

# ÖJA

Österreichisches  
Juristisches Archiv

Eckart Ratz

## **„Beweisaufnahme“ im Ermittlungsverfahren<sup>1)</sup>**

Im Ermittlungsverfahren erfolgt „Beweisaufnahme“ durch Vernehmung von Besch und Zeugen durch Kriminalpolizei, StA und Gericht, als gerichtliche „Beweisaufnahme durch Sachverständige“ und als Augenschein. Behandelt werden äußerer Rahmen und Rechtsschutz, nicht die Art, wie befragt werden soll und Ausnahmen von der Aussageverpflichtung.

### **ÖJA 2023/8**

- I. „Beweisaufnahme“
- II. „Ladung“
  - A. „Bekanntmachung“ und Durchsetzung
  - B. Befugnis der Kriminalpolizei zur Ladung
  - C. „Aufenthaltort [...] außerhalb des Sprengels“
- III. „Vorbringen“ und schriftliche Äußerung nach § 164 Abs 3 letzter Satz StPO
- IV. Kontrolle von „Verhalten“ bei „Wahrnehmung von Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“
  - A. „Weisungen“ der „vorgesetzten Organe“ (Art 20 Abs 1, Art 90a B-VG)
    1. Aufsichtsbeschwerden
    2. Außenkontrolle und Staatsanwälte, die „selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2) durchführen“
    3. Vernehmende und Ort der Vernehmung
  - B. „Anordnungen“ der StA
  - C. Kriminalpolizei und VwG
  - D. § 23 Abs 1 a StPO
  - E. „Wahrnehmung besonderen Rechtsschutzes“
- V. „Gerichtliche Beweisaufnahme“
  - A. Allgemeines
    1. Fälle gerichtlicher Beweisaufnahme
    2. Antrag und Verlangen
    3. Sachverhaltsklärung für „zusammenhängende Entscheidungen“
  - B. Beschwerden
    1. Allgemeines
    2. SVBeweis
  - C. „Kontradiktorische Vernehmung“
  - D. „Beweisaufnahme durch Sachverständige“
    1. Stellung der SV
    2. § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO
    3. Initiative zum SVBeweis
    4. „[A]m Verfahren beteiligte“ Personen

---

Hon.-Prof. Dr. Eckart Ratz, PräsDOGH iR ist Mitherausgeber und Autor der Wiener Kommentare zu StGB und StPO.

<sup>1)</sup> Rz ohne Werbebezeichnung beziehen sich auf Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO<sup>2</sup>; Verweise auf weiteres Schrifttum finden sich dort; StA steht für Staatsanwaltschaften, nicht für Staatsanwälte.

- VI. SV zum Schutz „Betroffener“
  - A. „Gerichtliche Beweisaufnahme“ durch „Auswertung“ sichergestellter Datenträger
  - B. Beziehung von SV ohne „Beweisaufnahme“
- VII. Umgehungsverbote
- VIII. „Versprechungen“

## I. „Beweisaufnahme“

Wer meint, sich anhand der programmatischen Ansagen am Beginn der einzelnen Abschn des seit 2008 geltenden Ermittlungsverfahrens nach Art einer Begriffspyramide rasch über die wesentlichen Regelungen ins Bild setzen zu können, gerät leicht ins Grübeln. Der Gesetzgeber hat sich nämlich just bei allg Ansagen gern als Lehrer betätigt. Da Regelwerk und dessen Vermittlung auf unterschiedlichen Sprachebenen liegen, steht der Rechtsanwender vor der nicht immer leichten Aufgabe, diese auseinanderzuhalten.<sup>2)</sup> So bringt § 153 Abs 1 StPO, wonach „*Vernehmungen [...] der Aufklärung einer Straftat und der Beweisaufnahme [dienen]*“, keine vollständige Zweckbeschreibung, sondern bloß unvollständiges Bekenntnis als dogmatische Belehrung zum Ausdruck.<sup>3)</sup> Ganz ähnlich die der Definition des Zeugen als „*vom Beschuldigten verschiedene Person*“ in § 154 Abs 1 StPO angefügte und der – in dieser allg Form und an dieser Stelle –<sup>4)</sup> gehaltenen Deklaration, dass „*mittelbar oder unmittelbar wahrgenommene [Tatsachen]*“ in Betracht kommen, vorangestellte Wortfolge über „*zur Aufklärung der Straftat wesentliche oder sonst den Gegenstand des Verfahrens betreffende Tatsachen*“ als Inhalt der Aussage, die den Eindruck erwecken kann, als komme es letztlich gar nicht darauf an, dass die Wahrnehmung „*wesentliche*“ Tatumstände anbelangt, und dass es genügt, wenn die Tatumstände „*sonst den Gegenstand des Verfahrens betreffen[...]*“. Stattdessen werden – wie in § 152 Abs 1 StPO –<sup>5)</sup> bloß die unterschiedlichen Verfahrensziele – mit zudem von § 1 Abs 1 erster Satz StPO verschiedener Formulierung – zur Schau gestellt. Was gilt, ist: **Im Ermittlungsverfahren erfolgt „Beweisaufnahme“ durch Vernehmung von Besch und Zeugen durch Kriminalpolizei, StA und Gericht (§ 153 Abs 1 StPO), als gerichtliche „Beweisaufnahme durch Sachverständige“ (§ 104 Abs 1 StPO) und als Augenschein (§ 149 Abs 1 Z 1 StPO).**<sup>6)</sup> Mit der Verpflichtung, „*Dolmetscherleistungen*“ ua „*insbesondere für Beweisaufnahmen, an denen der Beschuldigte teilnimmt, [...] zu gewährleisten*“, spricht § 56 Abs 2 erster Satz StPO diesen Begriff von „*Beweisaufnahme*“ an.<sup>7)</sup> **§ 91 Abs 2 zweiter Satz StPO**, wonach „*Ermittlung [...] entweder als Erkundigung oder als Beweisaufnahme durchzuführen [ist]*“ – obwohl nach § 91 Abs 2 erster Satz StPO „*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 „*Beweisauf-*

<sup>2)</sup> Vgl Rz 1.

<sup>3)</sup> Vgl Rz 69.

<sup>4)</sup> Zu sog Zeugen vom Hörensagen vgl Ratz in WK StPO § 281 Rz 229, 236, 365.

<sup>5)</sup> Vgl Rz 69–73, 101f, 216.

<sup>6)</sup> „*Vernehmungen*“ (einschließlich „*Befragung*“) von der StA geführter SV (§ 103 Abs 2 zweiter Fall StPO) gelten „*nach diesem Gesetz*“ nicht als „*Beweisaufnahme*“, weil weder § 104 Abs 1 StPO noch der 10. Abschn des 8. HtSt (und damit § 153 Abs 1) StPO greifen, womit sie „*Erkundigung*“ zur Vorbereitung jener „*Beweisaufnahme*“ sind (§ 152 Abs 1 StPO), welche die StA „*durch einen Sachverständigen durchführen lassen [kann]*“; vgl Rz 29, 61, 70, 208, 695, 700, 711.

<sup>7)</sup> Vgl 25 BlgNR 22. GP 81 und Rz 74; bei Vernehmung von SV durch die StA (§ 127 StPO) sind solche „*Dolmetscherleistungen*“ nicht ausgeschlossen („*insbesondere*“).

nahme“ durch „Vernehmungen“ geschieht – **im kontradiktorischen Gegensatz zu „Beweisaufnahme“ steht**, nicht aber, dass für mit „Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ zusammenhängende Entscheidungen – etwa zum „Ausmaß des Schadens oder der Beeinträchtigung“ eines PB (§ 67 Abs 1 zweiter Satz StPO) – „im Ermittlungsverfahren“ nicht ermittelt werden darf. Die Vorschrift soll gerade nicht alles erfassen, was § 91 Abs 2 erster Satz StPO als „Ermittlung“ bezeichnet.<sup>8)</sup>

## II. „Ladung“

### A. „Bekanntmachung“ und Durchsetzung

Bis BGBl I 2000/26 war in § 77 Abs 1 StPO idF vor BGBl I 2004/19, der Vorläuferbestimmung des § 81 Abs 1 StPO, anstelle von „Erledigungen“ von „Verfügungen“ die Rede. Ausweislich der ErläutRV BGBl I 2000/26, 61 sollte „[d]er Wortlaut des § 77 [...] ohne Änderung seines materiellen Inhaltes an die Begriffe des GOG (§ 79: „Ausfertigung gerichtlicher Erledigungen“) angeglichen werden.“ Indem neben Urteilen und Beschlüssen auch „Ladungen, Mitteilungen und Verständigungen“ als „gerichtliche Erledigungen“ bezeichnet werden,<sup>9)</sup> besteht kein Zweifel, dass „Erledigungen“ **das meint, was die StPO sonst** – nach wie vor –<sup>10)</sup> als „Verfügungen“ bezeichnet und nur – das rasche Erfassen des Normtextes erschwerend – ein überflüssiger Begriff eingeführt wurde. § 153 Abs 2 erster Satz StPO, wonach „[e]ine Person, die vernommen werden soll, [...] in der Regel schriftlich vorzuladen [ist]“, normiert eine **Verpflichtung zu schriftlicher Ladung, welche durchbrochen wird**

- bei „Vorführung des Beschuldigten zur sofortigen Vernehmung“ nach § 153 Abs 3 StPO und
- „wenn der [gemeint: zu] Befragende anwesend und nach förmlicher Information über seine Stellung im Verfahren zur sofortigen Vernehmung bereit ist“,<sup>11)</sup> aber auch bei
- Verzicht auf schriftliche Ladung aufgrund mündlicher Bekanntmachung.<sup>12)</sup>

<sup>8)</sup> So ist zB Identitätsfeststellung keineswegs nur „entweder“ durch „Erkundigung“ (§ 151 Z 1 StPO) oder „Beweisaufnahme“ (§ 153 Abs 1 StPO), Sicherstellung weder „als Erkundigung“ noch „als Beweisaufnahme durchzuführen“. Nach § 91 Abs 1 StPO dient denn auch das Ermittlungsverfahren nicht nur dazu, den „Tatverdacht [...] soweit zu klären, dass die Staatsanwaltschaft über Anklage, Rücktritt von der Verfolgung oder Einstellung des Verfahrens entscheiden kann“, sondern auch zur Klärung von „Sachverhalt [...], dass [...] im Fall der Anklage eine zügige Durchführung der Hauptverhandlung ermöglicht wird“, demnach auch für mit der Aufklärung von Straftaten „zusammenhängende Entscheidungen“ (§ 1 Abs 1 erster Satz StPO). Zu nur scheinbar vollständigen Regelungen kommt die Aufführung mehrfach ineinander übergehender Begriffe. So kann „Augenschein“ als „Ermittlungsmaßnahme“ und als „Beweisaufnahme“ durchgeführt werden, und „Sachverständige haben den Befund und das Gutachten“ im Rahmen einer „Ermittlungsmaßnahme“ oder (auch) einer „Beweisaufnahme“, also keiner eindeutig „in diesem Gesetz vorgesehenen Form“ (§ 91 Abs 2 zweiter Satz StPO) „abzugeben“ (§ 127 Abs 2 erster Satz [§ 91 Abs 2 zweiter Satz] StPO). Ausweislich der GMat ist § 91 Abs 2 zweiter Satz StPO denn auch nicht konkrete Regelung, sondern Monstranz „der veränderten Struktur des Ermittlungsverfahrens [...] – den Legalitätsgrundsatz des Art 18 B-VG auf einfachgesetzlicher Ebene wiederholende [...] Anordnung“; vgl zum Ganzen Rz 61–63, 69f, 124; zust Soyler/Pollak, Umgehung der Beschuldigten- und Zeugenvernehmung im österreichischen Strafverfahren, in FS-Dannecker (2023) 845 (847).

<sup>9)</sup> 61 BlgNR 21. GP 34.

