabhängige Haftung des Verantwortlichen aus.¹²¹ Dabei wies der EuGH auch sehr deutlich darauf hin, dass die materiellen Voraussetzungen für die Verhängung einer Geldbuße abschließend in Art 83 DSGVO geregelt wurden und den Mitgliedstaaten diesbezüglich kein Ermessensspielraum zukommt.¹²² Mit diesen Ausführungen konnte der EuGH wichtige Klarstellungen treffen und datenschutzrechtliche Grundsätze festigen, die sich stark an bereits aufgestellten kartellrechtlichen Grundsätzen orientieren.¹²³

Abschließend kann festgehalten werden, dass der EuGH in der Rs *Deutsche Wohnen* zur Rechtssicherheit hinsichtlich höchst

umstrittener Fragen im Zusammenhang mit der DSGVO beitragen konnte. Die Auslegungshoheit des EuGH gewährleistet so eine effektive und unionsweite einheitliche Auslegung und Anwendung der Datenschutzvorschriften, insb der Sanktionsbestimmungen. Dabei wird die Entscheidung der großen Kammer die Geldbußenpraxis der europäischen Aufsichtsbehörden nachhaltig prägen und unter Umständen auch erleichtern.

Plus

ÜBER DIE AUTORIN

E-Mail: sarah.werderitsch@univie.ac.at

¹²⁰ Grundlegend EuGH C-807/21, *Deutsche Wohnen*, Rn 44, 46.

¹²¹ Siehe EuGH C-807/21, *Deutsche Wohnen*, Rn 68.

¹²² Dazu EuGH C-807/21, *Deutsche Wohnen*, Rn 45, 65.

¹²³ So bereits GA Sánchez-Bordona C-807/21, *Deutsche Wohnen*, Rn 50; idS auch *Wünschelbaum*, DSB 2024, 15. Zu erwähnen sei hier bspw der kartellrechtliche Unternehmensbegriff für die Berechnung der Höhe der Geldbuße, die Voraussetzung von Fahrlässigkeit oder Vorsatz, die unmittelbare Sanktionierung der juristischen Person.

Begriffe der StPO und des Art 90 a B-VG – „Befugnisse“, „Rechte“ und Kümmernisse¹

Der Beitrag schnell gelesen

§ 1 ist als Regelung leicht auszumachen und bringt die Struktur von Verfahren „nach diesem Gesetz“ – fein auf § 91 abgestimmt – mit eindrucksvoller Präzision auf den Punkt, wie überhaupt die logische Stringenz „nach diesem Gesetz“ besticht. Wer es exakt anwenden und so das „demokratische“ Prinzip des Art 1 B-VG respektieren will oder als Amtsträger dazu verpflichtet ist, wird durch die Vielschichtigkeit seiner Regelungen allerdings aufgehalten. Zudem kümmert sich der Gesetzgeber zunehmend um Gefühle seiner Bezugspersonen und belehrt sie darüber, was „nach diesem Gesetz“ ohnehin gilt, dann aber nicht selten irreführend unvollständig. Er läuft damit Gefahr, die vom B-VG aufgetragene Kontrolle zu verlieren, Interpretieren aber werden versucht, „über die Frage, ob ein“ Rechtssatz „als erwiesen anzunehmen sei, nicht nach gesetzlichen Beweisregeln, sondern nur nach

ihrer freien [...] Überzeugung“ zu „entscheiden“ (vgl § 258 Abs 2). Nachdem zuletzt sogar ErläuterRV nicht mehr „nach diesem Gesetz“, sondern „der Praxis“ und was dazu „empfunden wurde“, zu begründen versucht hatten, warum § 112 a zum Schutz von „Informationen“ einer Beh oder öff Dienststelle vor „Zwangsmaßnahmen“ erforderlich sei, soll Hilfeleistung bei der Unterscheidung von Regelwerk und Aufmachung versucht werden.

Strafprozessrecht

Art 90 a B-VG, §§ 1, 4, 9, 99-108 a StPO
VfGH G 233/2014 ua; OGH 11 Os 56/20z; 12 Os 92/21 b (verstSen); 12 Os 15/23 g; 14 Os 46/09 k, 47/09 g; 14 Os 68/21 p; OLG Wien 23 Bs 193/19 d

ÖJZ 2024/86



Dr. ECKART RATZ, PräsDOGH iR, ist Mitherausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Wien.

Inhaltsübersicht:

A. „Hilfeleistung“ für „Verfahren“, „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“, insb der „Staatsanwaltschaft“ als „Behörde“ nach Art 90 a B-VG und „nach diesem Gesetz“

1. „Hilfeleistung“ für „Verfahren“ (§ 1 Abs 1 erster Satz) „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“

„Fahndung“ und „Festnahme“ sowie „Ermittlung“ durch „Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft“ und „Opfer“
a) „Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft“
b) „Opfer“

¹ §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO; bereits vom Autor Gesagtes wird in Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO², ggf in Auseinandersetzung mit abw Schrifttum, begründet (Rz ohne Werkangabe beziehen sich darauf); auf das dortige Inhalts- und Stichwortverzeichnis wird ebenfalls verwiesen.

2. „Anklageprozess“ und „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ in „Ermittlungs[...]funktionen“ sowie deren „Bindung an Weisungen“
 - a) „Anklageprozess“ und Bestandsgarantie der „Staatsanwälte“
 - b) „Staatsanwälte sind Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“
 - c) „Bindung an die Weisungen der [...] vorgesetzten Organe“
 3. Rechtsschutz gegenüber „Verhalten von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei“
 4. „Ausübung von Befugnissen“ als Stellschraube „nach diesem Gesetz“
- B. Sachverhaltsklärung und Sachverhaltsannahmen
1. Gebrauch „von Befugnissen“ und Kümmernisse
 - a) Bestehen eines Sachverhalts „nach diesem Gesetz“
 - b) Willkürfreie (rechtsfehlerfreie) Sachverhaltsannahmen
 2. „Rechte“ und „Anzeige“ in „Verfahren“ (§ 1 Abs 1 erster Satz)
 3. Anmaßung „von Befugnissen“ und „[g]erichtliche Beweisaufnahme“ (§ 104)
 - a) Anmaßung „von Befugnissen“ (§ 5 Abs 1 erster Satz)
 - b) „Ermittlungen [...] durch einen Sachverständigen“ und „[g]erichtliche Beweisaufnahme“ (§ 103 Abs 2, § 104 [§ 101 Abs 2 zweiter Satz], § 126 Abs 5 zweiter Satz)
- C. „Anordnungen und Genehmigungen“, „Berichte“ und „Akteneinsicht“
1. „Anordnungen [...] Genehmigungen“ und „Berichte“
 2. „Akteneinsicht“
 3. „Bekanntmachung“ von „Ermittlungsmaßnahmen“
- D. Gesetzlicher Richter „nach diesem Gesetz“ (Art 83 Abs 2 [18 Abs 1] B-VG)
1. Ermächtigung und Verpflichtung „aufzuklären“ und zur „Wahrheitserforschung“ (§§ 2, 3 Abs 1)
 2. Rechtsschutz gegen „Strafverfahren“ und „im Ermittlungsverfahren“
 - a) „Einleitung“ und „Tatverdacht“
 - b) Beschleunigungsgebot
 - c) Ermächtigung und Verpflichtung, nach § 89 Abs 2 b letzter Satz oder § 290 Abs 1 zweiter Satz „vorzugehen“ (§ 471 [§ 489 Abs 1 zweiter Satz])
 - d) Erkundungsbeweisführung
 - e) „[Ermittlung] zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“ als „Vorgang [im Ermittlungsverfahren]“ (§ 106)
 - f) „Fahndung“
 - g) Verfolgungshindernis (§ 133 Abs 5)
 3. Abgrenzung der „Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte [von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte]“ (Art 130 Abs 5 B-VG) „im Ermittlungsverfahren“
 - a) Allgemein
 - b) Besondere Eilkompetenz (§ 122 Abs 1, § 123 Abs 3, § 133 Abs 1 letzter Satz)
 - c) Beendigung von „Ermittlungsmaßnahmen“
- E. „Form“ für „Erkundigung oder [...] Beweisaufnahme“, Handlungs- und Mitwirkungspflichten, „Zwangmaßnahmen“ nach § 93 Abs 1 bis 3, „dringend verdächtig“ in § 144 Abs 3 erster Satz und Aufhebung von „Kriminalpolizei oder“ in § 106
1. Begriffsklärung

- a) Förmliche Belehrung (§ 91 Abs 2 zweiter Satz)
 - b) Verschlungene Anordnung
 2. „Behörden und öffentliche Dienststellen [...] und Anstalten des öffentlichen Rechts“
 3. Als Unsinn „dringend verdächtig“ (§ 144 Abs 3 erster Satz)
 4. Aufhebung der Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106
- F. „Aufgabe“, „Anordnung“ und „Zwang“, „den entsprechenden Rechtszustand [...] herzustellen“ (§ 107 Abs 4, § 89 Abs 4, § 138 Abs 2 letzter Satz [§ 93 Abs 1], § 139 Abs 4 erster Satz, § 159 Abs 3 letzter Satz, § 166)
1. „[N]ach diesem Gesetz“
 2. Rechtsfortbildung und „Ermessen“ des OGH (§ 292 letzter Satz)

A. „Hilfeleistung“ für „Verfahren“, „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“, insb der „Staatsanwaltschaft“ als „Behörde“ nach Art 90 a B-VG und „nach diesem Gesetz“

1. „Hilfeleistung“ für „Verfahren“ (§ 1 Abs 1 erster Satz) „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“, „Fahndung“ und „Festnahme“ sowie „Ermittlung“ durch „Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft“ und „Opfer“
 - a) „Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft“

Allg „Anzeige- und Anhalterecht“ (§ 80) ist freiwillige, „Anzeige-pflicht“ (§ 78) „einer Behörde oder öffentlichen Dienststelle“ verpflichtende (Art 22 B-VG) „Hilfeleistung“ für „Staatsanwaltschaft“ und „Kriminalpolizei“ **außerhalb von „Verfahren“** nach § 1 Abs 1 erster Satz zur „Klärung, ob ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“. Auch „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“, kann die Kriminalpolizei „Ermittlung“ durchführen, die StA diese anordnen oder „auch selbst [...] durchführen“ (§ 103 Abs 2). **Werden „im Ermittlungsverfahren“ die Regeln des § 91 Abs 2 letzter Satz eingehalten, „beginnt“ durch dieses „Verfahren“ (§ 1 Abs 1 erster Satz) kein „Strafverfahren“.** Die Kriminalpolizei „hat der Staatsanwaltschaft [nach diesem Gesetz] auch zu berichten, wenn aus ihrer Sicht kein Anfangsverdacht vorliegt, oder sie Zweifel“ daran hat, bei für sie unzweifelhaftem „Anfangsverdacht“, aber „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 erster Satz durchzuführen, durch die „[d]as Strafverfahren beginnt“ (§ 1 Abs 2 erster Satz). Die Entscheidungsfindung der StA über „Absehen von“ oder „Einleitung eines Ermittlungsverfahrens“ als „Strafverfahren“ ist in § 35c erster und letzter Satz StAG geregelt. Da „Ermittlungsverfahren“ nur als „Strafverfahren eingeleitet“ oder „fortgesetzt werden“ (§ 101 Abs 1 zweiter, § 205 Abs 2 Z 3 erster Satz, § 501 Abs 2), **kann die StA der Kriminalpolizei nicht rechtswirksam „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 letzter Satz untersagen.**

- b) „Opfer“

„Ausforschung des Beschuldigten“ nach § 71 Abs 1 zweiter Satz geschieht durch „Ermittlungsmaßnahmen“, aber nicht in einem „Ermittlungsverfahren“. Nach § 71 „Beschuldigte“ sind nicht „Beschuldigte“ nach § 48. Beseitigung des letzten Teilsatzes des bis dahin geltenden § 71 Abs 1 („ein Ermittlungsverfahren findet nicht statt“) bedeutet nur Verzicht auf Klarstellung dessen, was ohnehin klar ist, „dient“ doch „[d]as Ermittlungsverfahren“ nach § 91 Abs 1 just „dazu, Sachverhalt und Tatverdacht durch Ermittlungen soweit zu klären, dass die Staatsanwaltschaft über Anklage, Rücktritt von der Verfolgung oder Einstellung des Verfahrens entscheiden kann“.²

² Zum Rechtsschutz der „Opfer“ bei „im Ermittlungsverfahren“ beigezogenen SV vgl ÖJA 2023, 185ff.

