

§ 30 ECG), ist angezeigt. Die Entwicklung zeigt vor allem auch dem Recht eines jeden Staates seine Grenzen auf und sollte als Chance und Hinweis verstanden werden, der Internationalisierung und Vereinheitlichung

gewisser Rechtsgebiete mehr Hingabe und Effizienz zu widmen. Die technische und rechtliche Entwicklung der Zukunft an Landesgrenzen zu binden, erscheint wenig zielführend.



→ In Kürze

Untersucht wird die Subsumtion der Betreiber dezentraler Infrastruktursysteme unter die Begriffe „Dienste der Informationsgesellschaft“ und „Diensteanbieter“ nach dem ECG unter Einbezug der Judikatur des EuGH sowie resultierende Haftungsfragen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Christian Sillaber ist Senior Researcher am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

Dr. Rainer Silbernagl ist Lektor an der Universität Innsbruck und Referent der Arbeiterkammer.

Beweiswürdigung im Ermittlungsakt und Sicherstellung ohne Kriminalpolizei und durch Sachverständige

ÖJZ 2022/8

Art 90 Abs 2,
Art 90 a, 94 Abs 1
B-VG;
§ 1 StAG;
§ 5 Abs 1,
§ 50 Abs 1,
§ 51 Abs 1,
§§ 103,
109 Abs 1 lit a,
§ 110 Abs 2,
§ 111 Abs 2 StPO

OGH 21. 7. 2009,
14 Os 46/09k,
47/09g;
11. 9. 2018,
14 Os 51/18h;
25. 6. 2019,
14 Os 21/19y;
13. 10. 2020,
11 Os 56/20z;
1. 6. 2021,
14 Os 35/21 k

Anordnung;

Auswertung;

Beweisverbot;

Ermittlungen;

Gerichtsbarkeit;

Justiz;

Sach-

verständigen-

beweis;

Sicherstellung;

Staatsanwalt-

schaft;

Willkür;

Zuletzt haben Persönlichkeiten der Spitzenpolitik explizit oder implizit angesichts einer Durchsuchungs- und Sicherstellungsanordnung mit umfangreicher Würdigung vorliegender Ergebnisse (und pauschal darauf verweisender gerichtlicher Bewilligung der Durchsuchung)¹⁾ andere Spitzenpolitiker aufgefordert, „Feststellungen der Justiz – der Staatsanwaltschaft“ in diesem Ermittlungsverfahren zu respektieren. Da Staatsanwälte als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit [i]n Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen [...] Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr[nehmen]“ (Art 90 a B-VG), stellt sich die Frage nach deren Befugnis zu gerichtsförmiger Verlautbarung von Verdachtsannahmen. Weiters fragt sich, ob Staatsanwälte die Mitwirkung der Kriminalpolizei beim Einsatz von Zwangsmitteln ausschalten und nach „Zufallsfunden“ suchen lassen dürfen und wann sie zur Auswertung von Datenträgern Sachverständige bestellen müssen.²⁾

Von Eckart Ratz

Inhaltsübersicht:

- A. Staatsanwälte als Justiz
- B. Trennungsgrundsatz und Unabhängigkeit
- C. Inhalt von Anordnungen, Anträgen, Stellungnahmen und Gerichtsentscheidungen
- D. Akteneinsicht durch Beteiligte nach § 45 StPO idF vor BGBl I 2004/19 und § 51 StPO
- E. Einsatz von „Zwangsmitteln“ durch die Staatsanwaltschaft
 - 1. „Sicherstellung“
 - 2. Rechtsbehelfe
 - 3. „Auswertung“
 - 4. Auswertung durch Sachverständige im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme
 - 5. „Durchführung“ von „Zwangsmitteln“ im Allgemeinen
- F. Suche nach Hinweisen „auf die Begehung einer anderen [...] Straftat“

A. Staatsanwälte als Justiz

Ein wesentliches Ziel der grundlegenden Umgestaltung des strafprozessualen Vorverfahrens, so wurde verschiedentlich behauptet, sei die Beseitigung inquisitorischer Elemente gewesen: Statt Inquisition liberale

1) Zu pauschalen Verweisen vgl. Ratz, Der Tatverdacht im Grundrechtsbeschwerdeverfahren, JBI 2000, 536; vgl. auch Rz 39.

2) Die vorliegende Detailanalyse setzt meine systematische Aufarbeitung des seit 2008 geltenden Ermittlungsverfahrens durch eine Folge von Aufsätzen fort, welche am Ende unter „Vom selben Autor erschienen“ angeführt, in mein 2021 erschienenes Buch „Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO“ aufgenommen und durch einen AT ergänzt sind (Rz ohne Buchtitel beziehen sich darauf). Von Kolleginnen und Kollegen aus allen Sparten des Strafprozesses werde ich vielfach mit Problemstellungen aufgrund konkreter Fälle befasst, wofür ich – ohne eigene Berufserfahrung in diesem Bereich – dankbar bin; einigen Personen habe ich im Vorwort des erwähnten Buches ausdrücklich dafür gedankt. Selbstverständlich handle ich aber nicht im Auftrag von wem immer, schon gar nicht eines Rechtsanwalts oder einer politischen Partei.

Entflechtung der Funktionen von Ankläger und Richter. Aufgrund der durch das Institut der Aktenversendung bewirkten Trennung von ermittelndem und urteilendem Richter habe, so *Arnd Koch* in einer kritischen Abhandlung über Liberalität im Strafprozess, im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess allerdings keineswegs Personenidentität von Ermittler, Ankläger und Richter bestanden; personenidentisch waren demnach „(lediglich) Ermittler (scil. Untersuchungsrichter) und Ankläger“. ³⁾ Die bis zum Inkrafttreten des StPRefG, BGBl I 2004/19, geltende StPO hat denn auch auf strikte Trennung von „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ ganz speziell Wert gelegt. Dem Staatsanwalt ⁴⁾ wurde Ermittlungsbefugnis ausdrücklich versagt. Er war im besten Sinn „detached magistrate“ – nur zur Beurteilung von anderen beigebrachter Verdachtsmomente berufen. Substratlose Anzeigen hatte er „mit kurzer Aufzeichnung der ihn dazu bestimmenden Erwägungen“ zurückzulegen. Hatte er umgekehrt „genügende Gründe, wider eine bestimmte Person das Strafverfahren zu veranlassen“, hatte er „den Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung“ zu stellen, die Anklage einzubringen (§ 90 Abs 1 erster Satz StPO aF) oder (seit BGBl I 1999/55 nach Zahlung eines Geldbetrages, Erbringung gemeinnütziger Leistungen, einer Probezeit oder außergerichtlichem Tatausgleich) anstelle eines Strafverfahrens von der Verfolgung der Straftat zurückzutreten. Ohne genügende Gründe für ein Strafverfahren war er „berechtigt, durch den Untersuchungsrichter, durch die Bezirksgerichte oder durch die Sicherheitsbehörden Vorerhebungen zu dem Zwecke führen zu lassen, um die nötigen Anhaltspunkte für die Veranlassung des Strafverfahrens wider eine bestimmte Person oder die Zurücklegung der Anzeige zu erlangen“ (§ 88 Abs 1 StPO aF). Aber es war ihm „bei sonstiger Nichtigkeit des Aktes“ strikt untersagt, Untersuchungshandlungen vorzunehmen (§ 97 Abs 2 erster Satz StPO aF) – und das, woran *Wiederin* erinnert, keineswegs bloß, weil „nur einem mit den richterlichen Garantien versehenen Organ die nötige Objektivität und Unvoreingenommenheit zugetraut wurde. Es war zumindest ebenso sehr die Sorge um Waffengleichheit zwischen den Parteien im Strafprozess, mit der es unvereinbar erschien, dem Staatsanwalt Zwangsrechte über den Beschuldigten einzuräumen und dadurch „ein Gewaltverhältnis des Anklägers über den Angeklagten zu begründen“. ⁵⁾ Vorerhebungen lagen, für jedermann klar erkennbar, außerhalb eines Strafverfahrens. Durch die Richtungsentscheidung des StPRefG nimmt seit 2008 die Staatsanwaltschaft die „Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ (§ 1 erster Satz StAG) vor Einbringen einer Anklage unmittelbar wahr, und es liegt in deren durch gesetzliche Anordnungen kaum zu begrenztem Ermessen, ob, wie lange und mit welchen prozessualen Mitteln und welcher Öffentlichkeitswirkung sie betroffene Personen durch ein Ermittlungsverfahren in ihren Persönlichkeitsrechten beeinträchtigt und den von § 34 Abs 2 StGB im Anschluss an die Rsp des EGMR als sanktionsgleich erkannten Wirkungen aussetzt. ⁶⁾ Ist es „[f]ür die Gerichtsbarkeit als Staatsfunktion [...] nachgerade typisch, dass sie nicht von Amts wegen vorgeht, sondern nur auf Antrag tätig wird“, ⁷⁾