<sup>10)</sup> Vgl nur § 35 Abs 2, § 289, § 290 Abs 1, § 306, § 349 Abs 2, § 363a Abs 1, § 494a Abs 6, § 503 Abs 4, § 512 Abs 2, § 516 Abs 2 StPO.

<sup>11)</sup> VwGH 13. 10. 2015, Ra 2015/01/0166 unter Berufung auf die Voraufgabe zu Kirchbacher/Keglevic in WK StPO § 153 Rz 2, 6 und 14.

<sup>12)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0097299.

Soweit Kirchbacher/Keglevic<sup>13)</sup> darüber hinausgehend meinen, dass „[d]ie sofortige Vorführung [...] zudem – mit Blick auf die Vermeidung von Verzögerungen – möglich [ist], wenn der Beschuldigte bereits vorab unmissverständlich zum Ausdruck bringt, einer Ladung selbst dann nicht Folge zu leisten, wenn die Vorführung angedroht wird (12 Os 73/03)“, fehlt – seit 2008 – die von § 5 Abs 1 erster Satz StPO verlangte ausdrückliche Eingriffsbefugnis.

§ 153 Abs 2 letzter Satz StPO bindet die Zulässigkeit der Vorführung an eine „Ladung“, ordnet aber nicht deren „Zustellung“ an. Für den Fall, dass die „Ladung“ durch „Zustellung“ bekannt gemacht wird, war es **erklärtes Ziel des historischen Gesetzgebers, das ZustG und § 83 Abs 3 StPO auf Ladungen nach § 153 Abs 2 StPO zur Anwendung kommen zu lassen**. Dass ausweislich seines § 1 das ZustG nur „die Zustellung der von Gerichten und Verwaltungsbehörden [...] zu übermittelnden Dokumente [regelt]“, die „Staatsanwaltschaft“ aber weder Gericht ist<sup>14)</sup> noch nach § 1 Abs 1 erster Satz StPO als „Verwaltungsbehörde“ fungiert, weil nach § 19 Abs 2 StPO „[d]ie Staatsanwaltschaften [...] ihre Tätigkeit als Organe der Rechtspflege durch Staatsanwälte ausüben“, welche – ungeachtet der „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ – die „Ermittlungsfunktionen“ der StPO nicht als „Verwaltung des Bundes“ (vgl Art 148a Abs 1 B-VG), sondern als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit [...] wahr[nehmen]“ (Art 90a B-VG),<sup>15)</sup> ist mit Blick auf § 81 Abs 1 Abs 1 StPO als lex posterior et specialis für die Anwendbarkeit der auf die Zustellung ihrer Ladung bezogenen Vorschriften des ZustG ohne Bedeutung.<sup>16)</sup>

## B. Befugnis der Kriminalpolizei zur Ladung

Nach den ErläutRV StPRefG sollen „[d]ie Vorschriften über Zustellungen [...] auch von der Kriminalpolizei angewendet werden.“<sup>17)</sup> § 153 StPO gehe es „nicht zuletzt darum, die Vernehmungstätigkeit der Kriminalpolizei über den Inhalt der durch Art V EGVG mittelbar anzuwendenden Bestimmungen des Verwaltungstrafgesetzes hinaus einem förmlichen Verfahren zu unterwerfen.“ Es solle „künftig eine Vorladung durch die kriminalpolizeiliche Behörde und die Vernehmung durch kriminalpolizeiliche Organe im Ermittlungsverfahren ebenso ohne Beschränkung zulässig sein wie durch die Staatsanwaltschaft (Abs 2)“, und weiter: „Eine Ladung, in der die Vorführung angedroht wird, wäre mit Zustellnachweis zuzustellen (§ 83 Abs 3)“, womit „im Wesentlichen die geltende Rechtslage (§ 159 StPO) übernommen“ werde.<sup>18)</sup> § 159 StPO aF hatte dem Untersuchungsrichter – falls „der Zeuge ohne gültige Entschuldigungsgründe dennoch aus[blieb]“ – aufgetragen, einen „Vorführungsbefehl auszufertigen“, wenn „ein Zeuge der ihm zugestellten Vorladung nicht Folge leistet“ und dieser „neuerlich [...] unter der [...] Drohung“ vorgeladen worden war, „daß ein Vorführungsbefehl gegen ihn werde erlassen werden.“ Von 1. 2. 1991 bis 31. 12. 2007 hatte Art V EGVG gelautet: „Sofern sich aus den Vorschriften über das strafgerichtliche Verfahren nicht anderes ergibt, sind die Bestimmungen des VStG über das Verwaltungsstrafverfahren auch auf die Amtshandlungen sinngemäß anzuwenden, die von den Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz vorzunehmen sind.“ Mit 1. 1. 2008 ist die Bestimmung außer Kraft getreten.<sup>19)</sup>

<sup>13)</sup> Kirchbacher/Keglevic in WK StPO § 153 Rz 14.

<sup>14)</sup> Vgl VfSlg 19.952/2015.

<sup>15)</sup> Vgl Ratz, „Unabhängigkeit“ ordentlicher Gerichtsbarkeit in Strafrechtssachen, JRP 2022, 116 (120–122).

<sup>16)</sup> Vgl auch § 52 Abs 3 erster Satz, § 59 Abs 2 zweiter Satz, § 126 Abs 3, § 142 Abs 3, § 209a Abs 6 StPO.

<sup>17)</sup> 25 BlgNR 22. GP 114.

<sup>18)</sup> 25 BlgNR 22. GP 199.

<sup>19)</sup> Art XII Abs 15 Z 3 EGVG idF BGBl I 2008/5.

§ 153 Abs 2 StPO gesteht Ladungsbefugnis StA und Kriminalpolizei gleichermaßen zu.<sup>20)</sup> **Keineswegs behält § 153 Abs 2 StPO eine „Ladung“, welche die Kriminalpolizei „von sich aus“<sup>21)</sup> vornimmt, „den Sicherheitsbehörden“ (§ 18 Abs 2 StPO) vor.** Sicherheitsbehördliche Ladungsbescheide<sup>22)</sup> sind mit der Aufhebung von Art V EGVG obsolet geworden. Gleichwohl als Ladungsbescheid bezeichnete Verfügungen von Sicherheitsbehörden (§ 18 Abs 2 StPO) wären nach ihrer wahren Rechtsnatur zu beurteilen, sind daher nicht Gegenstand einer Beschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG.<sup>23)</sup> **Nicht die „Sicherheitsbehörden“, vielmehr „[d]ie Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG) versehen den kriminalpolizeilichen Exekutivdienst, der in der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten nach den Bestimmungen dieses Gesetzes besteht“ (§ 18 Abs 3 StPO).<sup>24)</sup> Abhilfe gegen deren „Verhalten“<sup>25)</sup> bietet die formlose Befassung der StA als Leiterin des Ermittlungsverfahrens (§ 101 Abs 1 erster Satz StPO) und gegen Rechtsverweigerung durch diese Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO.** Sache der Sicherheitsbehörden hinwiederum ist die Ausstattung der „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes“ mit den zur Anwendung des § 83 Abs 3 erster Satz (§ 153 Abs 2 letzter Satz) StPO erforderlichen Zustellnachweisen (§ 22 ZustG).

### C. „Aufenthaltsort [...] außerhalb des Sprengels“

§ 153 Abs 4 StPO bezieht sich nicht auf die Befugnis der Kriminalpolizei beim „Aufenthaltsort eines Zeugen oder Beschuldigten außerhalb des Sprengels der zuständigen Staatsanwaltschaft“, vielmehr nur auf Vernehmungen, welche die StA nach § 103 Abs 2 StPO „selbst [...] durchführen [kann]“ und gerichtliche Beweisaufnahme. Die mit BGBl I 2007/109 eingeführte Vorschrift geht auf eine Abänderung im Plenum des NR zurück,<sup>26)</sup> ersichtlich um die nach § 156 Abs 2 StPO aF für Zeugen und nach § 179a Abs 1 und 2 StPO aF für festgenommene Besch bestehende Möglichkeit zur Vernehmung „unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung“ durch den Untersuchungsrichter auf das geltende Recht zu übertragen und offenbart just mit Blick auf diesen Umstand und die fehlende legistische Vorbereitung eine Ausnahmelücke für Vernehmungen durch die Kriminalpolizei, auf die denn auch in keinem der Kommentare zur StPO Bezug genommen wird. Teleologisch auf gerichtliche Beweisaufnahme und § 103 Abs 2 StPO reduziert, wonach die StA Vernehmungen „auch selbst [...] durchführen [kann]“, **fehlt der Kriminalpolizei daher keineswegs die Befugnis zu Vernehmungen von Besch und Zeugen, deren „Aufenthaltsort [...] außerhalb des Sprengels der zuständigen Staatsanwaltschaft oder des Gerichts gelegen [ist]“.** „Eine Person, die vernommen werden soll“, kann das in § 153 Abs 4 StPO normierte subjektive Recht umgekehrt analog auch gegenüber der Kriminalpolizei und in einem Ermittlungsverfahren geltend machen, das von der „für das gesamte Bundesgebiet“ zuständigen WKStA geleitet wird.

<sup>20)</sup> Vgl Rz 104.

<sup>21)</sup> Vgl § 93 Abs 3, § 110 Abs 3, § 118 Abs 4, § 120 Abs 2, § 123 Abs 3, § 124 Abs 2, § 133 Abs 1, § 137 Abs 1, § 153 Abs 3, § 169 Abs 3, § 171 Abs 2, § 172 Abs 2, § 496 StPO.

<sup>22)</sup> Vgl 25 BlgNR 22. GP 199.

<sup>23)</sup> Vgl Ratz in WK StPO Vor § 280 Rz 5.

<sup>24)</sup> Instrukтив Vogl in WK StPO § 18 Rz 51.

<sup>25)</sup> Vgl § 106 Abs 1 dritter Satz StPO; Rz 229.

<sup>26)</sup> Vgl 7801/BR dB 7.

### III. „Vorbringen“ und schriftliche Äußerung nach § 164 Abs 3 letzter Satz StPO

Soweit nach § 95 StPO „Vorbringen von Personen“ in einem „[Amtsvermerk] schriftlich festzuhalten“ ist, wird nicht zwischen „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 StPO und „Gewährung des rechtlichen Gehörs“ unterschieden. Auch das Protokoll über „[d]ie Aufnahme von Beweisen“ hat nach § 96 StPO nicht nur „den Inhalt von Aussagen“, sondern ua auch „andere wesentliche Vorgänge während der Amtshandlung“ und „allenfalls gestellte Anträge“ zu enthalten. So wurden denn auch Besch, die von ihrem Recht, „zur Sache [...] nicht auszusagen“, Gebrauch gemacht haben, dazu – iSv § 172 a Abs 1, § 173 Abs 1, § 193 Abs 2 Z 1, § 209 a Abs 2, § 427 Abs 1, § 445 Abs 2 a, § 491 Abs 1 Z 1 StPO – „vernommen“, weil die Vernehmung jedenfalls auch – wie 25 BlgNR 22. GP 209 betonen – „Gewährung des rechtlichen Gehörs“ bezweckt, die Erklärung demnach nicht mehr „[v]or“, sondern nach „Beginn der Vernehmung“ (§ 164 Abs 1 und 3 StPO) erfolgt.<sup>27)</sup> Während der Untersuchungsrichter nach § 198 StPO aF<sup>28)</sup> „bei verwickelten Punkten auch eine schriftliche Beantwortung“ anstelle „mündlich[er]“ Vernehmung „gestatten“ konnte, „ist“ Besch nach § 164 Abs 3 letzter Satz StPO „[z]u schwierigen Fragen, die besondere Sachkunde voraussetzen oder eine Beurteilung durch einen Sachverständigen erfordern, [...] zu gestatten, sich binnen angemessener Frist ergänzend schriftlich zu äußern.“ Im Unterschied zu § 198 StPO aF geht es nicht um Ersatz „mündlich[er]“ Vernehmung „bei verwickelten Punkten“, vielmehr bloß die Möglichkeit, „sich [...] ergänzend schriftlich zu äußern.“ Sodann wird das Ermessen des Untersuchungsrichters von einer „bindenden Regelung des Verhaltens“ der Vernehmungsorgane abgelöst und klargestellt, worum es bei den „verwickelten Punkten“ der früheren Regelung nunmehr gehen soll,<sup>29)</sup> nämlich um Fragen, deren Beantwortung von besonderer Sachkunde in der Beobachtung und Bewertung von Personen, Sachen und Vorgängen abhängt,<sup>30)</sup> also um Sachgebiete, wo es auf solche Sachkunde ankommt.<sup>31)</sup> Von Befugnis, über die Zulässigkeit von „Vorbringen“ (vgl § 95 erster Satz StPO) zu entscheiden, es also zu „gestatten“ oder nicht zu „gestatten“, ist im letzten Satz von § 164 Abs 3 StPO die Rede nur mit Bezug auf Information, welche dem „Inhalt von Aussagen“ (§ 96 Abs 1 Z 3 StPO) entspricht. Darüber entscheiden – außer „im Rahmen einer gerichtlichen Beweisaufnahme“ (§ 104 StPO) – die Organe der Führung des Ermittlungsverfahrens nach Maßgabe von § 98 Abs 1, § 55 StPO. **Keineswegs** haben diese „im Lichte der Waffengleichheit, des Rechts auf rechtliches Gehör und des Fairnessgebots“ **jede „schriftliche Stellungnahme des Beschuldigten zwingend zum Akt zu nehmen“**.<sup>32)</sup> Zur „Ermittlung“ unerheblicher Information fehlt „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht“ Befugnis nach der StPO (§ 5 Abs 1 erster Satz, § 91 Abs 2 StPO).<sup>33)</sup> **Anbringen** – „Anzeigen“, „Anträge“,