2. „Anklageprozess“ und „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ in „Ermittlungs[...]funktionen“ sowie deren „Bindung an Weisungen“

a) „Anklageprozess“ und Bestandsgarantie der „Staatsanwälte“

90 Abs 2 B-VG, wonach „[i]m Strafverfahren [...] der Anklageprozess [gilt]“, ordnet die **Trennung von Ankläger und Richter** an. Im Gegensatz zur Anordnung von „Zwangmaßnahmen“ ist die Anordnung von „Maßnahmen“ (21. HptSt) daher der Entscheidung durch ein „Gericht“ vorbehalten. Das B-VG **verbietet nicht, Privaten „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ zu übertragen**. Nach § 71 werden „Opfer“ dazu ermächtigt, nicht „verpflichtet“. Da nach dem zweiten Satz dieser Vorschrift „Staatsanwälte [...] Anklagefunktionen wahr[nehmen]“, wird ihr **Bestand** von Art 90 a B-VG **garantiert**; allerdings nur **für Vollziehung** nach Art 10–15 B-VG.

b) „Staatsanwälte sind Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“

Seit 1. 1. 2008 sind „Staatsanwälte [...] Organe der“ – seit BGBl I 2012/51 „ordentlichen“ – „Gerichtsbarkeit“, welche in sämtlichen „Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen“ neben den überkommenen „Anklagefunktionen“ zusätzlich „Ermittlungs- [...] funktionen wahr[nehmen]“. **Art 90 a geht mit „Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen“ über „Strafverfahren“ (Art 90 Abs 2 B-VG) hinaus und erfasst auch „[F]unktionen“ in „Verfahren“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz [§ 1 Abs 1 erster Satz]) „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“.** Da Art 90 a B-VG „Staatsanwälte“ in „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ als „**Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit**“ bezeichnet, gehört „**Verhalten“ in diesen Funktionen** „zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, ist nicht „Verhalten[...] einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze“ (Art 130 Abs 2 Z 1 [94 Abs 2 erster Satz] B-VG) und damit „[v]on der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte“ – **und des VfGH (Art 144 Abs 1 B-VG) – „ausgeschlossen“** (Art 130 Abs 5 [83 Abs 1 erster Satz und Abs 2] B-VG).³

c) „Bindung an die Weisungen der [...] vorgesetzten Organe“

Zur „Organisation“ der „Staatsanwälte“ in „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ beschränkt sich Art 90 a B-VG darauf, dass „die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe [durch Bundesgesetz] getroffen [werden]“, womit „**Staatsanwälte[n] vorgesetzte[...] Organe**“ eingerichtet werden, ebenso wie für „**die Verwaltung**“ (Art 20 Abs 1 erster Satz), aber **im Gegensatz zu Art 83 Abs 1 erster Satz, 87 Abs 1 B-VG**, wonach auch die „Organisation [...] der ordentlichen Gerichte [...] durch Bundesgesetz geregelt“ wird und „[d]ie Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig [sind]“.

3. Rechtsschutz gegenüber „Verhalten von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei“

„Anordnungen und Genehmigungen“ von „Zwangmaßnahmen“, entgegen § 193 angeordnete und nach § 103 Abs 2 selbst durchgeführte oder beauftragte „Ermittlungen gegen den Beschuldigten“ sowie unterlassene Befassung nach § 108 a Abs 2, unterlassene Anordnung seiner „Freilassung“ und Verletzung seiner Rechte durch § 205 Abs 1 und 2, § 209 a und § 209 b Abs 2 zweiter Satz (§ 209 a Abs 5) durch die StA unterliegen nach § 106 Abs 1 „**Beendigung des Ermittlungsverfahrens**“, nach § 195 Abs 1 (§ 194 Abs 3, § 209 a Abs 6 [§ 209 b Abs 2 zweiter Satz]) und unterlassene „**Beendigung**“ gem §§ 108 f „**nach diesem Gesetz**“ der Kontrolle durch das „Gericht“. Dazu kommt „**Nichtigkeitsbeschwerde**

zur **Wahrung des Gesetzes**“ gegen „**gesetzwidrige Anordnung einer Zwangsmaßnahme sowie [...] Beendigung des Ermittlungsverfahrens**“ aufgrund von Ermächtigung, **nicht** notwendigerweise **Initiative des Rechtsschutzbeauftragten**, „**sofern die zur Einbringung von Rechtsbehelfen Berechtigten einen solchen Rechtsbehelf nicht eingebracht haben oder ein solcher Berechtigter nicht ermittelt werden konnte**“ (§ 23 Abs 1 a). „**Beendigung des Ermittlungsverfahrens**“ nach § 198 und nach § 205 Abs 2 unterlassene „**[n]achträgliche Fortsetzung des Strafverfahrens**“ durch die StA sind also nicht Gegenstand von Gerichtskontrolle. Ohne diese Einschränkung von § 23 Abs 1 a – und wegen der dazu allein „**ihr gesetzlich eingeräumten Befugnisse**“ (vgl § 93 Abs 1 erster Satz [erster Teilsatz]) – erfasst ist jede „**gesetzwidrige Durchführung einer Zwangsmaßnahme durch die Kriminalpolizei**“, weil die „**[Bundes]Gesetzgebung**“ (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) nach Aufhebung der Wortfolge „**Kriminalpolizei oder**“ durch VfGH G 233/2014 ua von der Ermächtigung nach Art 94 Abs 2 erster Satz B-VG nicht Gebrauch gemacht hat, womit Individualbeschwerden gegen „**Verhalten**“ der „**Kriminalpolizei**“ nicht zur Gänze „**[v]on der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen sind**“ (§ 88 Abs 1 und § 89 Abs 4 SPG).

Die Bezeichnung der Staatsanwälte als Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit begründet bloß die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Kontrolle ihres Verhaltens in Ermittlungsfunktionen.

4. „Ausübung von Befugnissen“ als Stellschraube „nach diesem Gesetz“

Im Folgenden geht es darum, die Stellschrauben⁴ der StPO anhand von Scheitelpunkten sichtbar zu machen, nach ges „Anordnungen“ und deren Erklärung getrennt, wie es sich für Praktiker geziemt.⁵ Scheitelpunkte sind markant, können oder wollen aber nicht immer erkannt werden. Erster Scheitelpunkt ist die „**Befugnis**“ von Vollzugsorganen „**nach diesem Gesetz**“ und dem SPG. Die **StPO versteht** – von der Stammfassung, RGrBl 1873/119, durchgehend bis heute – **unter „Befugnis“** Berechtigung, wo es um staatliche Organe geht, **Ermächtigung, welche das ermächtigte Organ unmittelbar verpflichtet oder die Ausübung seinem** – nach „**Bedenken**“ (auch zum Nachteil von Besch [§ 48 Abs 2]), „**erheblichen Bedenken**“ und „**Überzeugung**“ (jeweils nur zu deren Vorteil) gestuftem – „**Ermessen**“ **überlässt**, indem – wie es § 106 Abs 1 letzter Satz ausdrückt – „**das Gesetz von einer bindenden Regelung des Verhaltens absieht**“. **Bei Gesetzzerdung des SPG wurden „Aufgaben“ nicht mehr als Aspekt von „Befugnissen“ begriffen**, vielmehr davon unterschieden und so durch Kümmern um besseres Verständnis der Regeln deren Komplexität erhöht.⁶ Nun aber „**[obliegt] Kriminalpolizei [...] den Sicherheitsbehörden**“ und „**[versehen] Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes[...] den kriminalpolizeilichen Exekutivdienst**“. Aufgrund der unterschiedlichen Begriffsinhalte muss „**bei der**

³ Während die GenProk „im Ermittlungsverfahren“ Funktionen wahrnimmt (§ 28 f), nehmen „Staatsanwälte“ (§ 205 RStDG) als Organwalter des BMJ keine Funktionen des Art 90 a B-VG wahr, sind also nicht „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“. Selbst ohne die ausdrückliche Klarstellung des Art 11 a Abs 1 RStDG ist eine planwidrige Lücke des § 111 RStDG nicht zu argumentieren.

⁴ ©, klärend und instruktiv *Lewis*, Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, in *Benn-Ibler/Lewis* (Hrsg), Ökonomie des Verfahrensrechts, 5.

⁵ Zur „*Jurisprudenz*“ vgl *Wiederin in Thaler/Wiederin* (Hrsg), Recht und Geschichte, 130.

⁶ Zwar hat die StPO – erst seit 2008 – nachgezogen, „*Befugnis*“ aber nicht auf „*Befehls- und Zwangsgewalt*“ verengt.

Ausübung von Befugnissen“ (§ 5 Abs 1 erster Satz [§ 93 Abs 1 erster Satz]) nach SPG und „diesem Gesetz“ unterschieden und darf darauf hingewiesen werden, dass Gesetzgeber, die sich um Adressaten kümmern, neben Wohlgefühl auch Kümmernis beim Erfassen der Regeln bewirken können.

B. Sachverhaltsklärung und Sachverhaltsannahmen

1. Gebrauch „von Befugnissen“ und Kümmernisse

a) Bestehen eines Sachverhalts „nach diesem Gesetz“

Das Bestehen eines Sachverhalts „nach diesem Gesetz“ wird ausgedrückt, für

- ▶ **unqualifizierte Wahrscheinlichkeit** mit „anzunehmen“, „verdächtig“ und „Anfangsverdacht“,
- ▶ **hohe Wahrscheinlichkeit**

von **Vergangenem** mit „dringend verdächtig“;

von **Zukünftigem** mit „zu befürchten“ (weshalb „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ und „in absehbarer Zukunft“ nur schmückendes Beiwerk ist, wie die der Verknüpfung mit dem Sanktionsanknüpfungspunkt einer „Maßnahme“ – ornamental, demnach sinnlos, allerdings verwirrend – hinzugefügten Worte „unter dem maßgeblichen Einfluss“),

von **unrichtigen Sachverhaltsannahmen** mit „wenn sich“ (dem Entscheidungsorgan) „erhebliche Bedenken [...] ergeben“ (§ 362 Abs 1),

- ▶ **„die Wahrheit“** (§ 3 Abs 1), mit „als erwiesen anzunehmen“ (§ 258 Abs 2), (für das Entscheidungsorgan) „feststeht“ (§ 209a Abs 3 erster Satz), „sich erweist“ (§ 495 Abs 3 zweiter Satz) und (es) „der Überzeugung [ist]“ (§ 451 Abs 2).

b) Willkürfreie (rechtsfehlerfreie) Sachverhaltsannahmen

Von Befugnis „im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht wurde“ nur, wenn die Sachverhaltsannahmen der Entscheidung „auf Grund bestimmter Tatsachen“ erfolgt und iS von § 281 Abs 1 Z 5 darstellbar sind, im Fall einer „Anordnung“ auch dargestellt wurden. Eine „bestimmte Tatsache“ ist sinnlich Wahrnehmbares („Tatsachen oder Beweismittel“), das „bestimmt“ bezeichnet werden kann. Nur darauf darf die Aussage des Untersatzes im Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung gründen: Sachverhaltsannahmen erfolgen – was zur Zulässigkeit einzelner „Zwangsmittel“ ausdrücklich hervorgehoben wird – rechtsfehler-, also willkürfrei nur „auf Grund bestimmter Tatsachen“, nicht bloßer Ideen des Entscheidungsorgans. „Anhaltspunkte“ sind – wie „Tatsachen“ – „Tatumstände“ (§ 260 Abs 1 Z 1), die Verwendung „bestimmter Anhaltspunkte“ ist also bloß – die Komplexität der Regelungen steigernder – Gebrauch eines Synonyms für „Tatverdacht“ – ebenso unsinnig wie „konkret verdächtig“ (§ 1 Abs 2 erster Satz, § 48 Abs 1 Z 2), weil nicht „aufgrund bestimmter“ Tatumstände – also nicht „konkret“ – „verdächtig“ definitionsgemäß nicht „verdächtig“ ist. Von rechtsfehlerfreien **Sachverhaltsannahmen verschieden** sind die – von bloßen Ideen der befassten Organwalter ebenfalls verschiedenen – „Vorgänge“ der **Sachverhaltsklärung**. Wo die StPO „von einer bindenden Regelung des Verhaltens [...] absieht“, ist hier von **Freibeweis**, wo sie ein „Beweisverfahren“ oder zumindest einzelne „Vorgänge“ bindend „regelt“, von **Strengbeweis** die Rede. Dass Vorgehen nach dem 11. HptSt nur „auf Grund hinreichend geklärten“, „[d]ie Anklage“ nur „auf Grund ausreichend geklärten Sachverhalts“ zulässig sein soll, erscheint zwar im Gewand „einer bindenden Regelung des Verhaltens“, ist aber bloß überflüssige Belehrung, als „Anordnung“ unbeachtlich, allerdings zur Verwirrung tauglich.