agiert die Staatsanwaltschaft nun mit der Macht zur Initiative einer Verwaltungsbehörde. Zugleich werden ihre Organwalter von Art 90a B-VG als Organe der (seit 2012 ordentlichen) Gerichtsbarkeit bezeichnet: **Verwaltungshandeln als Gerichtsbarkeit.** ⁸⁾ Vor 2008 lag das Schwergewicht des strafprozessualen Vorverfahrens auf der Gerichtskontrolle der Stoffsammlung. **Vorerhebungen bei genügenden Gründen für ein Strafverfahren** – heute würde man sagen: bei vorliegendem Anfangsverdacht – waren in der von RGBL 1873/119 liberal geprägten StPO nämlich nicht vorgesehen, ⁹⁾ und ein wesentlicher Grund für den Paradigmenwechsel lag just darin, dass § 88 Abs 1 StPO aF von Staatsanwälten und deren Vertretern nicht ernst genommen wurde und für die eigenständigen Nachforschungen der Sicherheitsbehörden (§ 24 StPO aF) justizförmige Kontrolle nicht vorgesehen war. Dazu kam die – zwar keineswegs auf Art 90 Abs 2 B-VG fußende, ¹⁰⁾ durch Beschwörung bloß des Anklagegrundsatzes in der Überschrift des sowohl Anklage- als auch Ermittlungsbefugnis zum Ausdruck bringenden § 4 StPO – einfachgesetzlich festgeschriebene, in den EBRV wiedergegebene Behauptung von *Moos*, dass „[d]ie der Staatsanwaltschaft übertragene Verantwortung für die formelle Beschuldigung einer bestimmten Person [...] auch voraus[setzt], dass die Staatsanwaltschaft für die Ermittlung dieses Sachverhalts zuständig und – im Rahmen ihrer Aufgaben und Tätigkeiten – (mit)verantwortlich ist“. ¹¹⁾ War es auf normativer Ebene demnach eine keineswegs aus dem „Anklageprozess“ abgeleitete, diesem vielmehr unterlegte Behauptung und faktische Entgrenzung der Vorerhebungen gesetzlich innewohnenden Steuerungsbezugnis im staatsanwaltlichen Vollzug, war es auf empirischer Ebene die Erwartung, dass Staatsanwälte als zur Anklage befugte Organwalter mehr an Initiative zur Sachverhaltsklärung einzubringen gewillt und befähigt sein würden als Untersuchungsrichter und Ratskammer, stehen doch staatsanwaltliche Ressourcen gebündelt zur Verfügung ¹²⁾ und liege Richtern Rechtsschutz näher als zweckmäßige Sachverhaltsklärung. Soweit zuweilen idealtypisch dem Rechtsstaat der Polizeistaat gegenübergestellt wird, besteht der Grad von Rechtsstaatlichkeit gegenüber Polizeistaatlichkeit in

3) *Arnd Koch*, Die gescheiterte Reform des reformierten Strafprozesses – Liberale Prozessrechtslehre zwischen Paulskirche und Reichsgründung, ZIS 2009, 542 (548).

4) Vgl § 29 StPO idF vor BGBl I 2004/19.

5) *Wiederin*, WK-StPO § 4 Rz 47, unter Berufung auf *Binding*, Strafprozeßprinzipien 198, und *Glaser*, Handbuch I 30.

6) Vgl *Ratz*, Führung von Ermittlungsverfahren und Ermittlungsakt, ÖJZ 2020, 865; *ders*, Anklagegrundsatz und Rechtsschutz gegen Ermittlungsverfahren sowie deren „unnötige Verzögerung“, ÖJZ 2020, 1071.

7) *Wiederin*, WK-StPO § 4 Rz 14; die Rechtsnatur von außerstreitiger Gerichtsbarkeit kann in Strafrechtssachen außer Betracht bleiben.

8) Instruktiv zum Ganzen *Wiederin*, Brauchen wir einen unabhängigen Bundesstaatsanwalt oder einen Rat der Gerichtsbarkeit? JRP 2012, 430; *ders*, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28; vgl auch Art 130 Abs 4 B-VG.

9) § 88 Abs 1 StPO aF.

10) Vgl *Wiederin*, WK-StPO § 4 Rz 12.

11) 25 BlgNR 22. GP 27f.