<sup>27)</sup> Vgl Rz 621.

<sup>28)</sup> Von RGBL 1873/119 bis 31. 12. 2007.

<sup>29)</sup> Vgl 25 BlgNR 22. GP 211, wonach “[i]n den Abs 3 und 4 [...] die in den §§ 198 ff StPO enthaltenen Grundsätze neu strukturiert und zusammengefasst, in ihrem wesentlichen Inhalt jedoch beibehalten [werden]“.

<sup>30)</sup> Vgl Rz 208.

<sup>31)</sup> Vgl Rz 634f.

<sup>32)</sup> So aber *Urbanek*, LiK § 164 Rz 39 unter Berufung auf *Wess/McAllister*, Zur Zulässigkeit der Abgabe von schriftlichen Stellungnahmen durch den Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, ZWF 2017, 150 (153), und OLG Wien, 21 Bs 58/17h; zu Protokoll sowie „Ton- oder Bildaufnahme“ vgl Rz 93 f.

<sup>33)</sup> 11 Os 56/20z EvBl 2020/159; 14 Os 35/21k EvBl 2021/114; RIS-Justiz RS0133323; RS0133676; vgl auch Rz 93–96, 484–487 sowie 14 Os 82/22y EvBl 2023/16; vgl auch Rz 687.

„Erklärungen“ und Einbringen von Rechtsbehelfen –<sup>34)</sup> **werden von § 164 Abs 3 letzter Satz StPO nicht angesprochen.** Sie interessieren hier nur insoweit, als Besch sie als Gegenstand ihrer Vernehmung (§ 164 Abs 3 StPO) deklarieren. Die Einschätzung Besch ändert jedoch nichts am Gegenstand der von § 164 Abs 3 letzter Satz StPO ermöglichten Äußerung.<sup>35)</sup> Selbst im Hauptverfahren verpflichtet § 232 Abs 2 StPO den Vorsitzenden ausdrücklich, „zu sorgen, daß Erörterungen unterbleiben, die die Hauptverhandlung ohne Nutzen für die Aufklärung der Sache verzögern würden“; und nichts anderes gilt nach § 474 (§ 489 Abs 1 zweiter Satz) StPO im Rechtsmittelverfahren gegen Urteile für eine zweite Tatsacheninstanz.<sup>36)</sup>

#### **IV. Kontrolle von „Verhalten“ bei „Wahrnehmung von Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“**

##### **A. „Weisungen“ der „vorgesetzten Organe“ (Art 20 Abs 1, Art 90 a B-VG)**

###### **1. Aufsichtsbeschwerden**

Während § 78 Abs 1 GOG – mit Blickwinkel auf die Organwalter: der „Richter [...] in Ausübung ihres richterlichen Amtes“ (Art 87 Abs 1 B-VG) – nur „Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege“ durch ordentliche Gerichte erfassen will, ist die „**Aufsichtsbeschwerde“ für Einfluss auf jedes „Verhalten“** von Kriminalpolizei<sup>37)</sup> und StA<sup>38)</sup> **in Ausübung von Befugnissen nach der StPO offen**, zwar nicht – wie nach § 106 Abs 1 StPO – zwecks „Ausübung“ eines „subjektiven Recht[s]“, wohl aber durch „Anzeige“<sup>39)</sup> von nicht sachgerechtem „Verhalten“, um den Organen der Dienstaufsicht<sup>40)</sup> die erforderlichen Eingriffe in das „Verhalten“ der ihnen untergeordneten Organe durch „Weisungen“ innerhalb der jeweiligen Organisation, also der Kriminalpolizei (Art 20 Abs 1 B-VG) oder der StA (Art 90 a letzter Satz B-VG), zu ermöglichen oder zu erleichtern.

###### **2. Außenkontrolle und Staatsanwälte, die „selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2) durchführen“**

Interne Weisungsbindung der Organwalter von Kriminalpolizei und StA und Bindung der Kriminalpolizei an rechtswirksame Anordnungen der StA nach Maßgabe von § 107 Abs 4 StPO sind auseinanderzuhalten.<sup>41)</sup> Zugleich ist unter dem Gesichtspunkt rechtsstaatlich unverzichtbarer checks and balances daran zu erinnern, dass § 103 Abs 2 StPO mit der **Erlaubnis, „auch selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2) durchzuführen“**, der StA **keine unbeschränkte Befugnis zu jeder Art von „Ermittlungen (§ 91 Abs 2)“** erteilt, aus der Menge aller Ermittlungen (§ 91 Abs 2 erster Satz StPO) vielmehr nur „Augenschein“ (§ 149 Abs 1 Z 1) sowie unverdeckte „Erkundigung“ und „Vernehmung“ (§ 151 StPO) herausgegriffen hat.<sup>42)</sup> Sodann ist der **erste Fall des § 103 Abs 2 StPO** – anders als der zweite (weil der Kriminalpolizei

<sup>34)</sup> § 88 Abs 1 und 2, § 106 Abs 3 StPO; vgl Rz 26, 142; zur Bekämpfung von Urteilen vgl Ratz in WK StPO § 284 Rz 10, § 466 Rz 3.

<sup>35)</sup> Vgl Rz 482 f.

<sup>36)</sup> Vgl Rz 386 ff.

<sup>37)</sup> Vgl § 89 SPG.

<sup>38)</sup> Vgl § 37 StAG.

<sup>39)</sup> Vgl Rz 26.

<sup>40)</sup> Zum Begriff vgl Ratz, JRP 2022, 118 f.

<sup>41)</sup> Vgl Rz 29 f, 33.

<sup>42)</sup> Vgl Rz 109–111, 124, 693–695, 757 f.

Befugnis zum SVBeweis fehlt) – **gegenüber § 98 Abs 1, § 101 Abs 4 StPO subsidiär** angelegt: Nach dem Konzept von StPO und StAG **sollen Staatsanwälte über „Einleitung“** (§ 35c StAG),<sup>43)</sup> **„Fortgang und Beendigung“** von als Strafverfahren nach § 1 Abs 2 StPO geführten **„Ermittlungsverfahren“ im Verhältnis zur Kriminalpolizei entscheiden**,<sup>44)</sup> **keineswegs als Ermittler an deren Stelle treten und so zu Inquisitoren werden**, wie *Pilnacek* den Plan des Gesetzgebers instruktiv offengelegt hat.<sup>45)</sup> Ausweislich der ErläutRV sei es dem StPRefG stattdessen darum gegangen, die *„faktische Dominanz‘ kriminalpolizeilicher Ermittlungstätigkeit sowie die Eigenverantwortlichkeit der Kriminalpolizei [...] anzuerkennen und legislatisch umzusetzen“*, zugleich *„durch begleitende Kontroll- und Einflussmöglichkeiten die rechtliche Dominanz der Staatsanwaltschaft in den Vordergrund zu rücken“*. **Bei der Durchführung von Ermittlungen sollte also die Kriminalpolizei an die Stelle des Untersuchungsrichters treten**. Das zeigt übrigens auch § 4 Abs 1 zweiter Satz StPO, wonach *„[d]ie Staatsanwaltschaft [...] für die zur Entscheidung über das Einbringen der Anklage notwendigen Ermittlungen“* – stattdessen bloß – *„zu sorgen, die erforderlichen Anordnungen zu treffen und Anträge zu stellen [hat]“*. Die StA – so *Pilnacek* weiter – werde in den ErläutRVStPRefG als *„Bindeglied zwischen den kriminalpolizeilichen Ermittlungen und dem gerichtlichen (Haupt-)Verfahren“*<sup>46)</sup> verortet, und es stelle sich die Frage, ob sie nicht bei *„Verschiebung des Parallelogramms [...] in die Rolle eines Inquisitors“* gerate, in der sie *„nicht wirksam Rechtsschutz bzw allgemeiner die sie verpflichtende und von ihr zu erwartende Objektivität gewährleisten“* könne.<sup>47)</sup> Ein **Zeichen für mangelndes Rollenverständnis** wäre es denn auch, **wenn Richter, die „Staatsanwaltschaften zur Dienstleistung zugewiesen sind, als deren Organe“ im Protokoll einer „selbst“ durchgeführten Vernehmung** (§ 3 Abs 3 StAG [§ 103 Abs 2 StPO]) **ihre richterliche Planstelle** (§ 65 RStDG) **anführen**, die Abgrenzung von *„Ausübung“* eines *„richterlichen Amtes“* (Art 87 Abs 1 B-VG) im Hoheitsvollzug damit fraglich erscheinen lassen und so *„das Vertrauen in die Rechtspflege“*<sup>48)</sup> beirren; § 96 Abs 1 Z 1 StPO verlangt schließlich nur die *„Bezeichnung der Behörde und der an der Amtshandlung beteiligten Personen“*.<sup>49)</sup>

### 3. Vernehmende und Ort der Vernehmung

Macht die StA von ihrer Befugnis, *„selbst Ermittlungen“* durchzuführen,<sup>50)</sup> Gebrauch, ist Beteiligung der Kriminalpolizei nicht vorgesehen, womit auch die Verwendung *„einer [...] geeigneten Person“* der Kriminalpolizei *„als Schriftführer“* (§ 96 Abs 2 erster Satz StPO) ausscheidet. **Nur § 103 Abs 1 StPO erlaubt die Anwesenheit mehrerer Vernehmenden**; dort aber geht es um eine *„kriminalpolizeiliche[...] Amtshandlung“*. Nach § 88 Abs 3 StPO aF durfte *„der Staatsanwalt Personen“* – nur, aber immerhin – *„[d]urch die Sicherheitsbehörden [...] unbeeidigt vernehmen lassen und diesen Vernehmungen auch selbst beiwohnen“*, sie aber – *„bei sonstiger Nichtigkeit des Aktes“* nicht selbst vornehmen (§ 97 Abs 2 erster Satz StPO

<sup>43)</sup> Vgl Rz 769–797.

<sup>44)</sup> Vgl Rz 520, 565, 569, 780, 785, 792, 794 und 12 Os 62/22t EvBl 2023/88.