Gleiches gilt für die Bezeichnung des Wahrscheinlichkeitsgrads von Sachverhaltsannahmen durch „hinreichende Gründe“.

2. „Rechte“ und „Anzeige“ in „Verfahren“ (§ 1 Abs 1 erster Satz)

Bei flüchtigem Hinsehen scheint es, als ob der „Gebrauch [...] von [...] Ermessen im Sinne des Gesetzes“ für „Beweisanträge“ (§ 55) erst seit 2008 „einer bindenden Regelung“ unterworfen sei. § 55 Abs 1 und 2 stellen aber bloß klar, dass „Verhalten“ nach Maßgabe der vorgefundenen Rsp des OGH zu § 281 Abs 1 Z 4 „Gebrauch [...] von [...] Ermessen im Sinne des Gesetzes“ ist. Ungültig ist ein Schluss, vom Fehlen eines Rechts auf „Anträge“ auf das Fehlen eines Rechts „zur Anzeige“. **Bf können bis zur Entscheidung** des befassten Gerichts „Aufklärungen“ daher „zur Anzeige“ bringen. Davon verschieden sind **Obliegenheiten zur Bezeichnung von Anfechtungskategorien** „nach diesem Gesetz“, ob **einmalig** (§ 285 zweiter Satz, § 294 Abs 2 vierter Satz, § 467 Abs 2 erster Satz [§ 489 Abs 1 zweiter Satz]) **oder nicht** (§ 195 Abs 2 vierter Satz, § 196 Abs 1 zweiter Satz).⁷

3. Anmaßung „von Befugnissen“ und „[g]erichtliche Beweisaufnahme“ (§ 104)

a) Anmaßung „von Befugnissen“ (§ 5 Abs 1 erster Satz)

Verstöße gegen §§ 74–76, „nichtige Erkundigung oder Beweisaufnahme“ sowie „Ausübung von Befugnissen“, die in §§ 99, 101, 103–105 (§ 210 Abs 3), im 8. HptSt und in §§ 245–254 (§ 302 Abs 1), § 473 Abs 1 und 2 (§ 489 Abs 1 zweiter Satz) nicht „gesetzlich ausdrücklich vorgesehen [...] sind“ (§ 5 Abs 1 erster Satz), sowie Missachtung notwendiger Verteidigung erfolgen in Verletzung „einer bindenden Regelung“ der Sachverhaltsklärung, die allerdings Urteilsnichtigkeit nicht stets begründet.

b) „Ermittlungen [...] durch einen Sachverständigen“ und „[g]erichtliche Beweisaufnahme“ (§ 103 Abs 2, § 104 [§ 101 Abs 2 zweiter Satz], § 126 Abs 5 zweiter Satz)

„Gerichtliche Beweisaufnahme“ zerfällt in Befassung des Gerichts und Vorgänge „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“. Während das erkennende Gericht durch „Anklage“ mit „Beweisaufnahme“ befasst wird, erfolgt dies „im Ermittlungsverfahren“ auf Antrag der StA (§ 101 Abs 2 zweiter Satz) oder Verlangen eines Besch nach § 126 Abs 5 zweiter Satz. Ein Antrag wird „mit Beschluss“, Befassung nach § 126 Abs 5 zweiter Satz formlos abgelehnt, indem das Gericht dem „Ersuchen [...] nicht oder nicht vollständig“ entspricht. Gegen Abweisung mit „Beschluss“ (§ 104 Abs 1 zweiter Satz) steht Beschwerde nach § 87 Abs 2 erster Satz, gegen mangelnde Entsprechung „Antrag der Staatsanwaltschaft“ an das „übergeordnete Oberlandesgericht“ nach § 76 Abs 2a zu. Das Gericht entscheidet über die Rechtmäßigkeit der „Aufnahme“ und bestellt die Person eines SV. Sog Erkundungsbeweisführung ist nicht rechtmäßig, kann also erfolgsversprechend nicht beantragt werden. Nach Maßgabe von § 55 Abs 3 zweiter Satz kann auch vom Gericht, also generell „[i]m Ermittlungsverfahren“, „die Aufnahme eines Beweises der Hauptverhandlung vorbehalten werden.“ Gegen Überschreitung des Gegenstands der Befassung – zu welcher § 104 Abs 2 erster Satz das „Gericht“ nicht ermächtigt – können „in einem subjektiven Recht“ Verletzte Beschwerde nach § 87 Abs 2 zweiter Satz einbringen (§ 88 Abs 1 zweiter Satz), umge-

⁷ Zu § 473 Abs 2, § 474 (§ 489 Abs 1 zweiter Satz) vgl Rz 395–405, zu Anträgen auf „Fortführung des Verfahrens“ vgl 579f.

kehrt kann die StA beim übergeordneten OLG beantragen, „über die Rechtmäßigkeit“ des reklamierten Vorgangs als „Meinungsverschiedenheit“ zu entscheiden. **Davon zu unterscheiden sind Verfügungen „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“, welche „nach den dafür maßgebenden Bestimmungen“** (§ 55 Abs 1–3, jeweils iVm § 249, § 250 Abs 1, 2 und Abs 3 erster Satz bei „Vernehmung“ von „Beschuldigten oder [...] Zeugen“ [§ 165 Abs 2 erster Satz] oder SV [§ 127 Abs 2 zweiter Satz und Abs 3 erster Satz], § 253, § 254 Abs 2 bei „Augenschein“ und § 150 bei „Tatrekonstruktion“ [in welchen Fällen ausdrückliche Nichtigkeit nach § 250 Abs 2 nur unter dem Aspekt gleichzeitiger „Vernehmung“ von „Beschuldigten oder [...] Zeugen“ oder SV schlagend werden kann]) **zu treffen und „sofort, jedenfalls jedoch vor Schluss der [Beweisaufnahme] mündlich zu verkünden“** (§ 238), sonst aber – die Beschwerdefrist auslösend – nach § 81 (§ 83 Abs 3 und 5) **bekanntzumachen sind**. Anders als in der HV, kommt Beteiligten kein Recht auf Aufnahme „weitere[r] Beweise“ und damit auch kein darauf gegründetes Beschwerderecht zu. Ein **nach § 104 Abs 2 erster Satz gestellter „Antrag“ macht kein subjektives** (§ 87 Abs 2 zweiter Satz [§ 55 Abs 3 erster Satz], **wohl aber** – § 263 Abs 1 entsprechend und – über die bisherige Befassung hinausgehend – **ein Recht der StA geltend** (§ 87 Abs 2 erster Satz [§ 4 Abs 1 zweiter Satz]). Wird hinsichtlich beantragter „Beweismittel“ deren Tauglichkeit, „das Beweisthema zu klären“, nicht begründet, obwohl diese „nicht offensichtlich ist“, „[wurde] der Antrag zur Verzögerung gestellt“ und kann nach § 55 Abs 3 erster Satz „der Hauptverhandlung vorbehalten werden“. Da dort Erkundungsbeweisführung unzulässig ist, wird **im Ergebnis über § 126 Abs 5 zweiter Satz Erkundungsbeweisführung durch SV auch der StA abgeschnitten, Besch aber keineswegs umgekehrt ein Recht darauf eingeräumt**.⁸ Auch nach § 87 Abs 2 erster Satz kann also ein Recht nur „zur Aufklärung“ des Verfahrensgegenstands, nicht aber „zur Verzögerung“ geltend gemacht werden.

Ermessensgebrauch ist willkürfrei nur aufgrund bestimmter Tatsachen.

C. „Anordnungen und Genehmigungen“, „Berichte“ und „Akteneinsicht“

1. „Anordnungen [...], Genehmigungen“ und „Berichte“
„Anordnungen und Genehmigungen“ sind von Weisungen verschieden. Weisungen wirken im Innenverhältnis, „Anordnungen und Genehmigungen“ im Außenverhältnis. Zwecks Verpflichtung des BMF zur „Auskunft aus dem Kontenregister“ bedarf es daher einer „Anordnung“. Würden sich – wie Flora meint –⁹ nach § 116 Abs 3 getroffene Anordnungen „an die Staatsanwaltschaft selbst“ richten, wäre mit Weisungen das Auslangen zu finden. „Berichte“ gegenüber der StA sind – wie „Aufklärungen“ von StA und Gerichten – verpflichtende „Anzeigen“, welche den Adressaten erleichtern, „Ermittlungsverfahren“ zu leiten (§ 101 Abs 1 erster Satz) oder über RM zu entscheiden. Wie bei sonstigen „Anzeigen“ ist nach Verpflichtung, „anzuzeigen“, und Ermächtigung, zu „verlangen“, zu unterscheiden. Die StA ist zu „Aufklärungen“ nach § 89 Abs 5 erster Satz verpflichtet, „nach diesem Gesetz“ aber nicht befugt, zu „berichten“ und so in Persönlichkeitsrechte einzugreifen (§ 5 Abs 1 erster Satz). **Beweiswürdige Zusammenfassung von „Ergebnissen“, die sich zuweilen – als „Analysebericht“ betitelt – in Ermittlungsakten finden soll, erfolgt demnach in Verletzung „einer bindenden Regelung des Verhaltens**

von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei“. Auch in einem „Amtsvermerk“ oder Prot sind nur „Vorgänge [...] schriftlich festzuhalten“, also Umstände der Außenwelt, nicht Ideen des Verfassers. Ein subjektives Recht „nach diesem Gesetz“ gewähren „Berichte“ und „Anzeigen“ nicht, womit Einspruch nach § 106 Abs 1 Z 1 ausscheidet.

2. „Akteneinsicht“

§ 51 Abs 1 „berechtigt, in die [...] vorliegenden Ergebnisse [...] Einsicht zu nehmen“; § 145 Abs 2 darüber hinaus nach Maßgabe spezieller Bedingungen, zur „Einsicht“ in „Anordnungen und Genehmigungen [der im 4. bis 6. Abschnitt geregelten Ermittlungsmaßnahmen]“ und „ihre gerichtlichen Bewilligungen“. Nicht „im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht wurde [Ermessen]“, „Akteneinsicht“ in „Anlass“ und „Durchführung“ betreffende Teile nach § 100 erstatteter „Berichte“ zu verweigern, soweit ein Recht auf Bekanntmachung besteht; wie überhaupt Entscheidung über „Akteneinsicht“, die nicht „auf Grund bestimmter Tatsachen“ erfolgt, welche iS von § 281 Abs 1 Z 5 darstellbar sind. **Keineswegs besteht aber „nach diesem Gesetz“ gegenüber Kriminalpolizei oder StA ein subjektives Recht auf Begründung verweigerter Akteneinsicht**, sodass mit einer den Darstellungsanfordernissen des § 281 Abs 1 Z 5 nicht entsprechenden Entscheidung „die Ausübung“ des Rechts auf „Akteneinsicht“ (§ 51 Abs 1) „verweigert“ würde (§ 106 Abs 1 Z 1). Dass Verweigerung von Akteneinsicht „wegen des damit verbundenen Grundrechtseingriffs aktenmäßig festzuhalten und nachvollziehbar zu begründen [sei], um eine nachprüfende (letztlich gerichtliche) Kontrolle zu ermöglichen“,¹⁰ ist nicht „nach diesem Gesetz“ belegter logischer Zirkel (Art 18 Abs 1 B-VG). Die als Beleg reklamierte Entscheidung 14 Os 43/13z, 115/13p, 116/13k bezieht sich ausdrücklich bloß auf einen den Darstellungsanfordernissen des § 281 Abs 1 Z 5 nicht entsprechenden und damit rechtsfehlerhaften Beschluss; weder Kriminalpolizei noch StA aber sind zu beschlussförmiger Entscheidung befugt. Wo die StA der Kriminalpolizei gegenüber Beschränkungen nach § 51 Abs 2 anordnet (§ 101 Abs 4 erster Satz), greift § 102 Abs 2 nicht, womit – systemfremde – Überlegungen zur Beschränkung von Einsicht in die Begründung der Beschränkung von Akteneinsicht durch eine StrafverfolgungsBeh ins Leere gehen. Zu „Stellungnahmen“ nach § 106 Abs 5 zweiter Satz hinwiederum besteht keine Verpflichtung; mit einer Entscheidungsbegründung sind sie nicht zu wechseln.