12) Vgl demgegenüber die für „das Gericht“ geltenden Besetzungsvorschriften der StPO und Art 87 Abs 3 B-VG.

der Dichte bindender Regelungen hinsichtlich dessen, was zur Erfüllung der „Aufgaben“ des Staates „erforderlich“ ist, und der Kontrolldichte beim Ermessen.¹³⁾ Jabloner kritisiert „verblässende richterliche Kontrolle“,¹⁴⁾ und Tipold hat den Gedanken in der Überschrift eines Aufsatzes zum neuen § 112 a StPO¹⁵⁾ persifliert, dessen Einführung von den EBRV gezielt bloß mit dem Hinweis auf eine angebliche – zudem nicht konkret bezeichnete – „Praxis“ begründet wird; sie lautet: „Hausdurchsuchung oder Amtshilfe – was für eine Frage? Hausdurchsuchung!“¹⁶⁾

B. Trennungsgrundsatz und Unabhängigkeit

Während Art 94 Abs 1 B-VG „die Justiz [...] von der Verwaltung in allen Instanzen [...] trennt“ und Art 87 Abs 1 B-VG „[d]ie Richter [...] in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig“ macht,¹⁷⁾ bezeichnet Art 90 a B-VG „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ und unterwirft sie „Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“. § 1 StAG beruft „[d]ie Staatsanwaltschaften [...] zur Wahrung der Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ und macht sie „von den Gerichten unabhängig“.¹⁸⁾ Nach § 2 Abs 1 sind „[d]ie Staatsanwaltschaften [...] den Oberstaatsanwaltschaften und diese sowie die Generalprokuratur dem Bundesminister für Justiz unmittelbar untergeordnet und weisungsgebunden“. Weder gilt daher der Trennungsgrundsatz für die Staatsanwaltschaften noch sind Staatsanwälte von Weisungen unabhängig.¹⁹⁾ Thienel bringt es mit den Worten auf den Punkt: „Selbst wenn man die Geltung des Art 94 B-VG für das Verhältnis der StA zur BMJ annimmt, stellt Art 90 a B-VG [...] eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltentrennung dar.“ „Geht man aber davon aus, dass Art 94 B-VG von vornherein nur das Verhältnis von Gerichten zu den Verwaltungsbehörden betrifft, steht Art 94 B-VG Weisungsbeziehungen zwischen Verwaltungsbehörden und den StA und umgekehrt a priori nicht entgegen.“ „Auch Maßnahmen der Staatsanwälte, hinter denen eine Weisung der BMJ steht, sind daher der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit zuzuordnen.“ Dass interne Weisungsbindung der Staatsanwaltschaft und gerichtlicher Rechtsschutz kein Widerspruch sind, hat Thienel ebenfalls klargemacht, stünde doch sonst die Weisungsbindung der gesamten Hoheitsverwaltung angesichts der Rechtskontrolle durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts in Frage.²⁰⁾ **Unabhängigkeit der Richter, Trennung von Justiz und Verwaltung und Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften von den Gerichten sind daher strikt auseinanderzuhalten.** Und schon seit der grundlegenden Klarstellung durch Walter 1960 wissen wir, dass auch Bedienstete der Geschäftsabteilung, die richterliche Entscheidungen abfertigen, Organe der Gerichtsbarkeit sind, ebenso wie Notare als Gerichtskommissär, Rechtspfleger, Schöffen und Geschworene. Sie alle wirken an der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit mit, wie nach § 21 StPO die OStA an den Strafverfahren vor den OLG und die GenProk an den Strafverfahren vor dem OGH. Derjenige, der als Rechtsprecher wirkt, ist nach Walter das verfassungsgesetzlich genau festgelegte Organ Richter. „Der Richter“, so Walter, „ist es also, der die Rechtsprechung zu

bewirken hat“,²¹⁾ andere Organe der Gerichtsbarkeit wirken mit. Ihre Stellung wird von der Verfassung der Stellung von Richtern keineswegs *undifferenziert* angenähert.

C. Inhalt von Anordnungen, Anträgen, Stellungnahmen und Gerichtsentscheidungen

In Betreff der Staatsanwälte ist das schon deswegen klar, weil ihnen bloß die Aufgabe zukommt, die „Interessen des Staates [...] in der Strafrechtspflege“ zu wahren, „Interessen“, denen andere rechtlich geschützte „Interessen“ gegenüberstehen, über deren Berechtigung nach Maßgabe bestehender Rechtsbehelfe Gerichte zu entscheiden haben.²²⁾ Respekt vor „Feststellungen der [...] Staatsanwaltschaft“ wird vom geltenden Recht mitnichten verlangt. Vielmehr fehlt der Staatsanwaltschaft in ihrer Ermittlungsfunktion die Befugnis (auch bloß) zum Ausdruck (schon gar zum „Ausspruch“)²³⁾ tatsächlicher Sachverhaltsannahmen. Zu tatsächlichen Verdachtsannahmen im Ermittlungsverfahren ist sie nur insoweit befugt, als sie angeordnete Zwangsmittel – nur – im für den Rechtseingriff erforderlichen Umfang zu begründen hat (und demnach darf)²⁴⁾ oder in Stellungnahmen oder Anträgen dem Gericht gegenüber tatsächliche Behauptungen aufstellen kann.²⁵⁾ § 102 Abs 2 StPO verlangt für Tat und Täter „Bezeichnung“,²⁶⁾ für den Zwangsmittel Einsatz aber Begründung, also Angabe der „Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die Anordnung [...] zur Aufklärung der Straftat erforderlich [...] ist und die jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen vor-

- 13) Vgl Rz 16, 20, 34, 67, 272ff; mit Polizeistaat ist also nicht die Tätigkeit der Kriminalpolizei gemeint, vielmehr Vorrang von Zweckmäßigkeit gegenüber rechtsstaatlicher Kontrolle.
- 14) Jabloner, Der Grundrechtsschutz in Strafsachen, in *Reindl-Krauskopf/Zerbes/Grafl* (Hrsg), Jubiläumsgeschichte der Grundrechte 1 (20).
- 15) 937 BlgNR 27. GP 22.
- 16) Tipold, JSt 2021, 461.
- 17) Mitwirkende aus dem Volk (Art 91 B-VG) brauchen nicht unabhängig gestellt zu werden: Abhängigkeit vom Staat kommt bei ihnen nicht in den Blick; vgl Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit, 37.
- 18) Schon weil die Ermittlungsfunktion von § 4 StPO als Teil der Anklagefunktion begriffen wird (vgl erneut den Rekurs auf Moos in 25 BlgNR 22. GP 27 f), kann die Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Führung und Leitung des Ermittlungsverfahrens (vgl §§ 20, 98, 101 ff StPO) § 1 StAG gegenüber nicht als *lex specialis* gelten; ohnehin wurde das StAG laufend an die Veränderungen der StPO seit BGBl I 2004/19 angepasst.
- 19) Zur „Unabhängigkeit“ höchst instruktiv Piska in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), B-VG Art 87 Abs 1 und 2 Rz 7 f.
- 20) Thienel, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90 a B-VG – eine Zwischenbilanz, in *GedS Walter* 819 (830 f, 838 f).
- 21) Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit 35 ff.
- 22) Vgl auch Wiederin, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in *FS Stolzlechner* 741.
- 23) Vgl Rz 229.
- 24) § 5 Abs 1 erster Satz, § 102 Abs 2 Z 3 StPO; vgl Rz 155, 170; vgl auch Ratz, Aktuelle Rechtsprobleme des Ermittlungsverfahrens, ÖJZ 2021, 772 (773–775).
- 25) Vgl Rz 76, 210; vollends unangebracht wäre es, Verdachtsannahmen nach Art einer Schlagzeile in einer schriftlichen Anordnung zusammenzufassen.
- 26) Die „Tat, deren der Beschuldigte verdächtig ist und ihre gesetzliche Bezeichnung“ (§ 102 Abs 2 Z 2 StPO) ist von Begründung des gegen den Beschuldigten gerichteten Tatverdachts verschieden und meint „Bezeichnung“, also Angabe der Tat im prozessualen Sinn, also von Ermittlungswillen, nicht von „Ermittlungswissen“, von Sachverhaltsannahmen zum Tatverdacht und deren Begründung; s eingehend Rz 1 [FN 10] sowie Ratz, WK-StPO § 281 Rz 502 ff.