<sup>45)</sup> *Pilnacek*, Wie viel Rechtsstaatlichkeit verträgt die Strafrechtspflege? Checks and Balances stärken das Ansehen von Aufklärung und Verfolgung, ZWF 2023, 50, unter Verweis auf 25 BlgNR 22. GP 43.

<sup>46)</sup> 25 BlgNR 22. GP, 129.

<sup>47)</sup> *Pilnacek*, ZWF 2023, 50 (52).

<sup>48)</sup> § 57 Abs 3 RStDG.

<sup>49)</sup> Instruktiv *Kodek*, Justizgewährungsanspruch heute – was hat die ordentliche Gerichtsbarkeit zu leisten? RZ 2023, 7 (10), weiters *Jablonec*, Festvortrag zum RichterInnentag 2021, RZ 2022, 13 (17) und *Ratz*, JRP 2022, 119f; vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup> § 24 Rz 30.

<sup>50)</sup> Vgl Rz 64.

aF). § 88 Abs 3 StPO aF ist mit § 103 Abs 1 StPO modifiziert ins neue Recht übernommen, dem ersten Satz des § 97 Abs 2 StPO aF durch § 103 Abs 2 StPO derogiert worden. Im Strafverfahren waren Vernehmungen vor 2008 stets Sache eines ER. Der Befragung durch mehrere Personen waren Besch und Zeugen nicht ausgesetzt.<sup>51)</sup> Gegenstück zu § 165 StPO war § 162a StPO aF mit klarer Regelung des Vorgangs und der Personen, die „an der Vernehmung zu beteiligen“ waren.<sup>52)</sup> Dass das Vernehmungsregime bei gerichtlicher Beweisaufnahme insoweit ausdrücklich geregelt ist, trägt keinen Umkehrschluss auf das Fehlen „einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei“ (§ 106 Abs 1 dritter Satz StPO). Ausdrückliche Befugnis zur Vernehmung durch mehrere Staatsanwälte oder Organe der Kriminalpolizei sieht die StPO nicht vor. Da auch Kriminalpolizei und StA „bei der Aufnahme von Beweisen nur soweit in die Rechte von Personen eingreifen“ dürfen, „als dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen [...] ist“ (§ 5 Abs 1 erster Satz StPO), können Besch und Zeugen – außer dem Fall des § 103 Abs 1 StPO – die Vernehmung durch nur einen Organwalter – entweder der StA oder der Kriminalpolizei – verlangen.<sup>53)</sup> Vernehmungen“ werden nämlich nicht als „Augenschein“ (§ 149 Abs 1 Z 1 und Abs 2 StPO) oder „Identitätsfeststellung“ (§ 117 Z 1 StPO) durchgeführt, und § 95 erster Satz (zweiter Fall), § 97 Abs 1 (§ 150 Abs 2 letzter Satz),<sup>54)</sup> 165 Abs 1 StPO regeln ausdrücklich den mit Beobachtung der vernommenen Person als „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2 erster Satz StPO) verbundenen Eingriff in deren Persönlichkeitsrechte. **Vernehmungen durch die StA müssen an deren Sitz, dürfen also an keinem anderen Ort durchgeführt werden.**<sup>55)</sup> Die bindende Regelung folgt aus § 153 Abs 4 StPO, der als „Sitz“ die Gemeinde des Gerichts anspricht, wo die jeweilige StA „besteht“ (§ 2 Abs 1 StAG).

## B. „Anordnungen“ der StA

§ 98 Abs 1 zweiter Satz, § 101 Abs 4 StPO<sup>56)</sup> **übertragen „im Ermittlungsverfahren“ der StA nicht von Befassung im Einzelfall abhängige Befugnis zu durchgehender Ermessens- und Rechtskontrolle gegenüber der Kriminalpolizei.**<sup>57)</sup> Sie gilt – wenn diese nicht ausnahmsweise vom Gericht angeordnet wurden –<sup>58)</sup> auch für Vernehmungen, an denen sie sich nach § 103 Abs 1 StPO „beteiligen und dem Leiter der Amtshandlung einzelne Aufträge erteilen [kann]“, Ladung und Vorführung (§ 153 Abs 2 und 3 StPO). Anders als „Sicherheitsbehörden“ und „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG) [im Dienste der Strafrechtspflege]“ (§ 18 StPO) üben „Staatsanwälte“ ihre „Ermittlungsfunktionen“ nach der StPO – „in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben zur Wahrung der Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ (§ 1 erster Satz StPO) – nach Art 90a B-VG trotzdem nicht als „Verwaltung“, sondern als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ aus.<sup>59)</sup> Die Befugnis zur Aus-

<sup>51)</sup> Vgl §§ 96, 97 Abs 2, § 162 Abs 1 und 2, § 198 Abs 1 erster Satz StPO aF.

<sup>52)</sup> Vgl auch § 150 StPO; Vernehmungen im Haupt- und RMVerfahren sind in Betreff der daran beteiligten Personen ausdrücklich geregelt.

<sup>53)</sup> § 106 Abs 1 Z 1 StPO.

<sup>54)</sup> Vgl Rz 93/1.

<sup>55)</sup> Vgl § 221 Abs 3, § 489 Abs 2 StPO.

<sup>56)</sup> § 101 Abs 4 zweiter Satz StPO hebt den Umstand, dass Anordnungsbefugnis „jederzeit“ besteht, für „weitere Ermittlung und die Ausübung von Zwang“ nur besonders hervor.

<sup>57)</sup> Vgl Rz 35.

<sup>58)</sup> Gerichtskompetenz und Inhalt der Befugnisse als Ausfluss dieser Kompetenz sind auseinanderzuhalten; vgl Ratz, Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2016, 492 (498) und Rz 64, 478.

<sup>59)</sup> Vgl Rz 681.

übung der „Ermittlungsfunktionen“ der „Staatsanwälte“ kommt „im Ermittlungsverfahren“ der StPO<sup>60)</sup> den „Staatsanwaltschaften“ zu.<sup>61)</sup> „[S]oweit das Gesetz von einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei“ nicht „absieht“, kann gegen Verhalten der StA – nicht auch der Kriminalpolizei – „Einspruch an das Gericht“ wegen Rechtsverletzung eingebracht werden (§ 106 Abs 1 StPO). Die **Kontrolle der StA durch ordentliche Gerichte erfolgt anstelle von Kontrolle durch VwG** (Art 130 Abs 5 B-VG).<sup>62)</sup> Die Kriminalpolizei hat rechtswirksam<sup>63)</sup> erteilte Anordnungen der StA befolgen, soweit sie nicht den einer Gerichtsentscheidung nach § 107 Abs 4 StPO „entsprechenden Rechtszustand [...] herzustellen“ hat.<sup>64)</sup> Die von § 107 Abs 4 StPO „Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei“ – **unabhängig voneinander – auferlegte Pflicht entspricht derjenigen an die Rechtsansicht einer kassatorischen Gerichtsentscheidung** (§ 293 Abs 2 StPO).<sup>65)</sup>

### C. Kriminalpolizei und VwG

Zwar kann gegen die Verweigerung zur „Ausübung eines Rechtes nach diesem Gesetz“ zweckmäßiger Anordnungen der StA<sup>66)</sup> Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO eingebracht werden. Darauf abzielende „Anzeigen“<sup>67)</sup> sind aber keine „Rechtssachen, die zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte [...] gehören“ und daher nach Art 130 Abs 5 B-VG „[v]on der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen sind“. **Exzess als Abweichung von der Anordnung** eines ordentlichen Gerichts oder der StA zur Begründung von Entscheidungsbefugnis der VwG für Maßnahmenbeschwerden nach § 88 Abs 1 SPG als einfachgesetzliche Ausformung von Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG **greift bei unbefugter Inanspruchnahme von Eilkompetenz** (§ 99 Abs 2 und 3 StPO),<sup>68)</sup> **nicht aber, wo die Kriminalpolizei nach der StPO „von sich aus“ zu einem „Verhalten“** – ob bindend geregelt oder ihrem Ermessen anheimgestellt –<sup>69)</sup> **befugt ist**. Eilkompetenz nach § 99 Abs 2 StPO übt die Kriminalpolizei beim Vollzug von § 153 StPO nur im ersten Fall des zweiten Satzes von Abs 3 aus. **Ist** aber gegen „Verhalten“ von „Sicherheitsbehörden“ oder der „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“ in „Wahrnehmung von Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG)“ **Nachprüfung durch ein ordentliches Gericht nicht vorgesehen, wird** nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts die **Befassung des VwG nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG – speziell § 88 Abs 1 SPG – schlagend;**<sup>70)</sup> und zwar ungeachtet des Hinweises in VfGH 30. 6. 2015, G 233/2014 ua, wonach „sich der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nicht mehr danach [richtet], ob eine gerichtliche Ermächtigung oder staatsanwaltschaftliche Anordnung vorliegt oder nicht, sondern nach der Rechtsgrundlage, auf Grund derer die Sicherheitsbehörde bzw. die Organe der öffent-

<sup>60)</sup> Auch „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 letzter Satz StPO findet „im Ermittlungsverfahren“ statt; vgl Rz 82.

<sup>61)</sup> Vgl Ratz, JRP 2022, 116 (120 ff).

<sup>62)</sup> Vgl Rz 743.

<sup>63)</sup> Vgl aber Rz 759.

<sup>64)</sup> Vgl Rz 508.

<sup>65)</sup> Vgl Rz 273, 326 f.

<sup>66)</sup> Vgl Rz 264.

<sup>67)</sup> Vgl Rz 26, 266.

<sup>68)</sup> Vgl Rz 202; vgl auch § 93 Abs 3, § 496 StPO.

<sup>69)</sup> Vgl Rz 15–21.

<sup>70)</sup> Deutlich genug – und mit Bezug auf VfGH 30. 6. 2015, G 233/2014 ua (VfSlg 19.991) und VwGH 19. 1. 2016, Ra 2015/01/0133 – VwGH 13. 12. 2016, KI 5/2016, Rz 16–20.

lichen Sicherheit eingeschritten sind.<sup>71)</sup> Auf dieser Grundlage hat der VwGH umgekehrt entschieden, dass die **„Beschwerden wegen Verletzung subjektiver Rechte“ nach § 88 Abs 2** (Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG)<sup>72)</sup> **SPG allein der Gerichtskontrolle von Ausübung verwaltungsbehördlicher Befugnis dienen, womit** Verhalten der „Sicherheitsbehörden“ und „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“, also die „Wahrnehmung von Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG)“ – „**Kriminalpolizei**“ – **davon nicht erfasst ist** (§ 18 StPO).<sup>73)</sup> Dagegen sind nach der Rsp des VwGH von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG erfasste **„Beschwerden wegen Verletzung von Richtlinien für das Einschreiten“ nach § 89 SPG auch zulässig**, wo „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG) [...] den kriminalpolizeilichen Exekutivdienst [versehen]“ (§ 18 Abs 2 StPO).<sup>74)</sup> Es geht dabei nicht – wie beim Einspruch wegen Rechtsverletzung und nach § 88 SPG – um Verletzung subjektiver Rechte und Art 130 Abs 5 B-VG kommt nicht ins Spiel.<sup>75)</sup> „Vorfüragen [...] im Strafverfahren“ – gemeint sind Verfahren nach der StPO (§ 1 Abs 1 erster Satz StPO) –<sup>76)</sup> sind gleichwohl „selbständig zu beurteilen“ (§ 15 erster Satz StPO), und die Entscheidung des LVwG entfaltet keine Bindungswirkung im Verfahren nach der StPO.