3. „Bekanntmachung“ von „Ermittlungsmaßnahmen“
Gerichtliche „Erledigungen“ sind vor rechtsförmiger Bekanntmachung weder bekämpfbar noch kann auf RM dagegen verzichtet werden. Erledigungen der StA sind idS mit förmlicher Bekanntmachung nach § 81 Abs 1 verknüpft, soweit deren Zustellung aufgeschoben werden kann, womit Einspruch (§ 106 Abs 1 Z 2) und Beschwerde (§ 106 Abs 2) davor unzulässig sind. Die Bekanntmachung von „Auskunft aus dem

⁸ Vgl ÖJA 2023, 186f.

⁹ Flora in WK StPO § 116 Rz 111.

¹⁰ Soyer/Stuefer in WK StPO § 53 Rz 23 und – unter Berufung darauf – McAllister/Wess, LiK § 51 Rz 21; vgl auch K. Ainedter/Poppenwimmer, Aktuelle Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Persönlichkeitsschutz und Akteneinsicht von (Mit-)Beschuldigten, ZWF 2024, 8; iGls, ohne eigene Erwägungen, OLG Wien, 23 Bs 193/19d, wo allerdings zutreffend betont wird, dass zur Akteneinsicht Berechtigte über das Vorliegen von Ergebnissen nicht im Unklaren belassen werden dürfen, was durch den „Grundsatz der Aktenbildung nach der Zeitfolge“ (§ 8a Abs 1 dritter Satz DV-StAG) sichergestellt wird.

Kontenregister und [...] über Bankkonten und Bankgeschäfte“ durch Zustellung von Anordnung und Bewilligung kann nach § 116 Abs 5 dritter Satz aufgeschoben werden. Die von § 116 Abs 5 letzter Satz StA oder Kriminalpolizei für den Fall eines solchen Aufschubs übertragenen „Aufgabe“, „das Kredit- oder Finanzinstitut zu informieren, [...] die Anordnung und alle mit ihr verbundenen Tatsachen und Vorgänge gegenüber Kunden und Dritten geheim zu halten“, offenbart die in einer Rechtsfolge bestehende Natur dieser Verpflichtung. Dem solcherart (korrekt) informierten „Kredit- oder Finanzinstitut“ steht gegen den Aufschub der „Zustellung an den Beschuldigten und an die Verfügungsberechtigten“ Einspruch wegen Rechtsverletzung „nach diesem Gesetz“ demnach nicht zu (§ 106 Abs 1 Z 1). § 122 Abs 3 bezieht sich nicht auf „Genehmigung“ und „eine Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit der Durchsuchung (§ 99 Abs 3)“, welche die StA „im Nachhinein“ nach § 122 Abs 1 erster Satz „zu beantragen hat“. Nach Maßgabe von **14 Os 68/21 p** besteht aber kein Zweifel, dass auch eine solche „Entscheidung des Gerichts“ und eine allfällige „Genehmigung“ der StA „mit Blick auf das Informationsrecht einer von der Ausübung von Zwangsmaßnahmen betroffenen Person (§ 6 Abs 2 erster Satz)“ davon Betroffenen (§ 48 Abs 1 Z 4) „auszufolgen oder zuzustellen“ ist; ohne dass jedoch die Bekämpfbarkeit der Genehmigung – nach § 106 Abs 2 (im Ergebnis) übrigens mit Beschwerde –¹¹ davon berührt wird, weil die Bekanntmachung „nach diesem Gesetz“ nicht „aufgehoben werden“ werden kann. Zur „Sicherstellung von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern“ finden sich spezielle Regelungen in § 112 Abs 1 erster Satz, § 112a Abs 1 erster Satz. § 118 sieht für „Identitätsfeststellung“ nicht einmal eine „Bestätigung“ vor, wogegen für „körperliche Untersuchung“ (§ 123) und „molekulargenetische Untersuchung“ (§ 124) bloß eine spezielle Erinnerung an die Verpflichtung zur Bekanntmachung fehlt. § 111 Abs 4 erster Satz bezieht sich speziell auf „Sicherstellung“ nach § 109 Z 1, erfasst also „Datenträger“, nicht aber „auf Datenträgern gespeicherte Informationen“ (§ 111 Abs 2) und durch „körperliche Untersuchung“ sichergestellte „Spuren“ (§ 123 Abs 1 Z 1).

D. Gesetzlicher Richter „nach diesem Gesetz“ (Art 83 Abs 2 [18 Abs 1] B-VG)

1. Ermächtigung und Verpflichtung „aufzuklären“ und zur „Wahrheitserforschung“ (§§ 2, 3 Abs 1)

Ebenso wie ein nachgeordnetes Organ „die Befolgung einer Weisung ablehnen [kann], wenn die Weisung von einem unzuständigen Organ erteilt wurde“ (Art 20 Abs 1 letzter Satz B-VG), „darf [niemand] seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“ (Art 83 Abs 2 B-VG). Nicht nur, aber auch § 5 Abs 1 erster Satz untersagt folgerichtig Rechtseingriffe „bei [...] Ausübung von Befugnissen“, die nicht „gesetzlich ausdrücklich vorgesehen“ sind. „Ausübung von Befugnissen“ besteht auch in strikter Beachtung der Zuständigkeit zu „Ermittlungsmaßnahmen und Beweisaufnahme“, Entscheidung „in der Sache“ und „in der Sache selbst“. Auch, wer sich nicht ges eingeräumte Befugnisse anmaßt und auf diese Weise „in Rechte von Personen“ eingreift, verstößt gegen § 5 Abs 1 erster Satz und handelt „einer bindenden Regelung des Verhaltens“ als Organ „von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei“ zuwider (Art 18 Abs 1, 89 Abs 1 B-VG; § 106 Abs 1 letzter Satz). Während § 103 Abs 2, § 105 Abs 2 erster Satz zu Unmittelbarkeit und SVBeweis ermächtigen, ermächtigt § 254 (§ 474 [§ 489

Abs 1 zweiter Satz) zu „Beweisaufnahme“ ohne Antrag und – mittelbaren – „Augenschein [...] durch den beisitzenden Richter“. § 105 Abs 2 erster Satz, § 254 Abs 1 noch § 103 Abs 2 enthalten allesamt keine Ermächtigung für „Zwangsmittel“. § 2 Abs 1 „[verpflichtet] Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft“, von ihren Ermächtigungen „nach Maßgabe des § 5“ – nicht schon zur „Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“, wohl aber „zur Aufklärung eines Anfangsverdachts“ – Gebrauch zu machen. Von § 2 Abs 1 „zur Aufklärung von Straftaten“ unbedingt verpflichtet wird nur die StA, nicht die Kriminalpolizei (§ 101 Abs 1 zweiter Satz; Art 90a zweiter Satz B-VG). **Mitnichten aber verpflichtet § 2 Abs 1 „zu ermitteln“, solange nicht nach § 108 Abs 1 Z 2 einzustellen ist. Vielmehr hat die StA, wenn nicht ohnehin „feststeht, dass die dem Ermittlungsverfahren zu Grunde liegende Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht oder die weitere Verfolgung des Beschuldigten sonst aus rechtlichen Gründen unzulässig“ (§ 108 Abs 1 Z 1) oder „Anklage einzubringen“ (§ 210 Abs 1) ist, zu prüfen, ob durch „weitere Ermittlungen“ (§ 101 Abs 4 zweiter Satz) „der Sachverhalt [...] soweit geklärt“ werden kann, „dass eine Verurteilung“ des Besch (§ 48 Abs 2) „nahe liegt“ und „das Ermittlungsverfahren [...] einzustellen“ (§ 190), „sobald“ angesichts der „vorliegenden Ergebnisse“ (§ 51 Abs 1 erster Satz) und der bekannten oder – ohne Verstoß gegen § 112 Abs 2 letzter Satz, § 112a Abs 3 letzter Satz – zu erwartenden „Beweismittel“ (§ 108 Abs 1 Z 2 [§ 55 Abs 1 letzter Satz]) eine Verurteilung nicht mehr „zu erwarten ist“ (§ 212 Z 2 und 3). Auch § 254, § 473 Abs 2 erster Satz, § 476 ermächtigen, verpflichten aber nicht unmittelbar, während § 2 Abs 2 nur die Bindung an den Gegenstand von „Anklage“ oder „Berufung“ betont, und die von § 3 Abs 1 seit 2008 auch dem Gericht auferlegte Verpflichtung, „die Wahrheit zu erforschen“, geht bloß scheinbar darüber hinaus. Wie § 254 (§ 2 Abs 2, § 3 Abs 1) zwar ermächtigt, aber nicht verpflichtet, ermächtigt § 282 (§ 465 Abs 1 zweiter Satz [§ 489 Abs 1 zweiter Satz]) zur Urteilsanfechtung „[z]ugunsten des Angeklagten“, verpflichtet aber nur, wenn „in der Sache selbst“ ein anderes Ergebnis zu erwarten ist.**

2. Rechtsschutz gegen „Strafverfahren“ und „im Ermittlungsverfahren“

a) „Einleitung“ und „Tatverdacht“

„Einleitung“

„[E]ingeleitet“ werden nur „Strafverfahren“. Diese können nach § 197 „abgebrochen“, nach dem 11. HptSt erledigt, „fortgesetzt“ (§ 101 Abs 1 zweiter Satz), „fortgeführt“ oder „wiederaufgenommen“ (§ 209a Abs 5 [§ 209b Abs 2], §§ 352f) und als „Ermittlungsverfahren nach §§ 215, 352 Abs 1 oder 485 Abs 1 Z 2 wiedereröffnet“ werden. Die „Verjährung“ als „Strafverfahren“ hemmend „eingeleitet“ – maW: „begonnen“ (vgl § 501 Abs 2) – ist ein „Ermittlungsverfahren“, sobald „Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft“ nach § 91 Abs 2 erster Satz „ermitteln“, nicht schon mit der – nach Organisationsrecht, demnach prozessual nicht rechtswirksam – getroffenen Entscheidung von StA (§ 35c StAG) oder Kriminalpolizei auf „Einleitung des Ermittlungsverfahrens“; demnach auch nicht durch „Anordnung“ der StA, nach § 1 Abs 2 erster Satz zu „ermitteln“. Mit „Anordnung der Fahndung oder Festnahme“, Antrag „auf Verhängung der Untersuchungshaft oder [...] Einbringung der Anklage“ und vergleich-

¹¹ Zu 14 Os 36/14x vgl Rz 340.

baren „Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft“ beginnt jedoch ein „Strafverfahren“, weil dies „Vorgänge“ in einem „Verfahren“ der StPO (§ 1 Abs 1 erster Satz) sind. Soweit die StA „Ermittlung“ anordnet oder „durch einen Sachverständigen durchführen“ lässt (§ 126 Abs 3 erster Satz) oder – durch § 103 Abs 2 ermächtigt, „selbst“ durchführt oder die Kriminalpolizei „Ermittlung“ durchführt – „ermitteln“ sie stets – weil zu „Ermittlung“ bei „Verfolgung verdächtiger Personen“ und für mit der der „Aufklärung von Straftaten [...] zusammenhängende Entscheidungen“ nur auf der Grundlage von „[Ermittlung] zur Aufklärung von Straftaten“ ermächtigt (§ 5 Abs 1 erster Satz) – „zur Aufklärung eines Anfangsverdachts“ nach § 91 Abs 2 erster Satz. Was für die „Einleitung“ gilt, gilt auch für die „Durchführung“: Entscheidung über einen „Vorgang“ und „Vorgang“ sind auseinanderzuhalten: „[N]ach diesem Gesetz“ sind „rechtswirksam“ nur „Vorgänge“ in einem Verfahren der StPO (§ 1 Abs 1 erster Satz).