liegen“. Nur soweit die StPO Gerichtsentscheidung darüber verlangt, wird im Ermittlungsverfahren also über Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts entschieden.²⁷⁾ Zur Rechtfertigung eines Zwangsmittels nicht erforderliche „Beschuldigung“ durch Sachverhaltsannahmen und Beweiswürdigung verstößt jedenfalls insoweit gegen § 5 Abs 1 erster Satz StPO – und damit den Schutzzweck der Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 EMRK –, als in derartige Anordnungen, Anträge und Stellungnahmen²⁸⁾ – über § 51 Abs 1 erster Satz (§ 77) StPO hinausgehend – Akteneinsicht gewährt wird.²⁹⁾ Darüber hinaus kommt ein solcher Rechtsverstoß insoweit in Frage, als durch gesetzlich angeordnete Zustellung solcher Anordnungen Beteiligten oder Dritten zur Rechtfertigung des Zwangsmittels nicht erforderliche, demnach von Befugnis zum Eingriff in Persönlichkeitsrechte nicht ausdrücklich gedeckte (§ 5 Abs 1 StPO) beweiswürdige Erwägungen der Staatsanwaltschaft zugänglich werden. Das Gericht hinwiederum darf sich zur Bewilligung eines Zwangsmittels (§ 105 StPO)³⁰⁾ nur dann mit dem Verweis auf Erwägungen einer Anordnung begnügen, als die Anordnung diesen rechtlichen Erfordernissen zum gesetzlich verlangten Persönlichkeitsschutz genügt. Sonst verstößt seine Bewilligung in gleicher Weise gegen das Gesetz. Bloßer Verweis auf eine Anordnung ist also nur unter dem Aspekt der Rechtfertigung des Zwangsmittels, nicht aber überschießend unnötiger „Rechtfertigung“ und des damit verbundenen, von § 5 Abs 1 erster Satz StPO indes untersagten, weil unbefugten Eingriffs in Persönlichkeitsrechte zulässig.³¹⁾ Gänzlich gesetzesfremd wäre beweiswürdige Zusammenfassung von „Ergebnissen“ durch die Staatsanwaltschaft, die sich zuweilen – als „Analysebericht“ betitelt – in Ermittlungsakten finden soll. Berichte hat diese im Gegensatz zur Kriminalpolizei nach der StPO niemandem gegenüber zu erstatten,³²⁾ und in einem „Amtsvermerk“ sind nach § 95 erster Satz StPO „Vorbringen von Personen und andere bedeutsame Vorgänge [...] schriftlich festzuhalten“, also Umstände der Außenwelt, nicht Ideen des Verfassers, wie schon ein Blick auf § 23 Abs 1 StPO unmissverständlich zeigt, wo mit „Vorgang“ sinnlich Wahrnehmbares, auch die Äußerung einer Rechtsauffassung in der Begründung einer Entscheidung, nicht aber bloße Gedanken angesprochen werden³³⁾ – für die selbst Organwaltern im Gesetzesvollzug „Freiheit“ garantiert ist.³⁴⁾ Nach §§ 8 ff StAG erstattete Berichte hinwiederum gehören in interne Unterlagen, wie das Tagebuch, nicht in den Ermittlungsakt und sind ebenfalls kein der Akteneinsicht unterliegendes „Ergebnis“ (§ 51 StPO), worauf zu achten Dienstpflicht der Staatsanwälte und ihrer Dienstaufsicht ist.³⁵⁾ Beweiswürdigung und Sachverhaltsannahmen gehören also nur im für die Rechtfertigung der Anordnung erforderlichen Umfang in eine Anordnung. Keinen Platz haben beweiswürdige Überlegungen durch Bewertung von Ergebnissen im Ermittlungsakt. Sie haben Platz im Tagebuch, nicht im Ermittlungsakt;³⁶⁾ alles andere nimmt inquisitorische Züge an. Prozessbehauptungen stehen der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift, davor nur im Umfang der Begründungserfordernisse für Anordnungen,

Stellungnahmen und Anträge – demnach auch nicht im Rahmen einer Rechtsbelehrung nach § 50 StPO – zu, und die Dienstaufsicht hat just auch darüber zu wachen und Missstände abzustellen.³⁷⁾

D. Akteneinsicht durch Beteiligte nach § 45 StPO idF vor BGBl I 2004/19 und § 51 StPO

Anordnungen und Bewilligungen sind zwar Gegenstand des Ermittlungsakts, woraus aber keineswegs „bindend“ ein subjektives Recht auf Akteneinsicht folgt, wie es § 45 Abs 2 erster Satz StPO idF vor BGBl I 2004/19 gewährt hatte.³⁸⁾ Vielmehr sieht das Gesetz ua in Betreff des Anordnungs- und Bewilligungsbogens samt Anordnung und Bewilligung von Zwangsmitteln „von einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei ab [...]“ (§ 106 Abs 1 dritter Satz StPO) und gewährt „bindend“ nur Einsicht in „Ergebnisse“ und das Recht, „Beweisgegenstände in Augenschein zu nehmen“ (§ 51 Abs 1 StPO). Zur Vorbereitung der HV und – nota bene – gerichtlicher Beweisaufnahme als deren Vorwegnahme hat 14 Os 75/09 z, 96/09 p, 97/09 k, 98/09 g, 99/09 d, 100/09 a, 101/09 y EvBl 2009/162 allerdings – zutreffend – ein Verteidigungsrecht auf Einsicht auch in jene Aktenstücke bejaht, was jedoch schon aus dem „Wesen eines die [...] Verteidigung sichernden, fairen Verfahrens“ (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) folgt. Im Erlass, also der Verwaltungsverordnung, maW der generellen – und spezieller Weisung nicht entgegenstehenden – Weisung des BMJ vom 6. 1. 2010, JMZ 604001L/II3/10, wurde zutreffend erkannt, dass Persönlichkeitsrechte der Gewährung von Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren ansonsten entgegenstehen

27) Vgl Rz 145, 284, 519–534, 553, 564f.

28) Vgl § 101 Abs 3 erster Satz (wo Zweiseitigkeit gezielt fehlt), § 106 Abs 5 zweiter Satz, § 108 Abs 2 dritter Satz StPO.

29) Vgl Rz 186f.

30) Vgl Rz 274.

31) Vgl auch § 35 Abs 4, § 35b Abs 2 und 3 StAG, § 14 Abs 4, § 15a Abs 1 und 3, § 16 Abs 2 und Abs 3 zweiter Satz DV-StAG.

32) Berichte innerhalb ein und derselben Staatsanwaltschaft kennt auch das StAG nicht.

33) Instruktiv auch RIS-Justiz RS0116882; zu Entscheidungsvorgängen „aufgrund bestimmter Tatsachen“ vgl Rz 552.