#### D. § 23 Abs 1 a StPO

Vorführung zu einer Beweisaufnahme auf Anordnung ist von § 93 Abs 1 StPO erfasst, (zuvor angedrohte) Vorführung ohne Anordnung von § 153 Abs 2 letzter Satz StPO, ohne dass Anwesenheit bei der Beweisaufnahme „verweigert“ wurde (§ 93 Abs 2 erster Satz StPO). Vorführungszwang ist „Zwangmaßnahme“, aber kein „Zwangsmittel“.<sup>77)</sup> Gegen Vorführungszwang<sup>78)</sup> „im Ermittlungsverfahren“ hilft § 106 Abs 1 Z 2 StPO im Verhältnis zur StA,<sup>79)</sup> nicht aber zur Kriminalpolizei. **Wird mit rechtsförmiger Androhung von Vorführung „eine zwangsbewehrte Verpflichtung auferlegt“**, welche der VfGH als Gegenstand von Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG ansieht,<sup>80)</sup> ist sie jedoch – ohne einerseits bloß Ermahnung an eine Rechtspflicht,<sup>81)</sup>

<sup>71)</sup> Vgl noch VfSlg 10.975/1986, 8826/1980, wonach im Dienste der Strafsjustiz ohne gerichtliche Anordnung vorgenommene Zwangsmaßnahmen (iSd §§ 24, 88 StPO aF) – ebenso wie eindeutiges Überschreiten einer gerichtlichen Ermächtigung – als faktische Amtshandlung gewertet und gem Art 144 Abs 1 zweiter Satz B-VG idF der Novelle BGBl 1975/302 der Überprüfbarkeit durch den VfGH unterworfen wurden.

<sup>72)</sup> VwGH 28. 3. 2017, Ra 2017/01/0059; verfassungsrechtliche Bedenken aufgrund der Aufhebung der Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106 Abs 1 StPO vermochte der VwGH übrigens „mit Blick auf die Bestimmung des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG, wonach es der Verfassungsgesetzgeber in das Ermessen des einfachen Gesetzgebers gestellt hat, Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Verhaltensbeschwerden (über den in § 88 Abs 2 SPG geregelten Fall hinaus) vorzusehen, nicht“ auszumachen.

<sup>73)</sup> AM Schönborn, Effektive Rechtsausübung und prozesstaktische Erwägungen für Privatbeteiligte, ÖJZ 2023, 86 (90), mit irriger Berufung auf *Brandstetter/Singer*, LiK § 107 Rz 69.

<sup>74)</sup> VwGH 13. 10. 2015, Ra 2015/01/0166; vgl auch Rz 476.

<sup>75)</sup> Instrukтив *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens Rz 7.105ff.

<sup>76)</sup> Vgl Rz 86–88.

<sup>77)</sup> Vgl Rz 106, 735; der Begriff „Zwangsmittel“ in § 164 Abs 4 StPO erklärt sich durch – unreflektierte (vgl 25 BlgNR 22. GP 211f) – Übernahme des Begriffs aus der Vorgängerbestimmung (§ 202 erster Satz StPO aF).

<sup>78)</sup> Zu Vorführung und Anhaltung vgl Rz 131–134.

<sup>79)</sup> Zu Vorführungszwang und Beugemitteln durch das Gericht vgl Rz 286.

<sup>80)</sup> Vgl *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 130 Rz 6; im Ergebnis ebenso *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens Rz 7.631; vgl auch Rz 106.

<sup>81)</sup> Vgl *Ratz* in WK StPO § 292 Rz 18/4.

andererseits „Zwangsmittel“ oder „Zwang“<sup>82)</sup> zu sein – als „Zwangsmaßnahme“<sup>83)</sup> Gegenstand von Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach § 23 Abs 1 a StPO, die auch „gegen die gesetzwidrige Durchführung [...] durch die Kriminalpolizei“ ergriffen werden kann.<sup>84)</sup> Die Zuständigkeit des OGH als ordentliches Gericht schließt nach Art 130 Abs 5 B-VG diejenige der VwG für solche „Rechtssachen“ aus. **Ermahnung an** die gesetzlich bestehende, also nicht vom Vollzugsorgan auferlegte **Zeugnispflicht** (§ 161 Abs 1 erster Satz [§ 154 Abs 2] StPO) ist hingegen **keine Zwangsmaßnahme**.

### E. „Wahrnehmung besonderen Rechtsschutzes“

„[Z]ur Wahrnehmung besonderen Rechtsschutzes nach diesem Bundesgesetz“ – vor allem gegenüber der StA angesichts „ihrer gesetzlichen Aufgaben zur Wahrung der Interessen des Staates [...] in der Strafrechtspflege“ – ist nach § 47 a Abs 4 StPO – im gezielten Gegensatz zu den Staatsanwälten (Art 90 a letzter Satz B-VG) –<sup>85)</sup> „[d]er Rechtsschutzbeauftragte [...] in Ausübung seines Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden.“<sup>86)</sup> StA und Betroffene können – die StA muss (§ 1 erster Satz StAG) – ihm zur „Anregung“ nach § 23 Abs 1 a StPO geeignete Vorgänge keineswegs nur in Betreff von in § 147 Abs 1 StPO genannten Zwangsmaßnahmen „anzeigen“, um seine „Aufgabenerfüllung“ (§ 47 a Abs 1 erster Satz und Abs 7 StPO) zu ermöglichen. Dann „entscheide[t]“ der Rechtsschutzbeauftragte anstelle der „Oberstaatsanwaltschaften [...], ob die Fälle an die Generalprokuratur weiter zu leiten sind“ (§ 23 Abs 2 erster Satz StPO).<sup>87)</sup>

## V. „Gerichtliche Beweisaufnahme“

### A. Allgemeines

#### 1. Fälle gerichtlicher Beweisaufnahme

Bei gerichtlicher Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren geht es um Vernehmung von Besch und Zeugen sowie Bestellung (§ 126 Abs 3 erster Satz StPO), Führung<sup>88)</sup> und Vernehmung (§ 127 Abs 2 StPO) sowie sonstige Beiziehung von SV zu Augenschein, Tatrekonstruktion (§ 149 StPO), Befragung (§ 165 Abs 3 und 4 StPO) von Zeugen und zur Vernehmung von Besch<sup>89)</sup> und Zeugen;<sup>90)</sup> auch Augenschein (§ 149 Abs 1 Z 1 StPO) bloß durch einen SV (§ 149 Abs 2 zweiter Satz StPO) oder ohne Beiziehung eines SV kommt als gerichtliche „Beweisaufnahme“ in Betracht.

<sup>82)</sup> Zur Ausübung von „Zwang“ iSd § 209 a Abs 2 StPO vgl aber Rz 621.

<sup>83)</sup> Vgl Rz 106.

<sup>84)</sup> Vgl Rz 270, 692.

<sup>85)</sup> Vgl Ratz, JRP 2022, 116 (126–127).

<sup>86)</sup> Dass der Rechtsschutzbeauftragte „in Ausübung seines Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden“ ist ein Pleonasmus; mehrfach unabhängig ist einfach unabhängig – Richter wären sonst nicht *wirklich* unabhängig (Art 87 Abs 1 B-VG); vgl Rz 45 f; vgl auch Vašek, Die Unantastbaren – Ein Beitrag zur Absetzbarkeit der Rechtsschutzbeauftragten im Speziellen und von staatlichen Funktionsträgern im Allgemeinen, ZÖR 2022, 1153.

<sup>87)</sup> Zur **Wahrnehmung individuellen Rechtsschutzes durch Verteidigung und Vertretung** vgl Rz 10–14; zu Sitzungspolizei, „Ausschluss des Verteidigers“ und Nichtzulassung sonstiger Vertreter vgl Rz 247–260.

<sup>88)</sup> Vgl Rz 637.

<sup>89)</sup> Vgl § 430 Abs 1 Z 3 (§ 48 Abs 2) StPO.

<sup>90)</sup> Vgl Ratz in WK StPO § 281 Rz 365.

## 2. Antrag und Verlangen

**Nur die StA kann gerichtliche Beweisaufnahme nach § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO beantragen, nur der Besch** „die Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme verlangen“ (§ 126 Abs 5 erster Satz StPO) und damit **gerichtliche Bestellung und Führung von SV bewirken**, vorausgesetzt, die StA lässt „Ermittlungen [...] durch einen Sachverständigen durchführen“ (§ 103 Abs 2 StPO), entschließt sich also zum SVBeweis. „Abgesehen von den in den §§ 149 Abs 3 und 165 Abs 2 vorgesehenen Fällen“ besteht – mit Bezug auf Strafverfahren – kein subjektives Recht auf Durchführung von „Beweisaufnahme“ durch das Gericht.<sup>91)</sup> § 101 Abs 2 meint mit „von [...] §§ 149 Abs 3 und 165 Abs 2“ StPO verschiedenen „Fällen“ gerichtlicher Beweisaufnahme nicht „Ermittlungsmaßnahmen“ nach dem 4.–6. Abschn und auch nicht von Beweisaufnahme unabhängige „Erkundigung“ (§ 151 Z 1, § 152 Abs 1 StPO). Auch mit Beteiligung an „Ermittlungen der Kriminalpolizei“ (vgl § 103 Abs 1 zweiter Satz StPO) darf das Gericht nicht befasst werden. Nach § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO gestellte Anträge berechtigen das Gericht nicht zur (Ermessens-)Kontrolle der Erforderlichkeit (Zweckmäßigkeit), wohl aber der Rechtmäßigkeit der beantragten Beweisaufnahme (§ 104 Abs 1 zweiter Satz StPO). **Wenngleich die StA diese nur in den von § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO genannten Fällen beantragen muss, dürfen in anderen Fällen von ihr gestellte Anträge auf gerichtliche Beweisaufnahme (§ 104 StPO) vom Gericht nicht abgewiesen werden:** Das an die StA gerichtete Gebot trägt keinen Umkehrschluss auf ein Verbot davon nicht erfasster Beweisaufnahme. Befassung begründet Erledigungspflicht, wenn diese nicht förmlich (durch nach § 87 Abs 2 erster Satz StPO bekämpfbaren) Beschluss abgelehnt wird (§ 104 Abs 1 zweiter Satz StPO).<sup>92)</sup> Ebenso wie Antragsteller in der Hauptverhandlung **muss die StA die Eignung des Beweismittels zur Erhellung des Beweisthemas und den Konnex des Beweisthemas mit der Aufklärung einer Straftat** (§ 91 Abs 2 erster Satz StPO) nach § 101 Abs 3 erster Satz StPO **begründen, soweit sie nicht auf der Hand liegen.**<sup>93)</sup> Soweit die StPO mit Bezug auf Beweisaufnahmen keine Rechte kennt, sind auch Begehren bei der „Erledigung“ nach § 101 Abs 2 StPO gestellter Anträge nur Anregungen („Anzeigen“).<sup>94)</sup> **Beteiligung bei Vernehmungen wird ausdrücklich geregelt und steht auch nicht im Ermessen des Gerichts.**<sup>95)</sup>

## 3. Sachverhaltsklärung für „zusammenhängende Entscheidungen“

Indem **§ 107 Abs 2 StPO** Informationsaufnahme durch „eine mündliche Verhandlung“ erlaubt, „[s]ofern sich die Umstände der behaupteten Rechtsverletzung nur durch unmittelbare Beweisaufnahme klären lassen“, **gesteht es dem Gericht auch „Aufklärungen [von der Staatsanwaltschaft]“ zu, die das BeschwerdeG nach § 89 Abs 5 erster Satz StPO „verlangen [kann]“.**<sup>96)</sup> Ein Gericht, das eine auf dieser Grundlage erteilte, nicht offenbar irrierte Falschinformation ausmacht, ist zur Anzeige nach § 78 Abs 1 StPO verpflichtet, weil solcherart ein konkretes Recht des Staates verletzt wurde.<sup>97)</sup>

<sup>91)</sup> Zum Persönlichkeitsschutz gegenüber Untersuchungsausschüssen vgl aber *Ratz*, Ermittlungen nach der StPO für Untersuchungsausschüsse, ÖJZ 2022, 271 (276 ff); vgl Rz 737.

<sup>92)</sup> Vgl Rz 219.

<sup>93)</sup> Vgl Rz 41, 212.