„Tatverdacht“

Während die Kriminalpolizei den (Fort-)Bestand des für die Führung des Ermittlungsverfahrens als „Strafverfahren“ nötigen „Tatverdachts“ nicht prüfen darf, ist die StA ermächtigt und verpflichtet, auch ohne „Antrag auf Einstellung“ (§ 108 Abs 1) „über die Fortsetzung des Verfahrens“ als Ermittlungsverfahren zu entscheiden (§ 103 Abs 1 zweiter Satz, § 197 Abs 1 und 3, § 205, § 501 Abs 2). Sie darf ohne (weiterhin bestehenden) Anfangsverdacht kein „Strafverfahren“ führen, wenn sie nicht – just mit Bezug auf jene Taten, für deren „Aufklärung“ oder „damit zusammenhängende Entscheidungen“ sie dies erwägt – hinsichtlich jeder für die Begründung einer rechtlichen Kategorie des materiellen Strafrechts entscheidenden Tatsache irgendeinen sinnlich wahrnehmbaren Anhaltspunkt mit Bestimmtheit bezeichnen kann, der die Annahme der Tatbegehung erlaubt, also nach § 1 Abs 3 ins Ermessen der StA stellt. Während das – im Verhältnis zur Kriminalpolizei bestehende – Einstellungsmonopol der StA die Kriminalpolizei mit Bezug auf das (Fort-)Bestehen von „Tatverdacht“ auf „Berichte“ (§ 100 Abs 3a) beschränkt, ist in Betreff der StA beim gerichtlichen Rechtsschutz zu unterscheiden (Art 83 Abs 2 B-VG). Denn „der bestehende Tatverdacht“ ist Gegenstand eigenständiger Gerichtsbefassung (§§ 108f) und liegt nur insofern innerhalb des Prüfungskalküls von § 106f, als er – im Einzelfall – entscheidende Tatsache (auch) für „[d]ie Anordnung von Zwangsmaßnahmen“ ist (§ 102 Abs 1 zweiter Satz). Die darauf bezogene Prüfung zerfällt bei der StA also in die – auch aus Anlass einer solchen Anordnung – vorzunehmende Prüfung von Fortbestand eines „Tatverdachts“ und Prüfung auf das Vorliegen bestimmter „Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die Anordnung oder Genehmigung [...] erforderlich [...] ist und die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen“.

b) Beschleunigungsgebot

Entsprechendes gilt beim „Beschleunigungsgebot“ des § 9. Während § 9 Abs 2 ausdrücklich „Anspruch auf ehest mögliche Urteilsfällung oder Enthaltung während des Verfahrens“ gewährt und entscheidende Tatsache für die Beurteilung ist, ob weitere „Anhaltung [...] unverhältnismäßig wäre“ (§ 177 Abs 2), gewährt § 9 Abs 1 nur einen „Anspruch auf Beendigung des Verfahrens innerhalb angemessener Frist“, zu dessen Durchsetzung §§ 108f Gerichtsbesetzung zulässt. Indem 12 Os 15/23g diese Remedien als effektiv (Art 13 EMRK) beurteilt, kann die Entscheidung ohne weiteres von – verfehlter – Rsp abrücker, die Verzögerung als solche von § 106 erfasst sah, obwohl 14 Os 16/

19p dem darüber entscheidenden Gericht die Befugnis zur Verfahrenseinstellung abgesprochen hat. In der Tat gelten für das Verfahren mit §§ 108f spezielle Vorschriften, inhaltlich wie mit Bezug auf den ges Richter (Art 83 Abs 2 B-VG), auch wenn – in verschiedenen Verfahrensarten – ein und dasselbe Gericht, nämlich der ER LG zuständig ist, bei welchem Organ allerdings Zuständigkeit und Besetzung auseinanderzuhalten sind. Soweit es nicht um „[d]as Verfahren“ als „zügig“ durchgeführt, sondern um „unnötige Verzögerung“ einzelner „Ermittlungen“ (§ 91 Abs 2) geht, setzt erfolgreiche Reklamation ein subjektives Recht auf deren Durchführung oder Unterlassung voraus, womit „Verzögerung“ mit deren Verweigerung zusammenfällt, also ein und denselben Prozessgegenstand bildet, weil schlicht Rechtsgewährung „mit den [...] zu Gebote stehenden Mitteln“ (§ 107 Abs 4) begehrt wird. Da ohne darauf bezogene Verweigerung eines subjektiven Rechts ein auf „unnötige Verzögerung“ einzelner „Ermittlungen“ gegründeter Einspruch erfolglos bleiben muss, betreffen Entscheidungen, die ihn gleichwohl für zulässig ansehen, ohnehin keine „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ (§ 8 OGHG).

Rechtsschutz gegen und im Ermittlungsverfahren ist kategorisch verschieden (Art 83 Abs 2 B-VG).

c) Ermächtigung und Verpflichtung, nach § 89 Abs 2b letzter Satz oder § 290 Abs 1 zweiter Satz „vorzugehen“ (§ 471 [§ 489 Abs 1 zweiter Satz])

„[V]on Amts wegen so vorzugehen, als wäre der in Frage kommende“ Beschwerde- oder Berufungspunkt (§ 89 Abs 2b letzter Satz, § 467 Abs 2 erster Satz [§ 464; 489 Abs 1 zweiter Satz]) „geltend gemacht worden“, haben OGH, BerG und BeschwerdeG, wenn sich das jeweilige Gericht „aus Anlass einer von wem immer ergriffenen“ Beschwerde oder Berufung „[ü]berzeugt [...], daß zum Nachteile des“ Besch (§ 48 Abs 2) „das Strafgesetz unrichtig angewendet worden sei [...] oder daß dieselben Gründe, auf denen seine Verfügung zugunsten eines“ Besch (§ 48 Abs 2) „beruht, auch einem Mit-“ Besch (§ 48 Abs 2) „zustatten kommen, der die“ Beschwerde oder Berufung „nicht ergriffen hat“ (§ 290 Abs 1 zweiter und letzter Satz [§ 471 {§ 489 Abs 1 zweiter Satz}], § 89 Abs 2b letzter Satz). Dazu kommen – beim OGH nur „erhebliche“ – „Bedenken“ gegen Sachverhaltsklärung oder auch Sachverhaltsannahmen, ohne dass insoweit ein beneficium cohaesionis gilt (§ 362 Abs 1 Z 1, § 473 Abs 2 [§ 489 Abs 1 zweiter Satz]). Begrenzt wird derart amtswegiges Vorgehen durch den Gegenstand der Befassung, sei es mit NG oder Berufungs- oder Beschwerdepunkten (Art 83 Abs 2 B-VG). Aufgrund von Einspruch wegen Rechtsverletzung darf demnach „Einstellung des Ermittlungsverfahrens“ nicht angeordnet, aufgrund von Befassung nach § 108f Rechtsverletzung „im Ermittlungsverfahren“ vom Gericht nicht festgestellt werden.

d) Erkundungsbeweisführung

Da § 55 Abs 1 dritter Satz zwar für Besch (§ 48 Abs 2) und PB, nicht aber für Kriminalpolizei und StA eine „bindende Regelung“ enthält, ist Kriminalpolizei und StA „im Ermittlungsverfahren“ auch Erkundungsbeweisführung gestattet. Umgekehrt besteht kein Recht am Ermittlungsverfahren Beteiligter auf bloße Erkundungsbeweisführung und damit aktenmäßiges Festhalten für die weitere Sachverhaltsklärung unerheblicher Beweismittel als Ermittlungsansatz. Erkundungsbeweisführung meint Sachverhaltsklärung ohne Begründung der Tauglichkeit der Ermittlung. Demnach bedeutet das Schlagwort von grundsätzlicher Zulässig-

keit von Erkundungsbeweisführung im Ermittlungsverfahren nur, dass Führungsorgane Ermittlungen nicht begründen müssen, sofern das Gesetz (oder die StA gegenüber der Kriminalpolizei) nicht Gegenteiliges anordnet. Aus fehlender prozessualer Begründungspflicht folgt aber weder Unverantwortlichkeit der Kriminalpolizei gegenüber der StA als Leiterin des Ermittlungsverfahrens (§ 98 Abs 1 zweiter Satz, § 101 Abs 1 erster Satz) noch innerorganisatorische Unverantwortlichkeit. Stattdessen überschreitet „Ermittlung“ – oder „Beweisaufnahme“ (§ 232 Abs 2 [§ 474 {§ 489 Abs 1 zweiter Satz}]) –, „die für die Beurteilung der Tat und des Beschuldigten“ (§ 48 Abs 2) ohne „Bedeutung“ (§ 3 Abs 1) ist, die zur „Aufklärung von Straftaten“ erteilte ges Befugnis (§ 5 Abs 1 erster Satz). Von Erkundungsbeweisführung – also Beweisführung bloß zur „Verzögerung“ – in subjektiven Rechten (nicht bloß in Verteidigungsinteressen) Betroffenen steht „im Ermittlungsverfahren“ Einspruch (Abs 1, gegen Bewilligung Beschwerde Abs 2 des § 106) und Beschwerde (87 Abs 2 zweiter Satz [§ 104]), im Hauptverfahren Beschwerde (§ 87 Abs 2 zweiter Satz), im RMVerfahren hingegen kein RM offen; Beschwerde nach § 23 können sie anregen.

e) „[Ermittlung] zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“ als „Vorgang [im Ermittlungsverfahren]“ (§ 106) Schon die systematische Einordnung von § 91 an der Spitze der Vorschriften über „[d]as Ermittlungsverfahren“ (1. Abschn des 6. HptSt) macht klar, dass „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 letzter Satz „im Ermittlungsverfahren“ stattfindet,¹² und zwar „zur Aufklärung von Straftaten“ (§ 1 Abs 1 erster Satz), konkret „zur Klärung, ob [auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist]“, ob also „ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“. § 91 Abs 2 letzter Satz sagt keineswegs, dass „Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt, [...] keine Ermittlung [...] dar[stellt]“, normiert vielmehr einen Unterschied und eine Gemeinsamkeit von „Ermittlung“ nach den beiden ersten Sätzen und „Ermittlung“ nach dem letzten Satz des § 91. Während „Ermittlung“ nach dem ersten und zweiten Satz Bezugspunkt von „Einstellung, Abbrechung und Fortführung des Ermittlungsverfahrens“ ist, trifft dies für „[Ermittlung] zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“, nicht zu – darin liegt der Unterschied. Die Gemeinsamkeit aber liegt in dem Umstand, dass sowohl „Ermittlung“ nach dem ersten und zweiten, also auch „Ermittlung“ nach dem letzten Satz des § 91 Abs 2 „im Ermittlungsverfahren“ stattfindet, sodass Einspruch nach § 106 Abs 1 zulässig ist. Damit wird die von Art 13 EMRK garantierte wirksame Beschwerde gegen Vorgänge, die das Strafverfahren nicht beginnen lassen, gleichwohl in subjektive Rechte eingreifen, mithin „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz) ohne ges eingeräumte Befugnis, garantiert. „Ermittlungsverfahren“ zerfallen demnach in als „Strafverfahren“ (§ 1 Abs 2 erster Satz) und nicht als Strafverfahren, vielmehr „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt,“ geführte „Ermittlungsverfahren“. Bloß nach Maßgabe des Gesetzeswortlauts wird „Leichenbeschau und Obduktion“ als „Ermittlung“ sowohl nach § 91 Abs 2 letzter Satz „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“, als auch „zur Aufklärung eines Anfangsverdachts (Abs 3)“ nach § 1 Abs 2 erster Satz ermöglicht. Der historische Gesetzgeber sah – entgegen dem klaren Gesetzestext – „Obduktion“ als „Ermittlung“ nach dem ersten, „Leichenbeschau“ hingegen als „Ermittlung“ nach dem letzten Satz des § 91 Abs 2 und hat damit Uneinigkeit im Schrifttum gestiftet.¹³ Vor Beginn als „Strafverfahren“ haben auch „Opfer“ nur ein „Anzeige[...]recht“ (§ 80 Abs 1), das allerdings keineswegs nur einmalig, vielmehr – nicht

zuletzt aufgrund von Verständigung nach § 35 c zweiter Satz StAG – auch ergänzend ausgeübt werden kann.¹⁴