34) Zu – umgekehrt – fehlender Meinungsäußerungsfreiheit von Vollzugsorganen vgl Rz 1 (am Ende).

35) Von Berichten zu unterscheiden sind Weisungen zur Sachbehandlung (§§ 29 ff StAG).

36) Vgl Rz 43, 186, 502.

37) Vgl § 2 Abs 1 zweiter Satz und Abs 2 StAG und § 5 Abs 1, § 12 Abs 1 zweiter Satz StPO.

38) Demnach hatte der Untersuchungsrichter „dem Verteidiger auf Verlangen zu gestatten, [...] in die Strafakten, mit Ausnahme der Beratungsprotokolle, Einsicht zu nehmen“; vgl auch § 38 Abs 3 StPO aF; soweit JMZ 604001L/II3/10 auch auf 13 Os 123/03 rekurriert, wird die unterschiedliche Rechtslage übergangen; ebenfalls übergangen wurde, dass § 51 Abs 2 StPO sich nur auf die von § 51 Abs 1 StPO genannten „Ergebnisse“ (vgl § 55 Abs 3, § 67 Abs 1, § 71 Abs 2, § 77 Abs 1, § 89 Abs 4, § 96 Abs 3, § 100 Abs 1, § 122 Abs 3, § 123 Abs 3, 6 und 7, § 124 Abs 1 und 4, § 128 Abs 1, § 134 Z 5, § 138 Abs 4, §§ 139, 140 Abs 1, § 142 Abs 1, § 143 Abs 1, §§ 145, 147 Abs 3a und 4, § 149 Abs 2, § 172 Abs 2, § 172a Abs 2, § 174 Abs 1, § 211 Abs 2, § 254 Abs 2, § 255 Abs 1, § 271 Abs 7, § 276a, § 357 Abs 2, § 366 Abs 2, § 443 Abs 2, § 491 Abs 1 Z 3, § 513 StPO; vgl auch § 323 Abs 2 StPO) und Beweisgegenstände bezieht, die angeblich bloß weite Auslegung des Begriffs „Ergebnisse“ bei *Soyer/Stuefer*, WKStPO §§ 51–53 Rz 11, demnach nicht zutrifft; eingehend: Rz 94ff; nicht differenzierend zuletzt *Mc Allister/Wess*, LiK § 51 Rz 9 (mwN).

können, und zugleich die Weisung erteilt, grundsätzlich von dem der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Anordnungs- und Bewilligungsbogens zustehenden Ermessen bei der Verweigerung von Akteneinsicht nicht Gebrauch zu machen. Grenze ist jedoch die in § 5 Abs 2 zweiter Satz StPO getroffene „bindende [...] Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei“,³⁹⁾ „[g]esetzlich eingeräumte Befugnisse [...] in jeder Lage des Verfahrens in einer Art und Weise auszuüben, die unnötiges Aufsehen vermeidet, die Würde der betroffenen Personen achtet und deren Rechte und schutzwürdige Interessen wahrt“.⁴⁰⁾ Von der Staatsanwaltschaft verlangter Respekt für Persönlichkeitsrechte bei der Gewährung von Akteneinsicht ist Gegenstand von Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO.⁴¹⁾

E. Einsatz von „Zwangsmitteln“ durch die Staatsanwaltschaft

1. „Sicherstellung“

§ 91 Abs 2 StPO hebt hervor, dass „jede Tätigkeit [...], die der Gewinnung, Sicherstellung, Auswertung oder Verarbeitung einer Information [...] dient“, „Informationseingriff“⁴²⁾ ist. Betrifft er „auf Datenträgern gespeicherte Informationen“, wird er durch „Sicherstellung“ und „Auswertung“ (§ 111 Abs 2 StPO) oder – bei „allgemein zugänglichen oder behördeninternen Informationsquellen“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz StPO) – bloß „Auswertung“ („Nutzung“) der Datenträger durchgeführt.⁴³⁾ Zwang iSd § 93 Abs 2 StPO ist kein konstituierendes Merkmal für Sicherstellung nach § 109 Z 1 lit a StPO.⁴⁴⁾ Ebenso wenig bedarf es dazu einer Verpflichtung zur Herausgabe. Auch freiwillig übergebene oder derelinquierte Gegenstände können also sichergestellt werden.⁴⁵⁾ Durch der Staatsanwaltschaft zurechenbare Bitte um freiwillige Herausgabe zur „vorläufige[n] Begründung der Verfügungsmacht über“ einen „Datenträger“⁴⁶⁾ überschreitet diese ihre Befugnis nach der StPO, weil „Durchführung“ von Zwangsmitteln⁴⁷⁾ nicht von ihr selbst zu vollziehen ist und „alle staatlichen Funktionen nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden dürfen“.⁴⁸⁾ Die Staatsanwaltschaft kann Sicherstellung anordnen, hat deren Durchführung aber den Organen von Kriminalpolizei oder Finanzstrafbehörde⁴⁹⁾ zu überlassen (§ 110 Abs 2 StPO).⁵⁰⁾ Wird „Verfügungsmacht über Gegenstände“ (auch) aufgrund von – wenn auch bloß impliziter – Vermittlung⁵¹⁾ des falschen Eindrucks von Befugnis zu strafprozessualen Einschreiten im Interesse des Staates⁵²⁾ erlangt, geschieht dies nicht durch freiwilligen Rechtsverzicht, weil der Übergeber an irrtumsfreier Disposition gehindert ist. Ganz idS bezeichnet § 105 StPO die Ermittlungsmaßnahmen des 4.–6. Abschn des 8. HptSt denn auch als „Zwangsmittel“, obgleich Information solcherart gerade nicht durch Überwindung des Willens Betroffener gewonnen wird.⁵³⁾ An freiwilliger Übergabe mangelt es auch, wenn dem Übergeber nicht zudem der Eindruck vermittelt wird, zur Übergabe verpflichtet zu sein (§ 111 Abs 1 StPO). Es macht einen entscheidenden Unterschied, ob Private um Zugang zu den auf einem Datenträger gespeich-

cherten Informationen bitten oder mit justizieller „Anscheinsvollmacht“⁵⁴⁾ für eine Staatsanwalt auftretende Personen, hinsichtlich welcher just bei rechtstreuen Menschen von vornherein Bereitschaft zu Compliance besteht. Nach § 126 Abs 1 erster Satz einer Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehende Personen sind Hilfsorgane ohne Befugnis nach der StPO,⁵⁵⁾ deren dienstliches „Verhalten“⁵⁶⁾ der Staatsanwaltschaft unter dem Aspekt prozessualen Rechtsschutzes jedoch zuzurechnen ist.⁵⁷⁾