<sup>94)</sup> Vgl Rz 217.

<sup>95)</sup> § 87 Abs 2 StPO; vgl Rz 40.

<sup>96)</sup> Vgl im Übrigen Rz 75 f.

<sup>97)</sup> Instruktiv *Nordmeyer* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 165 ff.

## B. Beschwerden

### 1. Allgemeines

**Über zum Beweisthema** – auch nach § 127 Abs 3 StPO – **gestellte Anträge** (einschließlich solcher auf Zulassung von Fragen, „ergänzende Ermittlungen und Feststellungen“, wirksame Unterstützung durch „eine Person mit besonderem Fachwissen“, auf Absehen von vorübergehendem Ausschluss, Information über nach Abtreten Besch Vorgefallenes oder auch Verteidigerbeistand; vgl § 127 Abs 2 zweiter Satz, §§ 150, 165 Abs 2 [§ 249 Abs 3, § 250 Abs 1 zweiter Satz] StPO) **wird nicht durch Beschluss entschieden. Gegen Abweisung** „im Ermittlungsverfahren“ steht „nach diesem Gesetz“ Berechtigten **Beschwerde nach § 87 Abs 2 zweiter Satz StPO** zu. Diese Beschwerde steht auch einer sonst in einem subjektiven Recht „nach diesem Gesetz“ betroffenen Person zu, etwa einem rechtsfehlerhaft zu gerichtlicher Beweisaufnahme zwangsweise vorgeführten Zeugen oder einem wegen Nichterscheins mit Beugestrafe belegten SV.<sup>98)</sup> **Nach § 87 Abs 2 zweiter Satz StPO anfechtbar ist Zurückweisung von Fragen nur, soweit sie gegen einen ausdrücklich gestellten Antrag erfolgt**, weil sonst kein Recht verweigert und damit verletzt wird.<sup>99)</sup>

### 2. SVBeweis

Wo der SVBeweis nicht vom Gericht, sondern von der StA aufgenommen wird, gilt § 106 Abs 1 Z 1 [§ 55] StPO).<sup>100)</sup> Bei gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises gilt § 104 Abs 1 erster Satz StPO, demnach § 55 StPO mit der Maßgabe, „*dass mangelhafte Begründung der Eignung, das Beweisthema zu klären, zur Unterlassung der Beweisaufnahme nur berechtigt, wenn der Antrag zur Verzögerung gestellt wurde.*“<sup>101)</sup> **Wird die Tauglichkeit des Beweismittels zur Klärung des Beweisthemas nicht begründet, liegt aber im Zweifel ein zur Verzögerung gestellter Antrag vor**, der – jedenfalls vorläufig – zur Unterlassung der Beweisaufnahme berechtigt. Aus dem – grundsätzlichen – Fehlen eines Anspruchs von Verfahrensbeteiligten auf „Anwesenheit und Mitwirkung bei der Vorbereitung“ des SVGA folgt übrigens nicht, dass eine solche Erlaubnis gesetzwidrig wäre.<sup>102)</sup> **Auf Befundaufnahme und Schlussfolgerungen, keineswegs auf „weitere Beweise“ (§ 104 Abs 2 erster Satz StPO) oder „weitere Ermittlungen“ (§ 105 Abs 2 erster Satz StPO) bezieht sich die** gegen bloße Verzögerung abgegrenzte **Ausnahme von der Obliegenheit, „zu begründen, weswegen“ die Antwort des SV „geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären“** (§ 55 Abs 1 StPO); begrifflich verschwommene Beschwörung einer „Beweisaufnahmeobliegenheit“ des Gerichts hat keine Grundlage, weder „nach diesem Gesetz“ (im engeren Sinn) noch nach Art 6 EMRK.<sup>103)</sup>

## C. „Kontradiktorische Vernehmung“

Wenn nicht „zu besorgen ist, dass die Vernehmung in einer Hauptverhandlung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich sein werde“, ist „kontradiktorische Vernehmung

<sup>98)</sup> Vgl Rz 222, 286; die StA hinwiederum kann sich gegen Nichterledigung von Anträgen „gemäß § 101 Abs 2“ nach § 87 Abs 2 erster Satz StPO zur Wehr setzen, während Besch nach Maßgabe von Beschwer („Interessen“) „durch den Beschluss“ auf Abweisung gerichtlicher Beweisaufnahme (§ 104 Abs 1 zweiter Satz StPO) Beschwerde nach § 87 Abs 1 StPO zusteht.

<sup>99)</sup> Vgl Rz 225.

<sup>100)</sup> Vgl Rz 219.

<sup>101)</sup> § 55 Abs 4 zweiter Satz StPO richtet sich nur an die StA, nicht an das Gericht.

<sup>102)</sup> Vgl Rz 658.

<sup>103)</sup> Vgl Rz 221.

[...] des Beschuldigten oder eines Zeugen“ nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht „zulässig“, ein darauf abzielender Antrag (§ 101 Abs 2 zweiter Satz StPO) demnach „mit Beschluss abzuweisen“, weil „die gesetzlichen Voraussetzungen für solche Beweisaufnahmen nicht vorliegen“ (§ 104 Abs 1 zweiter Satz StPO). Indem § 165 Abs 1 StPO eine „Ton- oder Bildaufnahme“ bloß erlaubt, ist **weder „Ton- und Bildaufnahme“ noch auch nur eine der beiden Alternativen geboten.**<sup>104)</sup> Das Widerspruchsrecht des § 97 Abs 1 zweiter Satz StPO steht kontradiktorisch vernommenen Zeugen nicht zu. Schon der Zweck der kontradiktorischen Vernehmung als „zu besorgen[der]“ Ersatz für „die Vernehmung in einer Hauptverhandlung“ macht klar, dass die **Vernehmung zur Gänze aufgenommen werden muss** (§ 97 Abs 1 erster Satz StPO). Die „Aufnahme“ **zählt stets zur Gänze zu den nach § 51 Abs 1 erster Satz StPO „vorliegenden Ergebnisse[n]“.**<sup>105)</sup> „Im Fall der Vernehmung eines Zeugen, der durch die dem Beschuldigten zur Last gelegte Straftat in seiner Geschlechtssphäre verletzt worden sein könnte, ist die Aufnahme“ **nach § 165 Abs 5 a StPO „durch das Gericht (§ 31 Abs 1) zu verwahren und nach Einbringen der Anklage dem zuständigen Gericht zu übermitteln.“** Wie sich aus § 53 Abs 1 StPO ergibt, **besteht** daher, von § 52 Abs 2 Z 2 StPO abgesehen, **ein auf die „Aufnahme“ bezogenes Recht auf „Akteneinsicht“ (§ 51 StPO) nur im Hauptverfahren.** § 165 Abs 5 a StPO,<sup>106)</sup> der sich einer – nicht begründeten – Änderung im Plenum des Nationalrats verdankt, verwendet den Begriff „Aufnahme“ für die Dokumentation sowohl von „Wort- und Bildübertragung“ als auch von „Ton- oder Bildaufnahme“. „[U]nverzüglich in Vollschrift zu übertragen“ ist danach zwar die Dokumentation einer „Wort- und Bildübertragung“, **nicht aber einer „Ton- oder Bildaufnahme“, für welche § 97 Abs 2 StPO unverändert gilt.**<sup>107)</sup> Zwar spricht § 97 StPO von „Tonaufnahme oder Ton- und Bildaufnahme“, § 165 Abs 1 StPO von „Ton- oder Bildaufnahme“, während in BGBl I 2004/19 noch gleichlautend von „Ton- oder Bildaufnahme“ die Rede gewesen war. Ausweislich der Erläuterung zu BGBl I 2009/52 soll der nunmehrige Wortlaut des § 97 Abs 1 StPO klarstellen, „dass sowohl eine ausschließliche Tonaufnahme als auch ein Ton- und Bildaufnahme zulässig ist, weil im Bereich der Kriminalpolizei nur letztere Verwendung findet.“<sup>108)</sup> Schon weil ausschließliche Bildaufnahme keinen sinnvollen Zweck verfolgen würde, bezieht sich § 165 Abs 1 StPO just auf den Gegenstand von § 97 StPO.

## D. „Beweisaufnahme durch Sachverständige“

### 1. Stellung der SV

Zu SV bestellte Personen haben die „Aufgabe“, „beweiserhebliche Tatsachen festzustellen (Befundaufnahme) oder aus diesen rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen und sie zu begründen (Gutachten erstattung)“ (§ 125 Z 1 StPO), aber **keine Befugnis zum Eingriff in subjektive Rechte.** Die zur Befundaufnahme erforderliche **Information erlangen sie, indem ihnen „die Anwesenheit bei Vernehmungen“ gestattet „und im erforderlichen Umfang Akteneinsicht“ gewährt wird.** Da ihnen Befugnis „nach diesem Gesetz“ nicht zukommt, „Verlangen von Auskunft“ (§ 151 Z 1 StPO) also nicht zusteht, Informationsaufnahme durch sie also keine „Erkundigung“ ist, **können „Bestimmungen über die Vernehmung des Beschuldigten und von Zeugen“ durch Informationsaufnahme „nach diesem Gesetz“ zum SV bestellter Perso-**

<sup>104)</sup> Vgl. Kirchbacher/Kegelvics in WK StPO § 165 Rz 29, aber auch Urbanek, LiK § 165 Rz 32.

<sup>105)</sup> Vgl. demgegenüber Rz 93/1.

<sup>106)</sup> BGBl I 2016/26.

<sup>107)</sup> Vgl. § § 271 a Abs 1 zweiter und letzter Satz und Abs 2 zweiter Satz StPO.

<sup>108)</sup> 113 BlgNR 24. GP 44.

nen „**nicht umgangen**“, ein auf § 152 Abs 1 StPO fußender Nichtigkeitsgrund also nicht verwirklicht werden.<sup>109)</sup>

## 2. § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO

Verlangt ein Besch „*die Bestellung im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme*“, hat die StA nach § 126 Abs 5 zweiter Satz StPO „*den Antrag unverzüglich samt einer Stellungnahme dem Gericht vorzulegen*.“ Das Verlangen ist ein Rechtsgestaltungsakt: Das Gericht wird insoweit nicht mit einem Begehren befasst, über das es zu entscheiden hätte. Vielmehr bewirkt das Verlangen die Befugnis des Gerichts zur Durchführung des von der StA initiierten SVBeweises.<sup>110)</sup> Trotzdem hat nach § 104 Abs 1 erster Satz StPO das Gericht „*in den Fällen der §§ 101 Abs 2 und 126 Abs 5 die beantragten Beweise [...] aufzunehmen*“. **Gerichtliche „Beweisaufnahme durch Sachverständige“<sup>111)</sup> gründet also auch im Fall eines Verlangens nach § 126 Abs 5 erster Satz StPO auf einem „Antrag“ der StA nach § 101 Abs 2 StPO**, den die StA nach § 101 Abs 3 erster Satz StPO „*zu begründen und [...] dem Gericht samt den Akten zu übermitteln*“ [hat]. Das gilt auch für die Eignung des Beweismittels zur Erhellung des Beweisthemas und den Konnex des Beweisthemas mit der Aufklärung einer Straftat, soweit sie nicht auf der Hand liegen, **sodass die StA Erkundungsbeweisführung durch einen SV „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“<sup>112)</sup> nicht erfolgreich beantragen kann** (§ 104 Abs 1 zweiter Satz StPO).<sup>113)</sup> **§ 104 Abs 1 erster Satz StPO**, wonach „*für den Fall der Beweisaufnahme durch Sachverständige § 55 mit der Maßgabe gilt, dass mangelhafte Begründung der Eignung, das Beweisthema zu klären, zur Unterlassung der Beweisaufnahme nur berechtigt, wenn der Antrag zur Verzögerung gestellt wurde*“, **greift erst nach erfolgreicher Initiative der StA** zur Durchführung des SVBeweises „*im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme*“. Die im § 126 Abs 5 zweiter Fall StPO angesprochene „*Stellungnahme*“ anlässlich der Gerichtsbefassung ermöglicht der StA, ihrer Begründungsobliegenheit auch ohne unmittelbar nach § 101 Abs 2 StPO gestellten Antrag nachzukommen.<sup>114)</sup>

## 3. Initiative zum SVBeweis

§ 103 Abs 2 StPO sagt nichts darüber, ob und – wenn ja – unter welchen Voraussetzungen die StA die „*Aufgabe*“ hat, von ihrer Befugnis „*Ermittlungen (§ 91 Abs 2) [...] durch einen Sachverständigen durchführen*“ zu „*lassen*“, Gebrauch zu machen oder unmittelbar gerichtliche Beweisaufnahme durch einen vom Gericht bestellten SV zu beantragen (§ 126 Abs 3 erster Satz StPO). Da § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO bloß „*ein besonderes öffentliches Interesse*“ für „*gerichtliche Beweisaufnahmen*“ aufgrund der „*Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Person des Tatverdächtigen*“ anspricht, folgt auch aus dieser Vorschrift kein subjektives Recht.<sup>115)</sup> **Als Sitz „einer bindenden Regelung des Verhaltens“**, auf dessen Grundlage mangelnde Inanspruchnahme ihrer Befugnisse zum SVBeweis (§ 101 Abs 2 zweiter Satz, § 103 Abs 2 zweiter Fall StPO) nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO als Verweigerung eines subjektiven Rechts durch die StA reklamiert werden könnte, **kommen abschlägige Entscheidungen über**

<sup>109)</sup> Vgl Rz 137.