f) „Fahndung“

Bei Fahndung (§§ 167–169) geht es nicht um „Zwangmaßnahmen“, weder um Anwesenheits- oder Aussagezwang bei Vernehmungen, noch um verdeckten Eingriff in Persönlichkeitsrechte oder andere „Zwangsmittel“, auch nicht um „Ermittlungsmaßnahmen“ oder „Beweisaufnahme“ nach dem 8. HptSt, sodass sie dem Gericht „im Ermittlungsverfahren“ nicht zukommt. Personenfahndung nach dem Angekl im RMVerfahren kommt mangels Erscheinungspflicht nicht in Betracht. Da Fahndung zur Festnahme des Angekl (§ 168 Abs 2 [§ 48 Abs 2]) dieses „Zwangsmittel“ vorbereitet, ist sie von § 210 Abs 3 erster Satz erfasst, Personenfahndung zur Aufenthaltsermittlung ebenfalls, weil sie Anwesenheits- und Aussagezwang sichert, ohne deshalb „Zwangsmittel“ zu sein. Ebenso wenig „Zwangsmittel“ ist „Sachfahndung“ zur Vorbereitung der „Aufnahme von Beweisen“ (§ 55; sie wird von § 210 Abs 3 erster Satz mit „Beweisaufnahme[n]“ angesprochen, was auch im Hauptverfahren „Aufnahme von Beweisen“ meint). Während auch bloß Vorbereitung von Festnahme nach dem 9. HptSt an Antragstellung durch die StA gebunden ist, weil „Personenfahndung zur Festnahme“ unmittelbar in diese mündet, können andere Fahndungsmaßnahmen im Haupt- und RMVerfahren ohne Antragsbindung vom Gericht angeordnet werden; auch „Sachfahndung“, weil sie nicht ohne weiteres in Sicherstellung mündet. Soll allein die Vorführung vorbereitet werden (§ 5 Abs 1), geht es zwar um Anhaltung, nicht auch (auch) um Festnahme, und es genügt – nicht antragsgebundene – „Personenfahndung zur Aufenthaltsermittlung“ (§ 168 Abs 1). § 169 Abs 1a betrifft bloß Ermittlungs- und Anklagebefugnis und wird von § 210 Abs 3 daher nicht erfasst. Gegen Fahndungsmaßnahmen steht „im Ermittlungsverfahren“ Einspruch zu.¹⁵ „Fahndung“ im Hauptverfahren geschieht zwar nicht unmittelbar bei, immerhin aber „im Rahmen einer gerichtlichen Beweisaufnahme“, sodass die Verletzung von Immaterialgüterrechten durch nicht am Hauptverfahren Beteiligte (§ 220) nach § 87 Abs 2 zweiter Satz geltend gemacht werden kann; ohne dass allerdings solcher Beschwerde „die weitere Verhandlung hemmende“ Wirkung zukommt.

g) Verfolgungshindernis (§ 133 Abs 5)

Nach § 133 Abs 5 haben StA und Gericht „[v]on der Verfolgung des Beschuldigten“ (§ 48 Abs 2) „wegen der strafbaren Handlung, zu deren Begehung er nach § 5 Abs 3 verleitet wurde, [...] abzu-

¹² „Nutzung von allgemein zugänglichen oder behördeninternen Informationsquellen“ ist allerdings kein von § 1 erster Satz erfasster Vorgang, sodass als „Ermittlung“ nur „Erkundigungen zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“, in Frage kommen.

¹³ Auf demselben Missverständnis fußt die gezielte Beseitigung des Klammerhinweises auf § 100 Abs 2 Z 2 in § 128 Abs 1, die allerdings das vom historischen Gesetzgeber intendierte Auslegungsergebnis nahelegt; vgl 25 BlgNR 22. GP 18f, 178; 1058 BlgNR 25. GP 18; Steiner, LiK-StPO § 190 Rz 89; Hinterhofer/Tipold in WK StPO § 125 Rz 70; Tipold in WK StPO § 128 Rz 15, wo allerdings § 127 Abs 1 aF missverstanden wird; vgl auch § 66 SPG und Rz 22, 82f, 785.

¹⁴ Übergangen von Pfeifer/Stramitzer, Wie sollen sich Strafverfolgungsbehörden bei vager Verdachtslage verhalten?, RZ 2024, 133, die „im Ermittlungsverfahren“ auch nicht zwischen „Ermittlung“ nach dem ersten und letzten Satz des § 91 Abs 2 unterscheiden.

¹⁵ Entsprechendes gilt für „Sachfahndung“, welche „die Kriminalpolizei von sich aus anordnen und durchführen“ – und so die Kontrolle (auch) der Rechtmäßigkeit von Ersuchen an Stellen außerhalb des Weisungsbereichs des BMI (§ 4 Abs 1 SPG) übernehmen – „kann“ (§ 169 Abs 2), ohne deshalb zu „Zwangmaßnahmen“ ermächtigt zu sein; vgl auch Art 146 B-VG.

sehen“. Es geht also nicht um ein „Geständnis“, zu dem Besch (§ 48 Abs 2) „durch heimlich bestellte Personen“ verlockt wurde. Die Vorschrift erfasst aber nicht nur ein „Scheingeschäft“ (§ 129 Z 3) und verbietet „ausdrücklich“ (§ 5 Abs 1 erster Satz) „Verfahren zur Aufklärung“ und „Verfolgung verdächtiger Personen“ wegen irgendeiner „Straftat“ (§ 1 Abs 1), „zu deren Begehung nach § 5 Abs 3 verleitet wurde“. Folter (Art 3 EMRK) ist ein Sonderfall von Tatprovokation, womit § 133 Abs 5 gilt.

3. Abgrenzung der „Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte [von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte]“ (Art 130 Abs 5 B-VG) „im Ermittlungsverfahren“

a) Allgemein

Mit Befassung des ohne Eilkompetenz befugten Organs (StA oder Gericht) wird – auflösend bedingt durch dessen negative Entscheidung – die **Kontrollbefugnis des VwG hinsichtlich der Durchführung** der den Gegenstand der Befassung bildenden Ermittlungsmaßnahme, Beweisaufnahme, Festnahme oder Vorführung **auf Exzess** im Verhältnis zur (erforderlichenfalls bewilligten, solcherart rechtswirksamen) „Genehmigung“ **beschränkt**. Gegen „Genehmigung“ durch die StA steht im Ermittlungsverfahren Zuständigkeit der VwG ausschließender Einspruch wegen Rechtsverletzung offen, bei erforderlicher „Bewilligung“ auch Beschwerde (§ 106 Abs 1 Z 2 und Abs 2). **Unbefugte Inanspruchnahme von Eilkompetenz** mangels „Gefahr im Verzug“ ist nicht Gegenstand der Entscheidung über die „Genehmigung“, also der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Von Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG erfasst, **kommt** sie dem **VwG zu**. Auf dessen Entscheidung bezogen, aber hat sich die ordentliche Gerichtsbarkeit jeder Beurteilung zu enthalten. **Wenn die Kriminalpolizei sich** nicht bloß in Eilkompetenz „bei Gefahr im Verzug“, sondern **in Eigenkompetenz „von sich aus“ entscheidet, eine „Ermittlungsmaßnahme“ durchzuführen, wird die Kontrollbefugnis der VwG** nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG (§ 88 Abs 1 SPG) durch jene der ordentlichen Gerichtsbarkeit **nicht eingeschränkt**. Die **StPO kennt weder „Genehmigung“ durch die StA noch „Genehmigung“** (§ 210 Abs 3) oder „Bewilligung“ einer „Genehmigung“, sodass StA und ordentlichen Gerichten keine Befugnis dazu haben. Verpflichtung der Kriminalpolizei zur Herstellung des „der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Zustand[s]“ nach § 28 Abs 6 zweiter Satz VwGVG setzt allerdings voraus, dass „die für rechtswidrig erklärte Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt noch an[dauert]“. Die „**Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes**“ kommt also nur ins Spiel, wo es um Andauern von „Ermittlung“ zur „Gewinnung“ oder „Sicherstellung“, **nicht zur „Auswertung“ oder „Verarbeitung einer Information“** (§ 91 Abs 2 erster Satz) geht, womit sich § 28 Abs 6 zweiter Satz VwGVG stimmig in das der StPO zugrunde liegende Verhältnis von Beweiserhebung zu Beweisverwendung und Beweisverwertung einfügt. Aus ges Ermächtigung der Kriminalpolizei zur Durchführung einzelner „Ermittlungsmaßnahmen“ oder „Zwangsmaßnahmen“ in Eigenkompetenz „von sich aus“, folgt keine Verpflichtung zur Übernahme der Entscheidungsverantwortung. Ersucht sie die StA erfolgreich um Entscheidung über die Durchführung, führt die Kriminalpolizei die Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme nicht „von sich aus“ durch, befolgt mit deren Durchführung stattdessen eine Anordnung der StA, wodurch die auf § 88 Abs 1 SPG (Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG) gegründete Kontrollbefugnis der VwG auf Exzess gegenüber der Anordnung beschränkt wird. Anders als im Fall einer Anfrage nach Ausübung von Eilkompetenz muss die StA eine von der Kriminalpolizei für „zweckmäßig“ erachtete „Anordnung“ (die Zwangs-

maßnahme durchzuführen oder zu unterlassen) nur treffen, wenn dies in Ausübung ihrer Leitungskompetenz „erforderlich“ ist.

b) Besondere Eilkompetenz (§ 122 Abs 1, § 123 Abs 3, § 133 Abs 1 letzter Satz)

Was „den [...] entsprechenden Rechtszustand“ anlangt, den „herzustellen“ § 107 Abs 4, § 122 Abs 1 zweiter Satz „Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln“ verpflichten, geht es – wie mit Bezug auf „Anhaltung“ nach dem 9. HptSt – um denjenigen des ordentlichen Gerichts, weil die StA in jedem Fall einer nach § 120 Abs 1 in Ausübung von Eilkompetenz „bei Gefahr im Verzug“ von der Kriminalpolizei vorgenommenen „Durchsuchung“ „**im Nachhinein eine Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit der Durchsuchung (§ 99 Abs 3) zu beantragen hat**“, also auch, wenn sie die „Bewilligung“ nicht beantragt, weil sie die „Genehmigung“ **ohne hin „nicht erteilt“** (§ 99 Abs 2).¹⁶ Beschwerde gegen verweigerte Bewilligung für eine nach § 123 Abs 3 zweiter Satz angeordnete „körperliche Untersuchung“ entbindet die StA nicht von der Pflicht zur Befolgung der in der erstinstanzlichen Verweigerung gelegenen Anordnung, die Vernichtung deren Ergebnisses anzuordnen, sodass in der Inanspruchnahme von Eilkompetenz zugleich der Verzicht auf die Wirksamkeit einer Beschwerdeentscheidung für die mit mangelnder „Bewilligung“ verknüpfte Rechtsfolge der Vernichtung von Ergebnissen liegt. Die Kriminalpolizei darf nach § 133 Abs 1 letzter Satz „von sich aus“ begonnene „Observation“ innerhalb „des Bundesgebietes“ ohne Unterstützung „durch den Einsatz technischer Mittel (Abs 2)“ bis zu „vierzehn Tagen“ ausdehnen, „sofern“ sie „der Staatsanwaltschaft unverzüglich nach“ Ablauf von „[48 Stunden] berichtet (§ 100 Abs 2 Z 2)“. Indem sie dem Gesetzesbefehl, „um Genehmigung anzufragen“, entspricht, wird die „**Observation“ nach Ablauf von 48 Stunden „[v]on der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen“** (Art 130 Abs 5 B-VG).

c) Beendigung von „Ermittlungsmaßnahmen“

Bei der nach § 133 Abs 2 letzter Satz der Kriminalpolizei zukommenden Aufgabe, „Observation und verdeckte Ermittlung [...] zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen, wenn ihr Zweck erreicht ist oder voraussichtlich nicht mehr erreicht werden kann“, **geht es um „Observation nach § 130 Abs 3 und verdeckte Ermittlung nach § 131 Abs 2“**, demnach **Eilkompetenz**, wo dem VwG nur Exzesskontrolle zukommt, die wiederum an mutmaßlicher Einwilligung der StA Maß zu nehmen hat. Die Verpflichtung zur Beendigung, „wenn die Staatsanwaltschaft die Einstellung anordnet“, ist bloß klarstellender Natur (§ 101 Abs 4 erster Satz). **§ 137 Abs 3 letzter Satz ist Differenzierung angeordneter und sonstiger Beendigung** davon erfasster „Zwangsmittel“ hingegen **fremd**. Daher ist die Kriminalpolizei in Eigenkompetenz „von sich aus“ nicht befugt, „Beschlagnahme von Briefen, Auskunft über [...] Zugangsdaten, Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung, Lokalisierung einer technischen Einrichtung, Anlassdatenspeicherung und Überwachung von Nachrichten“ sowie „optische und akustische Überwachung von Personen [zu beenden]“.