2. Rechtsbehelfe

Gegen „vorläufige Begründung der Verfügungsmacht über“ Datenträger auf Veranlassung von Organen der Staatsanwaltschaft oder der Staatsanwaltschaft nach § 126 Abs 1 StPO zur Verfügung stehenden Personen⁵⁸⁾ kommt Betroffenen Einspruch wegen Rechtsverletzung zu, weil § 103 Abs 2 StPO nicht greift, solche „Sicherstellung“ vielmehr Durchführung eines Zwangsmittels ist, zu der die Staatsanwaltschaft keine Befugnis hat, während Betroffene nach § 106 Abs 1 erster Satz StPO idF BGBl I 2015/85 wegen Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch den damit eröffneten Zugriff auf dort gespeicherte Informationen⁵⁹⁾ zu Recht behaupten können, „durch Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt zu sein“.⁶⁰⁾ „Auf Anregung des Rechtsschutzbeauftragten“⁶¹⁾ können solche Vorgänge von der GenProk mit NBzWdG an den OGH herangezogen werden, weil mit der auf „gesetzwidrige Durchführung einer Zwangsmaßnahme“ bezogenen Wortfolge „durch die Kriminalpolizei“ im § 23 Abs 1 a StPO jene Zwangsmaßnahmen erfasst werden sollen, deren Durchführung vom Gesetz der Kriminalpolizei übertragen ist.⁶²⁾ Gesetzswidrige Arrogation von Durchführungsbefugnis wird durch die beiden ersten Fälle des

39) Vgl § 106 Abs 1 dritter Satz StPO.

40) Zur Aufsichtsbeschwerde nach § 37 StAG vgl Rz 26ff.

41) Vgl Rz 187.

42) Vgl 25 BlgNR 22. GP 119.

43) Rz 86.

44) Treffend bereits Bauer, Ausgewählte beweissichernde Zwangsmittel in der neuen StPO, ÖJZ 2008, 754 (760).

45) Entsprechendes gilt für Erkundigung; vgl § 152 Abs 2 zweiter Satz StPO; vgl auch Keplinger/Prunner/Pühringer, LiK § 110 Rz 18.

46) § 109 Z 1 lit a (§ 111 Abs 2) StPO.

47) Hier: des 1. Abschn des 8. HptSt.

48) Vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 18 Rz 2; treffend bereits Bauer, ÖJZ 2008, 754.

49) § 196 Abs 1 FinStrG; diese Ausnahme bleibt nachfolgend – weil hier nicht von Interesse – unerwähnt.

50) Vgl Rz 42, 45, 62, 64, 80, 104f, 110, 124 sowie die ausdrückliche Differenzierung von Anordnung und Durchführung von Zwangsmaßnahmen in § 23 Abs 1 a StPO; ganz selbstverständlich bereits Bauer, ÖJZ 2008, 760.

51) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 40ff.

52) Vgl § 1 erster Satz StAG.

53) Vgl Bauer, ÖJZ 2008, 760.

54) Vgl § 1029 ABGB.

55) Vgl Rz 3, 29f.

56) Vgl § 106 Abs 1 dritter Satz StPO.

57) Vgl demgegenüber das Anzeigerecht Privater nach § 80 Abs 1 erster Satz StPO.

58) Vgl auch Rz 3, 91, 317; die Zurechenbarkeit beruht auf dem dienstlichen Verlangen als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft.

59) RIS-Justiz RS0133323; RS0133324; RS0133225; RS0133676; RS0130853; vgl auch Rz 110.

60) § 106 Abs 1 erster Satz StPO; vgl Rz 150, 298, 317, 319, 321, 325.

61) Vgl Rz 26.

62) Vgl Rz 106 und Ratz, WK-StPO § 292 Rz 18/5.

§ 23 Abs 1 a StPO daher zwanglos erfasst und bedeutet Rechtsverletzung iSv § 106 Abs 1 Z 2 StPO, „weil [...] eine [...] Zwangsmaßnahme unter Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt wurde“. ⁶³⁾ Die Rechtsverletzung wiegt umso schwerer gegenüber Personen, die zur Vernehmung vorgeladen oder gar Ladungszwang nach § 153 Abs 2 letzter Satz StPO ausgesetzt wurden. ⁶⁴⁾

3. „Auswertung“

Leitung und Führung des Ermittlungsverfahrens sind von der Durchführung von Ermittlungen zu unterscheiden. ⁶⁵⁾ „Auswertung“ von „auf Datenträgern gespeicherte[n] Informationen“ gehört zur „Durchführung“ einer Sicherstellung nach § 111 Abs 2 StPO und ist daher Sache der Kriminalpolizei. ⁶⁶⁾ Dass nach § 103 Abs 2 StPO „[d]ie Staatsanwaltschaft auch selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2) durchführen [kann]“, bedeutet keineswegs die Aufgabe jeder Art von checks and balances zwischen Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. ⁶⁷⁾ Erlaubnis, „auch selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2)“ durchzuführen, ist nicht Erlaubnis zu jeder Art von Ermittlung nach § 91 Abs 2 StPO, ⁶⁸⁾ sodass spezielle Vorschriften über Ermittlungsbefugnis, wie § 110 Abs 2 (§ 111 Abs 2) StPO, vorgehen. Bei der Durchführung von „Sicherstellung“ iS der mit diesem Begriff überschriebenen §§ 110–114 StPO wird der Staatsanwaltschaft gezielt nur vereinzelt Befugnis als lex specialis gegenüber § 110 Abs 2 StPO zugestanden (§ 5 Abs 1 erster Satz StPO) ⁶⁹⁾ und „Auswertung“ von „auf Datenträgern gespeicherte[n] Informationen“, die § 111 Abs 2 StPO ausdrücklich als Phase von „Sicherstellung“ iW S begreift, ⁷⁰⁾ gehört nicht dazu. Demnach steht es der Staatsanwaltschaft nicht zu, die Kriminalpolizei an der Ausübung ihrer Befugnis zur „Auswertung“ – wie dargelegt, zwingend – von ihr und nicht der Staatsanwaltschaft sicherzustellender Datenträger zu hindern. Zwar kann sie es wirksam anordnen, darf es aber nicht, sodass solche Anordnung Fehlgebrauch von Anordnungsbefugnis (§ 98 Abs 1 zweiter Satz, § 99 Abs 1 StPO) begründet, weil sie vom Gesetz angelegte interne Kontrollmechanismen im Ermittlungsverfahren unterläuft. Vielmehr regelt § 103 Abs 1 zweiter Satz StPO unmissverständlich und speziell, worauf das Gesetz die Staatsanwaltschaft bei der Kriminalpolizei gesetzlich zukommenden Ermittlungen beschränkt: Sie darf sich daran „beteiligen und dem Leiter der kriminalpolizeilichen Amtshandlung einzelne Aufträge erteilen, soweit dies [...] zweckmäßig ist“ – nicht mehr und nicht weniger. ⁷¹⁾ Sie darf nach § 101 Abs 1 zweiter Satz StPO zwar ein „Ermittlungsverfahren“, nicht aber gesetzlich zulässige Ermittlungen der Kriminalpolizei unterbinden. Was § 103 Abs 2 StPO anspricht, sind „Augenschein“ nach dem 9., ⁷²⁾ „Erkundigungen und Vernehmungen“ nach dem 10. und Ermittlung und Beweisaufnahme durch Sachverständige nach dem 3. Abschn des 8. HptSt, die auch im zweiten Satz des § 91 Abs 2 StPO gemeint sind. ⁷³⁾ Dass die StPO ungeachtet der massiven Machtverlagerung vom Gericht zur Staatsanwaltschaft durch BGBl I 2004/19 auf letzte Barrieren gegen ungeteilte Machtfülle der „Anklagebehörde“ nicht verzichtet, ⁷⁴⁾ zeigt