<sup>110)</sup> Vgl Rz 633–635, 637, 651.

<sup>111)</sup> Vgl auch § 126 Abs 3 erster Satz StPO.

<sup>112)</sup> Vgl § 126 Abs 5 erster Satz StPO.

<sup>113)</sup> Vgl Rz 36, 212f, 347, 495.

<sup>114)</sup> Vgl Rz 154, 210.

<sup>115)</sup> Vgl Rz 698.

nach § 55 StPO gestellte Anträge<sup>116)</sup> und der Schutz von Persönlichkeitsrechten in Frage.<sup>117)</sup> § 55 StPO greift – anders als in der Hauptverhandlung und im Gerichtstag zur Entscheidung über eine Berufung gegen das Urteil eines Einzelrichters –<sup>118)</sup> nur **nach Maßgabe von Abs 3 und nur, wenn weder StA noch Kriminalpolizei** mit Bezug auf die „für die zur Entscheidung über das Einbringen der Anklage notwendigen Ermittlungen“ (§ 4 Abs 1 zweiter Satz [§ 91 Abs 2] StPO) **über das erforderliche „besondere[...] Fachwissen [...] verfügen“** (§ 126 Abs 1 erster Satz StPO).

#### 4. „[A]m Verfahren beteiligte“ Personen

Wenn dies nicht im Zug einer Tatrekonstruktion geschieht, werden an gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises im Ermittlungsverfahren (§ 104 Abs 1 StPO) nur StA und Besch „nach diesem Gesetz“ ausdrücklich „beteiligt“, nicht aber Opfer und PB; selbst für die StA und Besch folgt dies bloß aus dem Zweck von Befugnis zur Antragstellung (§ 101 Abs 2 zweiter Satz StPO) einerseits und § 126 Abs 5 StPO andererseits, welche Bestimmung just der grundrechtlichen Gleichbehandlung Besch beim SVBeweis dient.<sup>119)</sup> Gleichmaßen ausdrücklich bestimmt § 150 Abs 1 zweiter Satz StPO den Inhalt des Rechts, „sich an der Tatrekonstruktion zu beteiligen“. <sup>120)</sup> Für „Vernehmungen“ von SV außerhalb von „Tatrekonstruktionen“ (§ 127 Abs 2 zweiter Satz StPO) und den Spezialfall einer „Befragung“ nach § 127 Abs 3 erster Satz StPO fehlen derart ausdrückliche Vorschriften.<sup>121)</sup> Bei Tatrekonstruktion, kontradiktorischer Vernehmung von Besch oder Zeugen und bei gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises durch „Vernehmungen“ oder „Befragung“ von zu SV bestellten Personen (§ 127 Abs 2 [zweiter Satz] und Abs 3 [erster Satz] StPO) geht es jeweils um Vernehmung (§ 153 StPO) „nach den dafür maßgebenden Bestimmungen“ (§ 104 Abs 1 erster Satz StPO), zu denen auch § 127 StPO zählt. Die im „Fall der Beweisaufnahme durch Sachverständige [maßgebenden Bestimmungen]“ waren vor 2008 im XI. HptSt der StPO „Vom Augenschein und der Zuziehung von Sachverständigen überhaupt“ verortet. Dort war die Beiziehung von SV zu einem vom Untersuchungsrichter geleiteten Augenschein „mit möglichster Berücksichtigung der vom Ankläger und vom Beschuldigten oder dessen Verteidiger gestellten Anträge“ geregelt. Die – praktisch regelmäßige – Befundaufnahme außerhalb eines solchen Augenscheins wurde nur für medizinische SV angesprochen. Diesen Sachzusammenhang hat das StPRefG aufgelöst, an die Stelle von im XI. Abschn geregeltem „Augenschein“ den Spezialfall von „Durchführung der Tatrekonstruktion“ in § 150 StPO gesetzt, darin Beteiligungsrechte festgeschrieben und bei diesen wiederum zwischen „Fragen zu stellen“ und „ergänzende Ermittlungen und Feststellungen zu verlangen“ unterschieden. Die von § 149 Abs 2 zweiter Satz StPO angesprochene Möglichkeit, mit der Durchführung eines Augenscheins einen SV „im Rahmen der Befundaufnahme“ zu beauftragen, meint nicht Befundaufnahme „bei Vernehmungen“ (§ 127 Abs 1 [zweiter Satz] und Abs 3 [zweiter Satz] StPO). Stattdessen mag sogar der Eindruck entstehen, als kenne die StPO sonstigen „Augenschein“ unter Beteiligung von Vollzugsorganen und zu SV bestellten Personen verschiedener Personen nicht mehr, sodass selbst gerichtliche „[Be-

<sup>116)</sup> Vgl Rz 214.

<sup>117)</sup> Vgl Rz 737; näher Ratz, ÖJZ 2022, 271 (276–278).

<sup>118)</sup> Vgl Ratz in WK StPO § 281 Rz 346; vgl auch Rz 389, 395–406, 673.

<sup>119)</sup> Vgl Rz 137, 636–640.

<sup>120)</sup> Vgl Rz 217.

<sup>121)</sup> Vgl aber § 123 Abs 1 StPO aF; § 5 Abs 1 erster Satz StPO greift nicht, weil weder am Verfahren beteiligten noch sonst betroffenen Personen unmittelbarer Rechtseingriff zusteht, sie also nicht Bewirkende, sondern Erwirkende sind; vgl Rz 5–9.

weisaufnahme durch Sachverständige] nach den dafür maßgebenden Bestimmungen“ ohne Beteiligung von Besch durchzuführen und PB und Opfern sowie deren Vertretern, anders als bei Tatrekonstruktion, „das Recht, Fragen zu stellen“, verwehrt wäre. Das aber war augenscheinlich nicht beabsichtigt: Schon das neben Besch auch PB zustehende Recht, „Beweisanträge“ zu stellen (§ 55 StPO), beinhaltet nach Maßgabe von § 127 Abs 3 erster Satz StPO ein subjektives Recht auf solche „Befragung“. Entsprechendes gilt für die StA.<sup>122)</sup> Ist die „kontradiktorische Vernehmung“ im Ermittlungsverfahren ausdrücklich „in sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen der §§ 249 und 250 durchzuführen (§ 104)“ (§ 165 Abs 2 erster Satz StPO) und gilt Entsprechendes für „Tatrekonstruktionen“, erklärt sich das Fehlen einer ausdrücklichen bindenden Regelung des Verhaltens für StA (§ 103 Abs 2 StPO) und Gericht (§ 104 StPO) zwanglos damit, dass **für auf § 127 StPO gegründete „Vernehmungen“ von SV §§ 249f StPO die „dafür maßgebenden Bestimmungen“** sind, die § 104 Abs 1 erster Satz StPO mit diesen Worten angesprochen hat.<sup>123)</sup> Just bei Beteiligung nach Maßgabe des in der Hauptverhandlung geltenden § 249 Abs 1 StPO „[wird] im Fall der Anklage eine zügige Durchführung der Hauptverhandlung ermöglicht“ (§ 91 Abs 1 StPO), ohne bei Verlesung nach § 252 Abs 1 Z 4 StPO Beteiligungsrechte zu unterlaufen. Was Beteiligungsrechte anlangt, gilt also § 249 Abs 1 erster Satz StPO. **Besteht demnach ein Fragerecht der Opfer, ist dieses auch durch Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 Abs 1 Z 1 StPO) oder Beschwerde (§ 87 Abs 2 zweiter Satz StPO) bewehrt. Was Opfer im Gegensatz zu Besch und PB – und anders als bei „Tatrekonstruktionen“ (§ 150 Abs 1 zweiter Satz StPO) – nicht haben, ist ein Recht, „ergänzende Ermittlungen und Feststellungen zu verlangen“**,<sup>124)</sup> was aber mit § 49 Abs 1 Z 6, § 67 Abs 6 Z 1 StPO korreliert. Die „Entscheidung über das Einbringen der Anklage“ hinwiederum erfolgt ohne „Mündlichkeit und Öffentlichkeit“ (§ 12 StPO). Anders als – außer im Fall von § 252 Abs 1 Z 4 StPO –<sup>125)</sup> in der Hauptverhandlung haben SV „den Befund und das Gutachten“ daher nicht „bei [...] Vernehmungen [abzugeben]“ (§ 127 Abs 2 StPO).<sup>126)</sup> Als Gegenstand von „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2 StPO) kommt „Vernehmung“ von SV nur zur Entscheidung über die Frage von Beiziehung „weiterer Sachverständiger“ nach § 127 Abs 3 erster Satz StPO in Betracht. Sind Beteiligungsrechte iSv § 249 Abs 1 erster Satz StPO sachgerecht, wo es um „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 StPO geht, gilt dies nicht für Beweisaufnahme nach § 105 Abs 2 (§ 108a Abs 3 zweiter Satz), § 107 Abs 2 (§ 196 Abs 1 letzter Satz), § 174 Abs 1 vierter Satz, § 176 Abs 4 fünfter Satz StPO, welche – auf der Metaebene von Ermittlung nach § 91 Abs 2 StPO gelegen – andere Verfahrensziele verfolgt. Auch wenn an gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises im Ermittlungsverfahren nur StA und Besch, nicht aber Opfer und PB beteiligt sind, sind Letztere also an deren „Vernehmung“ nach § 127 Abs 3 erster Satz StPO iSv § 249 Abs 1 StPO zu beteiligen – demnach nicht an gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises, vielmehr an einem auf der Metaebene des SVBeweises liegenden Kontrollverfahren für den SVBeweis.<sup>127)</sup> **Von dem in § 127 Abs 3 erster Satz StPO angesprochenen Kontrollverfahren abgesehen besteht kein subjektives Recht auf „Vernehmung“ von SV mit dem Zweck, „den Befund und das Gutachten [...] abzugeben.“** Vielmehr sieht § 127 Abs 2 erster Satz StPO „von einer bindenden Regelung des

<sup>122)</sup> Vgl Rz 212.

<sup>123)</sup> Dementsprechend sind sie auch bei Führung von SV durch die StA „maßgebend“; vgl Rz 641–643, 654–658.

<sup>124)</sup> Vgl Rz 9, 220.

<sup>125)</sup> Vgl Ratz in WK StPO § 281 Rz 228.

<sup>126)</sup> Vgl Rz 748.