¹⁶ AM Tiplod/Zerbes in WK StPO §122 Rz2; Tauschmann in Schmölzer/Mühlbacher, StPO² §122 Rz2; Kollmann/Moser, LiK-StPO §122 Rz3.

E. „Form“ für „Erkundigung oder [...] Beweisaufnahme“, Handlungs- und Mitwirkungspflichten, „Zwangsmassnahmen“ nach § 93 Abs 1 bis 3, „dringend verächtlich“ in § 144 Abs 3 erster Satz und Aufhebung von „Kriminalpolizei oder“ in § 106

1. Begriffsklärung

a) Förmliche Belehrung (§ 91 Abs 2 zweiter Satz)

§ 91 Abs 2 zweiter Satz, wonach „Ermittlung [...] entweder als Erkundigung oder als Beweisaufnahme durchzuführen [ist]“ – obwohl nach § 91 Abs 2 erster Satz „jede Tätigkeit der Kriminalpolizei, der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts, die der Gewinnung, Sicherstellung, Auswertung oder Verarbeitung einer Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat dient, [Ermittlung ist]“ – will sagen, dass „Erkundigung“ unter dem Aspekt von unverdecktem „Verlangen von Auskunft und [...] Entgegennehmen einer Mitteilung“, die als „Beweisaufnahme“ durch „Vernehmungen“ geschieht, im kontradiktorischen Gegensatz zu „Beweisaufnahme“ steht. Ausweislich der GMat ist § 91 Abs 2 zweiter Satz denn auch nicht Regelung, sondern Monstranz „der veränderten Struktur des Ermittlungsverfahrens [...] – den Legalitätsgrundsatz des Art 18 B-VG auf einfachgesetzlicher Ebene wiederholende [...] Anordnung“.

b) Verschlungene Anordnung

„Zwangsmittel“ (1., 2., 4.–6. Abschn des 8. HptSt) sind „Ermittlungsmaßnahmen“ oder „Zwangsmassnahmen“, „Augenschein“ (§ 149 Abs 1 Z 1) kann als „Ermittlungshandlung“ oder „Beweisaufnahme“ durchgeführt werden, ist aber weder „Ermittlungsmaßnahme“ noch „Zwangsmassnahme“, Vorführzwang (§ 153 Abs 2 letzter Satz und Abs 3) wird nicht als „Ermittlungsmaßnahme“, sondern als „Zwangsmassnahme“ zur „Beweisaufnahme“ durchgeführt, „Zwang“ nach § 93 ist nicht „Ermittlungsmaßnahme“, wohl aber „Zwangsmassnahme“. Die von § 93 Abs 2 erster Satz angesprochene „Handlung, zu der [eine Person] gesetzlich verpflichtet ist,“ existiert bloß als Spiegelbild hoheitlicher Befugnis (§ 93 Abs 1 erster Satz), ist nur rechtslogischer Bezugspunkt, bloße Rechtsfigur und verdankt sich einem logischen Zirkel. Um eine „Handlung“ als sinnlich wahrnehmbaren Vorgang geht es nicht. Zu einer „Handlung [...] gesetzlich verpflichtet ist“ maW, wem gegenüber „[d]ie Kriminalpolizei [...] nach Maßgabe des § 5 [...] ihr“ oder „auch [...] der Staatsanwaltschaft oder“ dem Gericht – demnach „ausdrücklich“ (§ 5 Abs 1 erster Satz) – eingeräumte „Befugnisse durchzusetzen“ (§ 93 Abs 2 erster Satz [Abs 1 und 5, jeweils erster Satz]) „beginnt“ (§ 91 Abs 2 erster Satz [§ 1 Abs 2 erster Satz]). So ist denn auch im § 120 nur von Befugnissen zu „Durchsuchung“, nicht aber davon die Rede, dass von „Durchsuchung“ Betroffene (§ 48 Abs 1 Z 4) zu einer „Handlung“ zu deren Durchführung „gesetzlich verpflichtet“ sind. Zulassung von „Augenschein“ (§ 149 Abs 1 Z 1) darf nicht „unmittelbar durch Zwang nach“ § 93 „Abs 1 oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden“,¹⁷ womit auch „Beugemittel“ ausscheiden (§ 93 Abs 2).

2. „Behörden und öffentliche Dienststellen [...] und Anstalten des öffentlichen Rechts“

„Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“ Art 83 Abs 2 B-VG schützt damit nicht nur Träger subjektiver, sondern auch öffentlicher Rechte und zum Rechtsschutz Verpflichtete. Da „Beamte [...] über Umstände, die“ mangels Entbindung durch ihren Rechtsträger „der Amtsverschwiegenheit unter-

liegen, [nicht vernommen werden dürfen]“ (§ 155 Abs 1 Z 2), sind sie nicht ges (§ 153 Abs 2) „verpflichtet, [...] auszusagen“, womit § 93 Abs 2 nicht anzuwenden ist. Nicht der „Amtsverschwiegenheit unterliegen“ von § 78 Abs 1 erfasste Tatumstände. § 93 Abs 2 hinwiederum betrifft nur Fälle, in denen „eine Person eine Handlung, zu der sie gesetzlich verpflichtet ist, [verweigert]“. Wer nicht initiativ wird, „verweigert“ nicht. Selbst in Betreff verlangter „Berichte“ (§ 100) hat die StA gegenüber der Kriminalpolizei keinerlei Zwangsbefugnisse.¹⁸ Zu Zwangsmassnahmen gegenüber „Behörden und öffentlichen Dienststellen [...] und Anstalten des öffentlichen Rechts“ sind „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte“ nicht befugt. Stattdessen werden „Behörden und öffentlichen Dienststellen [...] und Anstalten des öffentlichen Rechts“ von § 76 Abs 1 zweiter Satz und Abs 2 zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von „Ersuchen“ der „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte“ ermächtigt. § 116 Abs 3 normiert eine spezielle Befugnis der StA, „Auskunft aus dem Kontenregister [...] anzuordnen (§ 102 Abs 2)“. Aus der Rechtsnatur einer „Anordnung“ und § 4 Abs 1 KontRegG, wonach der BMF, „den Staatsanwaltschaften und den Strafgerichten“ (Z 1) „Auskünfte aus dem Kontenregister [...] im Wege elektronischer Einsicht zu erteilen“ hat, folgt, dass dem BMF – anders als bei sonstigen Ersuchen um „Amtshilfe“ – keine Rechtmäßigkeitskontrolle zusteht, während im Übrigen § 76 Abs 1 erster Satz gilt. Stattdessen ist das Ersuchen der StA um Hilfeleistung gegenüber dem BMF, der „Einrichtung und Betrieb zu gewährleisten [hat]“ (§ 5 Abs 2 zweiter Satz KontRegG), nach § 102 Abs 2 auszufertigen und zu begründen. Weder kann der BMF behaupten, durch die Erteilung der „Auskünfte aus dem Kontenregister“ nach § 106 Abs 1 „in einem subjektiven Recht verletzt zu sein“, noch ist § 93 Abs 1 erster Satz anzuwenden, der die Kriminalpolizei zwar „ermächtigt, [...] Zwang anzuwenden, um die ihr“ oder „für die Durchsetzung einer Anordnung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts [gesetzlich eingeräumten Befugnisse durchzusetzen“, allerdings nur „nach Maßgabe des § 5“, ohne dass jedoch Befugnisse, „in die Rechte von [Behörden und öffentliche Dienststellen [...] und Anstalten des öffentlichen Rechts]“ einzugreifen, „gesetzlich ausdrücklich vorgesehen“ sind. Auch Zwangsmassnahmen gegen „Gerichte“ stehen „Staatsanwaltschaften“ nicht zu. „Wird einem Ersuchen einer Staatsanwaltschaft um Amts- oder Rechtshilfe von einem ersuchten Gericht nicht [...] entsprochen“, entscheidet „auf Antrag der Staatsanwaltschaft“ vielmehr „das [...] Oberlandesgericht“ „über die Rechtmäßigkeit“ (§ 76 Abs 2a). Fehlender Befugnis von „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte[n]“ zu „Durchsuchung“ von „Behörden und öffentlichen Dienststellen [...] und Anstalten des öffentlichen Rechts“ steht allerdings deren Verpflichtung gegenüber, in Entsprechung von ihnen als recht-

¹⁷ AM Tipold/Zerbes in WK StPO § 119 Rz 7f, die für bloßes „Betreten“ eine „gesetzliche Grundlage“ einen „Größenschluss aus § 119“ ins Treffen führen und § 5 Abs 1 erster Satz übergehen.

¹⁸ Soweit RIS-Justiz RS0054660; RS0097877; RS0097797 von §§ 78, 100 erfasste Information nicht von „Amtsverschwiegenheit“ erfasst sehen, geht es darum, dass von § 78 erfasste Tatumstände gegenüber StrafG (und StA) nicht iSd § 155 Abs 1 Z 2 „der Amtsverschwiegenheit unterliegen“, womit Entbindung durch die dazu befugten Organe dort als unnötig eingestuft werden konnte. Zur Inanspruchnahme von Entscheidungsbefugnis über „Amtsverschwiegenheit“ im „Strafverfahren“ werden StrafG damit keineswegs ermächtigt, „[a]n die rechtsgestaltenden Wirkungen von Entscheidungen [...] anderer Behörden“ vielmehr „gebunden“ (§ 15 letzter Satz [Art 83 Abs 2 B-VG]). Solange der OGH jedoch bloß Nichtigkeit bei Entscheidung anstelle dazu befugter „anderer Behörden“ verneint, geht er von deren mutmaßlicher Einwilligung aus, um „unnötige Verzögerung“ zu vermeiden (§ 9 Abs 1), maßt sich Entscheidungsbefugnis über das Bestehen von „Amtsverschwiegenheit“ aber nicht an.

mäßig erkannter – von diesen als zweckmäßig beurteilter – Ersuchen der „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte“ „Durchsuchung zuzulassen“, wenn dies mangels eigener Berechtigung zur „Durchsuchung“ erforderlich ist. Mit der – schon angesichts der ErläutRV zu § 112a – erforderlichen Beharrlichkeit sei daran erinnert, dass § 5 Abs 1 erster Satz ohne ausdrückliche Ermächtigung „nach diesem Gesetz“ Eingriff „in die Rechte von Personen“ ganz allg verbietet und keineswegs nur natürliche Personen oder bloß subjektive Rechte juristischer Personen erfasst; 937 BlgNR 27. GP 22 stellt immerhin klar, dass mit § 112a nur eine Vorsichtsmaßnahme für den Fall normiert wurde, dass „nach diesem Gesetz“ auch gegen eine „Behörde oder öffentliche Dienststelle“ mit „Sicherstellung“ vorgegangen werden darf.

Zwangsmaßnahmen gegenüber Beh, öff Dienststellen und Anstalten des öff Rechts sind unzulässig.

3. Als Unsinn „dringend verdächtig“ (§ 144 Abs 3 erster Satz)

Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte die Wortfolge „dringend verdächtig“ die fehlende Zustimmung des Inhabers eines zu überwachenden Teilnehmeranschlusses ausgleichen, mitnichten aber ein durch dringenden Tatverdacht auflösend bedingtes Verfolgungshindernis begründen. Es geht um den Schutz von Informanten des Inhabers eines Teilnehmeranschlusses, nicht um den Schutz vor Strafverfolgung. Indem § 144 Abs 3 erster Satz für Verdächtige (§ 154 Abs 1 [§ 48 Abs 2]) ein Verbot der Umgehung von Zeugenrechten beseitigt, Verdächtige – im Gegensatz zu Zeugen (§ 154 Abs 2) – aber keine Verpflichtung zur Aussage trifft, welche durch Befreiungs- oder Verweigerungsrechte eingeschränkt und deren Beschränkung durch ein Umgehungsverbot abgesichert werden könnte, ist die Aussage in sich widersprüchlich, vermittelt daher keinen Sinn und ordnet in Betreff Verdächtiger (§ 48 Abs 2) nichts an: „Ex falso quodlibet.“

4. Aufhebung der Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106

Die Aufhebung der Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106 Abs 1 hat eine bis dahin fehlende, weil aus § 103 nicht ableitbare Befugnis der StA zur Durchführung von Zwangsmaßnahmen nicht zur Folge. Nicht nur, dass § 23 Abs 1a ausschließlich „gesetzwidrige Durchführung einer Zwangsmaßnahme durch die Kriminalpolizei“ anspricht, ging es bei der BGBl I 2015/85 zugrundeliegenden Entscheidung des VfGH – als zudem bloß negativem Gesetzgeber – allein um den verfassungsrechtlichen Aspekt von Erkennbarkeit des Rechtsschutzorgans bei doppelfunktionalem Verhalten von Organen der SicherheitsBeh, was die Befugnisse der StrafverfolgungsBeh nicht berührt. Rechtsrichtige Beurteilung der Zulässigkeit von Gesetzesanfechtung ist für die Wirksamkeit angeordneter Aufhebung – hier: der Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ durch VfGH G 233/2014 ua – nicht entscheidend.