die gezielte Einzelermächtigung des § 99 Abs 2 zweiter Satz StPO ebenso wie die Tatsache, dass § 93 StPO unmittelbaren Zwang der Kriminalpolizei vorbehält und § 138 Abs 4, § 139 Abs 1, 2 und 4, ebenso wie § 145 Abs 1, 2 und 3 StPO die Staatsanwaltschaft nur in Betreff der „Ergebnisse“ erwähnt, nicht deren Gewinnung im Rahmen der Durchführung der jeweiligen Zwangsmittel, und zwar im Gegensatz zu § 112 Abs 2 dritter bis fünfter Satz StPO. ⁷⁵⁾ Die Staatsanwaltschaft darf also auch dann, wenn sie es für „zweckmäßig“ erachtet, der Kriminalpolizei vorbehaltene „Ermittlungen“ nicht an deren Stelle „durchführen“. „Zugang zu [auf Datenträgern gespeicherte{n}] Informationen“ ist nach § 109 Z 1 lit a, § 111 Abs 2 StPO maW der zur Durchführung der Sicherstellung der Datenträger allein befugten Kriminalpolizei „zu gewähren“, die denn auch mithilfe solchen Zugangs aus den gespeicherten Informationen die „zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ (§ 91 Abs 2 erster Satz StPO) nötigen „Ergebnisse“ nach § 95 erster Satz StPO „derart schriftlich festzuhalten [hat], dass ihr wesentlicher Inhalt nachvollzogen werden kann“, um sodann nach Maßgabe von § 100 StPO der Staatsanwaltschaft (auch) darüber zu berichten. ⁷⁶⁾ Will sich die Staatsanwaltschaft an der Auswertung nach § 103 Abs 1 zweiter Satz StPO beteiligen, kann sie das auch durch „besondere Einrichtungen oder bei ihnen dauernd angestellte Personen“ iSd § 126

63) Rechtsschutz über Unwirksamkeit der „Verfügungsmacht“ ginge faktisch ins Leere und wäre nicht effektiv iSd Art 13 EMRK.

64) Vgl Rz 125.

65) Vgl Rz 34 ff, 101, 124, 347.

66) Vgl Ratz, Aktuelle Rechtsprobleme des Ermittlungsverfahrens, ÖJZ 2021, 772 (779); vgl auch Rz 86, 324 (FN 822).

67) Vgl nur § 98 Abs 1 erster Satz StPO, der auch bei der „Führung“ von Ermittlungsverfahren primär Kooperation, nicht Isolation verlangt; vgl auch 25 BlgNR 22. GP 1f, 7, 9, 20, 134f, 137–139.

68) So verzichtet § 152 Abs 2 erster Satz StPO ganz selbstverständlich auf die Erwähnung der Staatsanwaltschaft, weil § 103 Abs 2 StPO dieser keine Befugnis zu verdeckter Ermittlung oder Scheingeschäften gibt; vgl auch § 133 Abs 3 erster Satz StPO, der § 110 Abs 2 StPO entspricht, weiters § 118 Abs 2, § 119 Abs 1, §§ 120, 122 Abs 1 und 2, § 123 Abs 3, § 124 Abs 2 und 3, § 131 Abs 2 und 3, § 133 Abs 1 und 3, § 137 Abs 1, § 138 Abs 4 und 5, § 139 Abs 1 und 2, § 142 Abs 1, § 145 Abs 1 und 2, woraus unmissverständlich klar wird, dass § 103 Abs 2 erster Satz StPO nicht jede Durchführung von Ermittlung iSd § 91 Abs 2 erster Satz StPO meint.

69) Vgl §§ 112–113 StPO.

70) Vgl 14 Os 51/18h EvBl-LS 2019/15, wo treffend zwischen „Datenträger“ als „Objekt der eigentlichen ‚Sicherstellung‘ (als Gegenstand iSd § 109 Z 1 lit a StPO)“ und „Zugriff auf (immaterielle elektronische) Daten“ unterschieden und beides als Durchführung von „Sicherstellung“ nach dem 1. Abschn des 8. HptSt der StPO begriffen wird; vgl auch Tipold/Zerbes, WK-StPO Vor § 110 Rz 5, § 110 Rz 57, § 111 Rz 12, 13, 14, 14/5; Keplinger/Prunner/Pühringer/Rebisant, LiK § 109 Rz 6ff; Keplinger/Prunner/Pühringer, LiK § 111 Rz 6ff; Kroschl in Schmölzer/Mühlbacher, StPO § 111 Rz 10; Bertel/Venier, Komm StPO Vor § 109, § 111 Rz 2; Fabrizy/Kirchbacher, StPO ¹⁴⁾ § 110 Rz 2, § 111 Rz 8; Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 7.179, 7.192f.

71) Vgl Rz 42, 64, 75, 474, 478.

72) § 149 Abs 1 Z 1 StPO verlangt dafür „unmittelbare sinnliche Wahrnehmung“.

73) Rz 40, 62f, 64, 109–111, 124.

74) Vgl auch das Resümee von Jabloner, Der Grundrechtsschutz in Strafsachen 20f: „Die Verteilung der Zuständigkeiten auf das Innen- und das Justizressort [...] balanciert die Gewalten und steht so letztlich im Dienst des Rechtsschutzes. Sie bewirkt [...] den Willen zur stets kritisch reflektierten Zusammenarbeit.“

75) Vgl auch § 143 Abs 1 erster Satz StPO.

76) Vgl § 101 Abs 4 StPO.

Abs 1 erster Satz StPO tun.⁷⁷⁾ Bleibt anzumerken, dass § 103 Abs 1 zweiter Satz nicht unbeschränkt, sondern nur „*einzelne*“ Aufträge bei Beteiligung an Amtshandlungen der Kriminalpolizei gestattet. Verfügen weder Kriminalpolizei noch Staatsanwaltschaft über das zur „*Auswertung*“ erforderliche besondere Fachwissen, kann die Staatsanwaltschaft solche „*Ermittlung*“ (§ 91 Abs 2 erster Satz StPO) nach § 103 Abs 2 zweiter Satz StPO „*durch einen Sachverständigen durchführen lassen*“, demnach aus Eigenem (§ 101 Abs 2 StPO) oder auf ein nach § 126 Abs 5 erster Satz StPO gestelltes Verlangen auch „*im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme*“ (§ 104 StPO).⁷⁸⁾ Auch bloß quantitativer Mangel an fachlichen Ressourcen verpflichtet nach § 126 Abs 1 erster Satz StPO zur Sachverständigenbestellung, und § 101 Abs 2 zweiter Satz, § 192 StPO, § 8 Abs 1 StAG lassen keinen Zweifel, dass Schwerpunktsetzung legitimen „*Interessen des Staates [...] in der Strafrechtspflege*“ (§ 1 erster Satz StAG) entsprechen kann.