<sup>127)</sup> Vgl Rz 137, 220; vgl auch Rz 139, 63, 70.

Verhaltens“ ab, womit sich StA und Gericht sich sogar für mündliches „Vorbringen“ von Befund und Gutachten samt „Amtsvermerk“ entscheiden können (§ 95 erster Satz StPO) und SV darauf bezogene „Ladungen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts zu befolgen“ haben.<sup>128)</sup> „Vernehmung“ nach § 127 Abs 3 erster Satz StPO setzt vollständige Abgabe nach § 127 Abs 2 erster Satz StPO voraus.

## VI. SV zum Schutz „Betroffener“

### A. „Gerichtliche Beweisaufnahme“ durch „Auswertung“ sichergestellter Datenträger

„Auswertung“ sichergestellter Datenträger als Teil der Durchführung eines im 1. Abschn des 8. HptSt der StPO geregelten Zwangsmittels ist vom ersten Fall des § 103 Abs 2 StPO nicht erfasst.<sup>129)</sup> Zur „Beweisaufnahme“ wird sie durch die Entscheidung der StA, die „Auswertung“ (§ 91 Abs 2 erster Satz [dritter Fall] StPO) „durch einen Sachverständigen durchführen“ zu lassen oder die „Auswertung“ durch einen SV nach § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO als „gerichtliche Beweisaufnahme“ zu beantragen. „Gerichtliche Beweisaufnahme“ durch mit der „Auswertung“ von Datenträgern beauftragte SV taugt in besonderer Weise zum Schutz von Persönlichkeitsrechten.<sup>130)</sup> Es kann nur um „Auswertung“ im Zusammenhang mit zuvor von der StA festzulegenden entscheidenden Tatsachen gehen, also nicht um unzulässige Bestellung eines SV zu Rechtsfragen. „Dass der Sachverständige über normative Ressourcen verfügt,“ ist zwar nach Jabloner „für sich allein keineswegs bedenklich. Festzuhalten bleibt freilich, dass dem Gesetzgeber – allenfalls dem Gericht – die Kompetenz-Kompetenz zukommt, über ihren Umfang zu entscheiden. [...] Nicht die die Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage ist das Thema, sondern die Trennung von Wissens- und Willensfunktionen, von Erkennen und Entscheiden.“<sup>131)</sup> Aus § 126 Abs 1 erster Satz und Abs 2c StPO ist **kein generelles Verbot** abzuleiten, **SV beizuziehen**, selbst wenn sämtliche befassten **Organwaller über das** für die Initiative zum SVBeweis **erforderliche besondere Fachwissen verfügen**.<sup>132)</sup> Beiziehung von SV zur „Auswertung“ sichergestellter Datenträger „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ zum Schutz von Persönlichkeitsrechten ist auch insoweit unproblematisch. In diesen „Fällen der §§ 101 Abs 2 und 126 Abs 5“ StPO sind § 138 Abs 4, § 139 StPO die für die gerichtliche Beweisaufnahme **nach § 104 Abs 1 erster Satz StPO „maßgebenden Bestimmungen“**.<sup>133)</sup> **Demnach sind nur StA, Besch und „[d]ie von der Durchführung der Ermittlungsmaßnahme betroffenen Personen“** daran **beteiligt**. Was „für ein Strafverfahren nicht von Bedeutung sein“ kann „oder als Beweismittel nicht verwendet werden“ darf, kommt – ebenso wie „[u]nzulässige [...] Beweise“ (§ 55 Abs 2 erster Satz StPO) – **nicht als Ergebnis „gerichtlicher Beweisaufnahme“ in Betracht**, das „zum Akt zu nehmen“ (§ 96 Abs 5 erster Satz StPO) wäre.<sup>134)</sup> „Gerichtliche Beweisaufnahme“ durch mit der „Auswertung“ von Datenträgern be-

<sup>128)</sup> Zur Gleichbehandlung an gerichtlicher Aufnahme des SVBeweises Beteiligter vgl Rz 638.

<sup>129)</sup> Vgl Rz 40, 211, 216, 700–702, 757f.

<sup>130)</sup> Grundlegend 11 Os 56/20z EvBl 2020/159, 14 Os 35/21k EvBl 2021/114 (*Divjak*); vgl Rz 498f, 703–709, 737.

<sup>131)</sup> *Jabloner*, Der Sachverhalt im Recht, ZÖR 2016, 199 (211).

<sup>132)</sup> Vgl nur § 124 Abs 3, § 128 Abs 2, § 430 Abs 1 Z 2, § 434d Abs 2 StPO; vgl auch Rz 697, 730 und *Ratz*, Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach §§ 112f StPO, ÖJZ 2023, 149 (154).

<sup>133)</sup> Vgl Rz 499, 709, 763, 767.

<sup>134)</sup> Vgl Rz 698f.

auftragte SV taugt mit Bezug auf dort „gespeicherte Informationen“ zur Beachtung bestehender Erhebungsverbote,<sup>135)</sup> womit sich die Frage von Verwendung – solcherart nicht vorliegender –<sup>136)</sup> Ergebnisse nicht stellt.<sup>137)</sup>

## B. Beiziehung von SV ohne „Beweisaufnahme“

In Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach §§ 112f StPO geht es nicht um „Beweisaufnahme“, sondern deren Verhinderung.<sup>138)</sup> Ohne besonderen Antrag<sup>139)</sup> fällt die Entscheidung, welche Information aus sichergestellten „schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern“ (§ 112 Abs 1 erster Satz StPO) „zum Akt genommen werden dürfen“, dem Gericht zu. Dieses hat „unter Beiziehung des Betroffenen sowie gegebenenfalls geeigneter Hilfskräfte oder eines Sachverständigen“<sup>140)</sup> zu entscheiden. „Beiziehung [...] geeigneter Hilfskräfte oder eines Sachverständigen“ ist also auch zur Auswertung sichergestellter Datenträger (§ 111 Abs 2 StPO) nicht vonnöten. Während die StA, so sie sich entschließt, „Ermittlungen [...] durch einen Sachverständigen durchführen“ zu „lassen“, ihre Ermittlungsbefugnis mediatisiert und rechtsstaatliche Kontrolle durch Bestellung und Führung des SV „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ (§ 126 Abs 5 erster Satz StPO) in Kauf nehmen muss, geht es hier um unmittelbare Gerichtskontrolle, ohne dass es aus rechtsstaatlichen Gründen einer Mediatisierung durch Beiziehung eines SV bedarf. „Beweisaufnahme“<sup>141)</sup> ist Auswertung von Datenträgern nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO ohne Beiziehung eines SV aber nicht. Auch haben SV weder Befund noch Gutachten zu erstatten, sind also – wie im Fall von § 165 Abs 3 zweiter Satz StPO – keine Beweismittel,<sup>142)</sup> sodass „Befragung“ nach § 127 Abs 3 StPO und „Vernehmungen“ schon deshalb ausscheiden.

## VII. Umgehungsverbote

§ 144 Abs 1, § 152 Abs 1, § 157 Abs 2 (§ 144 Abs 2) StPO stellen mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrte Verbote einerseits für Umgehung formgerechter Vernehmung durch Erkundigung, andererseits von Rechten der Zeugen zur Aussageverweigerung und zum Schutz der geistlichen Amtsverschwiegenheit auf.<sup>143)</sup> Die StPO sanktioniert also gezielt nicht jeden, vielmehr bloß verfahrensfehlerhaften Ersatz. Nach der Rechtsprechung sind mithin auch Erkundigungen und Beweisaufnahmen im Ermittlungsverfahren erst dann nichtig, wenn dem verantwortlichen Organwalter jene Tatsachengrundlage offenbar wird, auf die die Rechtsbegriffe der bezeichneten Vorschriften abstellen.<sup>144)</sup> In die Begrifflichkeit des materiellen Strafrechts übersetzt, bedarf es – nur, aber immerhin – objektiver Sorgfaltswidrigkeit des verantwortlichen Organwalters. Weder gilt also der – später weiterentwickelte – sub-

<sup>135)</sup> Vgl Rz 751f, 756, 767.

<sup>136)</sup> Vgl Rz 749.

<sup>137)</sup> Zu „unreasonable searches“ und zum – hier nicht interessierenden – Verhältnis von Beweiserhebungs- und Beweisverwendungs- oder auch -verwertungsverboten vgl Rz 205, 703.

<sup>138)</sup> Vgl Ratz, ÖJZ 2023, 149.

<sup>139)</sup> Vgl § 112 Abs 1 zweiter Satz StPO.

<sup>140)</sup> Vgl § 126 Abs 1 erster Satz StPO.

<sup>141)</sup> Vgl Rz 69; zum Sonderfall eines Besch als „betroffene Person“ vgl Ratz, ÖJZ 2023, 149 (153–155); auch der besondere Persönlichkeitschutz gegenüber Untersuchungsausschüssen ermöglicht – neben Vernehmungen und Augenschein – Auswertung von Datenträgern „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ nur durch SV; vgl Ratz ÖJZ 2022, 271 (276–278), insb FN 71.

<sup>142)</sup> Vgl Rz 136.

<sup>143)</sup> Eingehend Rz 190–199 und Ratz in WK StPO § 281 Rz 187f, 222f.

<sup>144)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0113818, RS0113610; Ratz in WK StPO § 281 Rz 37f, 191.

jektive Willkürmaßstab der Rechtsprechung des VfGH,<sup>145)</sup> noch kommt es überhaupt auf die mentale Ausstattung des konkreten Organwalters an.<sup>146)</sup> Die Wahl des Organwalters anstelle des Organs als Bezugspunkt der Spruchformel des OGH fußt auf der Tatsache, dass zwar Organwalter, nicht aber Organe über eine Sinnesausstattung verfügen. Worum es geht, ist rechtsfehlerfreie Anwendung des Gesetzes auf einen erkennbaren Sachverhalt (Art 18 Abs 1 B-VG) anstelle von *Soyer/Pollak* in Vorschlag gebrachten unmittelbaren Rückgriffs auf eine an vager Gleichheit vor dem Gesetz (Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG) ausgerichtete Maßfigur.<sup>147)</sup>

### VIII. „Versprechungen“

§ 161 Abs 3 erster Satz, § 164 Abs 4 StPO bezwecken die Ausschaltung des in Vorurteilen über den Gegenstand der Vernehmung bestehenden Einflusses auf die durch Befragung gewonnene Information. Der Leiter der Amtshandlung soll diese nach Maßgabe der Verfahrensziele ordnen, aber nicht verfälschen. Zeugen sollen über ihre sinnlichen Wahrnehmungen berichten, nicht zum Resonanzraum dazu angestellter Ideen werden. Wo Vorhalte unvermeidlich sind, soll der Ablauf der Vernehmung offengelegt werden. Besch sollen unter dem Aspekt ihrer Rolle – nicht nur als Beweisperson, sondern auch – als Subjekt des Verfahrens rechtliche Rahmenbedingungen unverfälscht vor Augen haben und ihren Willen steuern können, **sodass korrekte Informationen über die geltende Rechtslage nicht „Versprechungen“ sind.**<sup>148)</sup>

<sup>145)</sup> Instruktiv *U. Wagrandl*, Willkür: Geschichte und Gestalt eines verfassungsgerichtlichen Maßstabs, JBl 2021, 569, 637 (572f).

<sup>146)</sup> Zum Begriff der objektiven Sorgfaltswidrigkeit vgl *Burgstaller/Schütz* in WK<sup>2</sup> StGB § 6 Rz 33–55.

<sup>147)</sup> *Soyer/Pollak*, Umgehung der Beschuldigten- und Zeugenvernehmung im österreichischen Strafverfahren, in FS-Dannecker (2023) 845 (851 ff); vgl erneut *U. Wagrandl*, JBl 2021, 637 (645).

<sup>148)</sup> Treffend *Fabrizy/Kirchbacher*, StPO<sup>14</sup> § 164 Rz 9.