F. „Aufgabe“, „Anordnung“ und „Zwang“, „den entsprechenden Rechtszustand [...] herzustellen“ (§ 107 Abs 4, § 89 Abs 4, § 138 Abs 2 letzter Satz [§ 93 Abs 1], § 139 Abs 4 erster Satz, § 159 Abs 3 letzter Satz, § 166)

1. „[N]ach diesem Gesetz“

§ 89 Abs 4, wonach beim Erfolg einer „Beschwerde wegen Unzulässigkeit einer im 5. und 6. Abschnitt des 8. HptSt (§§ 134 bis 143) geregelten Ermittlungsmaßnahme gemäß Abs 2b [...] zugleich an-

zuordnen [ist], dass alle durch diese Ermittlungsmaßnahme gewonnenen Ergebnisse zu vernichten sind“, sagt nur, was Beschwerdeerfolg bedeutet, ist also zutreffend, aber überflüssig; es geht auch hier nicht um eine weitere Anordnung, vielmehr um Klarstellung, weil die Vernichtungsanordnung bereits im Ausspruch über den Erfolg der Beschwerde enthalten ist. Während nach § 143 Abs 2 zweiter Satz – für die von § 143 Abs 2 erster Satz als „gesetzlich“ deklarierte „Verpflichtung nach Abs 1“ letzter Satz („zu vernichten und [...] zu protokollieren“) – „§ 93 Abs 2 [...] sowie die Bestimmungen über die Durchsuchung [...] sinngemäß [gelten]“, fehlt hinsichtlich der ges – also nicht durch Anordnung oder Befugnis der Kriminalpolizei vermittelten – Verpflichtung des „[m]it der molekulargenetischen Untersuchung“ beauftragten SV, „Untersuchungsmaterial“ [...] und die Ergebnisse der Untersuchung“ nach Maßgabe von § 124 Abs 4 erster Satz „zu vernichten“, eine entsprechende Vorschrift, womit „Zwang“ zur Durchsetzung „nach diesem Gesetz“ nicht in Betracht kommt. Weder wird der „[m]it der molekulargenetischen Untersuchung“ nach § 124 Abs 3 erster Satz beauftragte SV „ausdrücklich“ (§ 5 Abs 1 erster Satz) „gesetzlich verpflichtet“, „Untersuchungsmaterial [...] und Ergebnisse [...] zu vernichten“, noch besteht „ausdrücklich“ hoheitliche Vernichtungsbefugnis mit Bezug auf „Untersuchungsmaterial [...] und Ergebnisse“ in der Verfügungsmacht solcher SV. „[F]ür die Durchsetzung“ der auf einer „Anordnung“ fußenden „Löschungsverpflichtung“ nach § 138 Abs 2 letzter Satz ist die Kriminalpolizei nach § 93 Abs 1 erster Satz (zweiter Teilsatz) demgegenüber „ermächtigt, [...] Zwang anzuwenden“. Gegen die „Löschungsverpflichtung“ können „Anbieter“ ein Recht „nach diesem Gesetz“ nicht geltend machen (§ 106 Abs 1 Z 1). Hat die Kriminalpolizei in Eigenkompetenz „Zwang [...] für die Durchsetzung“ der „Anordnung [...] zu löschen“ angewendet, steht auch dagegen „Einspruch wegen Rechtsverletzung“ nicht zu, wohl aber, wenn „Zwang [...] für die Durchsetzung“ der „Anordnung [...] zu löschen“ iS von § 106 Abs 1 Z 2 „unter Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes angeordnet [...] wurde.“ Da es § 138 Abs 3 erster Satz um „allfällige Verpflichtung, [...] geheim zu halten“, geht, ist auch diese Gegenstand eines einer Entscheidung, daher „mit gesonderter Anordnung aufzutragen“ und von § 106 Abs 1 Z 2 erfasst. Der letzte Satz des § 159 Abs 3 verpflichtet in den Fällen der beiden vorangestellten Sätze, „[d]as aufgenommene Protokoll [...] insoweit zu vernichten“. Bei „Vernehmung“ von § 166 Abs 1 erfasste Vorgänge sind zwar von § 166 Abs 2 mit ausdrücklicher Nichtigkeit bedroht, führen aus dem in der Einleitung von § 166 Abs 1 zwischen Bindestrichen stehenden Grund aber nicht zur Vernichtung des Prot. Durch „Erkundigung“ unter den zu Nichtigkeit nach § 166 Abs 2 führenden Umständen werden „die Bestimmungen über die Vernehmung [...] umgangen“, was zur „Nichtigkeit“ des Vorgangs führt, weil von § 166 Abs 2 genannte Tatumstände die Ausübung der Prozessrolle verhindern, was „Zeugen“ anlangt, den Umgang mit ihrer durch §§ 155ff relativierten Verpflichtung.

2. Rechtsfortbildung und „Ermessen“ des OGH (§ 292 letzter Satz)

Ebenfalls „nach diesem Gesetz“ gelten nach Maßgabe von 14 Os 46/09 k, 47/09 g nicht „ausdrücklich“ angeordnete Verwendungsverbote mit dem Ziel, die StA zur „Ermittlung“ nach Art 6 EMRK erforderlicher Kontrollbeweise zu veranlassen. Nicht bindend „nach diesem Gesetz“ geregelte Vernichtung kann nur der OGH „nach seinem Ermessen“ anordnen (§ 292 letzter Satz) und nur nach Maßgabe von § 166 Abs 1. Folgt man der gängigen Definition für absolut nichtige Vorgänge, liegen diese außerhalb des gesetzlichen Fehlerkalküls,

womit – definitionsgemäß – kein Rechtsbehelf darauf zielen würde. Davon verschieden ist die Frage, **ob ein absolut nichtiger „Vorgang“ vorliegt**. Deren Lösung liegt im Fehlerkalkül des § 23. Ein nach dem fünften Satz des § 292 als **absolut nichtig erkannter „Vorgang“ kann** nach dem letzten Satz der Vorschrift – nur, aber immerhin – „zur Klarstellung beseitigt“ werden. Der OGH lässt seit 1. 8. 2007 Anträge Betroffener auf Erneuerung nach § 363 a Abs 1 zu, ohne dass „in einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Verletzung der Konvention [...] oder eines ihrer Zusatzprotokolle [...] festgestellt“ wurde. Innerhalb der Wortlautgrenze des § 363 a gelegen, hatte 13 Os 135/06 m den OGH aufgrund seiner Bestandsgarantie (Art 92 Abs 1 B-VG) für ermächtigt gehalten, **13 Os 49/16 d (verstSen)** genügt Auslegung unmittelbar „nach diesem Gesetz“.¹⁹

Plus

ÜBER DEN AUTOR

Der Autor ist auch Bearbeiter des strafrechtlichen Teils des ÖJZ-EvBl.
E-Mail: eckart.ratz@univie.ac.at

¹⁹ Ein verantwortungsbewusster Gesetzgeber (Art 18 Abs 1, 89 Abs 1 [Art 10 Abs 1 Z 6] B-VG) kann ohne Methodenstreit gefahrlos und umgehend entscheiden, ob unmittelbare Befassung des OGH weiterhin zulässig sein soll, und wenn ja, mit Verletzung sämtlicher in Österreich geltender Grundrechte und „Grundsätze [...], deren Beobachtung [...] sonst durch das Wesen eines [...] die Verteidigung sichernden fairen Verfahrens geboten ist“, oder beschränkt auf EMRK und deren ZP, womit OLG oder LG als HöchstG fungieren, wo EU-Recht anzuwenden ist (Art 267 Abs 2 AEUV); vgl Rz 443–445.

Kurzbeitrag

Stimmrecht des Masseverwalters in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters

Eine Besprechung von OGH 17. 1. 2024, 6 Ob 62/23 w¹



Dr. FELIX LOEWIT ist Rechtsanwaltsanwärter bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

Gesellschaftsrecht

§§ 2, 3 IO
OGH 17. 1. 2024, 6 Ob 62/23 w
ÖJZ 2024/87

A. Einleitung

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung bildet die Frage nach der Reichweite und dem Inhalt der Befugnisse des Masseverwalters (MV) in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters. Konkret hatte der 6. Senat des OGH zu beurteilen, ob die Abberufung oder Bestellung eines Geschäftsführers (Gf) als eine die Insolvenzmasse des Gesellschafters betreffende Rechtshandlung zu qualifizieren ist, die vom MV auszuüben ist. In casu verneinte der 6. Senat dies zwar, ließ zugleich allerdings offen, ob die Geschäftsführerabberufung und -bestellung nicht doch in „Ausnahmefällen“ als massebezogene Rechtshandlung dem MV vorbehalten ist. Dies gibt Anlass, die Kompetenzen des MV in der Gesellschaftersinsolvenz näher zu untersuchen.

B. Rechte des GmbH-Gesellschafters im Insolvenzfall

Wesentlich ist zunächst, dass der Geschäftsanteil der „Inbegriff der Rechte und Pflichten“ ist, die einem GmbH-Gesellschafter zukommen.² Davon erfasst ist auch das Stimmrecht, welches dem Gesellschafter die Teilnahme an der gesellschaftsinternen Willensbildung sichert.³ Durch die Ausübung seines Stimm-

rechts kann der Gesellschafter in der Generalversammlung oder im Rahmen der Beschlussfassung im Umlaufweg an verschiedenen Beschlussgegenständen – wie zB der Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses, der Verteilung des Bilanzgewinns⁴ und der Bestellung und Abberufung der Gf⁵ – mitwirken.

Im Insolvenzfall des Gesellschafters gilt dies allerdings nicht uneingeschränkt: Wird nämlich ein Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet, fällt der Geschäftsanteil – als Teil des exekutionsunterworfenen Vermögens – gem § 2 Abs 2 IO in die Insolvenzmasse.⁶ Die mit dem Geschäftsanteil bzw der Gesellschaftersstellung einhergehenden Mitgliedschaftsrechte werden dann weitgehend vom MV⁷ ausgeübt,⁸ der mit der praktischen Durchführung des Insolvenzverfahrens und der bestmöglichen Verwal-

¹ Siehe EvBl 2024/162 (in diesem Heft auf Seite 555).

² RIS-Justiz RS0004168.

³ Enzinger in in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2023) § 39 Rz 15.

⁴ Dazu und zu anderen in § 35 Abs 1 GmbHG demonstrativ aufgezählten Beschlussgegenständen zB *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbH-Gesetz Kurzkommentar (2014) § 35 Rz 3ff.

⁵ OGH 6 Ob 183/18g; *Ratka* in WK GmbHG § 16 Rz 5 mwN.

⁶ OGH 8 Ob 139/98v; RIS-Justiz RS0101137.

⁷ Das gilt immer, wenn ein Masseverwalter bestellt wird. Bei Eigenverwaltung bleibt es indessen dem Schuldner vorbehalten, Rechtshandlungen selbst vorzunehmen, sodass er – wenngleich unter der Aufsicht und in bestimmten Fällen nur mit Zustimmung eines Sanierungsverwalters – trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens weiterhin selbstständig über die Insolvenzmasse verfügen kann. Dem insolventen Gesellschafter steht dann auch die Verwaltung seines zur Insolvenzmasse gehörigen Geschäftsanteils zu (vgl §§ 169ff, 186f IO; *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte für die GmbH-Gesellschaftersinsolvenz [2016] 43).

⁸ Dazu zB *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG³ (2007) § 75 Rz 4; *Trenker*, GmbH-Geschäftsanteile in Exekution und Insolvenz, JBl 2012, 281 (295); s noch FN 11.