4. Auswertung durch Sachverständige im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme

In den Fällen des § 101 Abs 2 zweiter Satz StPO muss die Staatsanwaltschaft Auswertung durch einen Sachverständigen im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme beantragen, ohne dass dieser „*Aufgabe*“ ein subjektives Recht entspricht, das mit Einspruch wegen Rechtsverletzung geltend gemacht werden könnte.⁷⁹⁾ Es darf dabei nur um Auswertung im Zusammenhang mit zuvor von der Staatsanwaltschaft festzulegenden entscheidenden Tatsachen gehen,⁸⁰⁾ also nicht um unzulässige Bestellung eines Sachverständigen zu Rechtsfragen. Besondere Behandlung von Verdächtigen, an denen „*ein besonderes öffentliches Interesse besteht*“, wird vom Gesetz ausdrücklich verlangt. Dabei hätte der Richter in sinngemäßer Anwendung des § 139 StPO vorzugehen. **Gezieltes Suchen der Staatsanwaltschaft nach Hinweisen „auf die Begehung einer anderen als der Straftat“, derentwegen die Sicherstellung vorgenommen worden ist,⁸¹⁾ ist so von vornherein unterbunden.** Bei (echten) Zufallsfunden hätte das Gericht die Staatsanwaltschaft nach § 104 Abs 2 letzter Satz StPO zu informieren, sonst aber strafrechtserhebliche Informationen säuberlich von anderen zu trennen und zu verfügen, dass diese nicht zum Akt genommen werden.⁸²⁾ Über gerichtliche Beweisaufnahme durch einen Sachverständigenbefund (also nur „*Auswertung*“ nach Maßgabe des zuvor von der Staatsanwaltschaft festgelegten Obersatzes des sogenannten Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung) **wird auch Persönlichkeitsverletzungen durch Weitergabe strafrechtlich unerheblicher Information an einen Untersuchungsausschuss wirksam entgegengewirkt**, soweit umgehende Rückgabe oder Löschung gesichteter Daten beantragt wird, sodass sich – weil diese nicht mehr vorhanden sind – die Übergabe durch die BMJ an den Untersuchungsausschuss nicht stellt. Das Gericht hat nämlich effektiven Grundrechtsschutz zu garantieren, daher § 76 Abs 4 Z 2 StPO grundrechtskonform iS der Rsp des OGH als oberster Instanz in Strafrechtssachen (Art 92 Abs 1 B-VG)⁸³⁾ anzuwenden und mangels Überwiegen strafprozessualer Interessen

einschlägige Informationen aus der Hand zu geben, darf sie also nicht der BMJ zur Weiterleitung nach § 27 VO-UA überlassen.⁸⁴⁾ Dessen ungeachtet hätte sich die BMJ – nunmehr ausdrücklich – auf das Verbot der Weitergabe im Strafverfahren nicht benötigter, dort sichergestellter Daten nach § 76 Abs 4 Z 2 StPO und darauf zu berufen, dass Beschwerdeführung nach Art 138b Abs 1 Z 7 B-VG keinen iSd Art 13 EMRK effektiven Schutz des Grundrechts auf Privat- und Familienleben nach Art 8 EMRK ermöglicht,⁸⁵⁾ daher nur kommissarischer Rechtsschutz über entsprechende Anzeige der BMJ der völkerrechtlichen Verpflichtung der EMRK genügen kann.⁸⁶⁾ Das Problem stellt sich nicht, wenn im Fall gerichtlicher Beweisaufnahme durch einen Sachverständigen – wie erwähnt – Unerhebliches gleich zurückgestellt wird.

5. „Durchführung“ von „Zwangsmitteln“ im Allgemeinen

Wie dargelegt, ist die **Durchführung von Zwangsmitteln im hoheitlichen Vollzug** (Art 18 Abs 1 B-VG) – abgesehen von der in § 103 Abs 1 zweiter Satz StPO der Staatsanwaltschaft eingeräumten Befugnis zur Beteiligung daran und zu „*einzelne[n]*“⁸⁷⁾ Aufträgen dabei – **der Kriminalpolizei vorbehalten, soweit nicht der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht Befugnis zur oder bei der „Durchführung“ von Ermittlungen** – hier: von Zwangsmitteln – **zukommt**. Ersteres geschieht durch § 103 Abs 2 StPO für „*Augenschein*“ nach dem 9., „*Erkundigungen und Vernehmungen*“ nach dem 10. und Ermittlung und Beweisaufnahme durch Sachverständige nach dem 3. Abschn des 8. HptSt, die auch im zweiten Satz des § 91 Abs 2 StPO gemeint sind, Letzteres in Betreff einzelner bezüglich der Durchführung des jeweiligen Zwangsmittels bindend geregelter Vorgänge,⁸⁸⁾ zB in §§ 112f StPO bezüglich der Sicherstellung „*von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern*“. Die Regelungen sind „*klar und eindeutig*“,⁸⁹⁾ und **Art 83 Abs 2 B-VG wird verletzt, wenn die Staatsanwaltschaft „eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt“**.⁹⁰⁾ Da „*ein subjektives Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter*“ besteht,⁹¹⁾ ist der Vorgang vom Einspruch wegen Rechtsverletzung erfasst. **Aus dem Umstand, dass die Durchführung eines Zwangsmittels „nach diesem Ge-**

77) § 2a Abs 5 StAG zeigt allerdings, dass der WKStA nach § 126 Abs 1 erster Satz StPO „*Experten aus dem Finanz- oder Wirtschaftsbereich zur Verfügung stehen*“ sollen, nicht aber zB Experten aus dem Bereich von Politologie oder Informatik.

78) Vgl auch § 147 Abs 3a dritter und vierter Satz StPO.

79) Vgl Ratz, ÖJZ 2020, 779.

80) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 3ff; instruktiv Sadoghi, Anfangsverdachtsermittlung, ÖJZ 2021, 363.

81) Vgl § 122 Abs 2, § 140 Abs 2 StPO.

82) Vgl Rz 93, 492ff.

83) Vgl 11 Os 56/20z, 14 Os 35/21k RIS-Justiz RS0133323.

84) Vgl den Hinweis zu UA 3/2020 EvBl 2021/14.

85) Vgl zuletzt VfGH 25. 9. 2021, UA 6/2021.

86) Vgl Rz 47–49.

87) Zu Befugnis „*in einzelnen Angelegenheiten*“ vgl Art 94 Abs 2 B-VG.

88) Vgl § 106 Abs 1 dritter Satz, § 87 StPO.

89) Vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 83 Rz 6.

90) Vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 83 Rz 4.

91) Vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 83 Rz 4.

setz⁹²⁾ – **ausnahmsweise** (vgl den 6. Abschn des 8. HptSt der StPO: „Automationsunterstützter Datenabgleich“) – **nicht gegenüber der Kriminalpolizei angeordnet werden muss**,⁹³⁾ folgt nicht die Befugnis zur Durchführung eines solchen Zwangsmittels. Durch derart unmittelbare Anordnung gegenüber Betroffenen begibt sich die Staatsanwaltschaft vielmehr der Befugnis zur Beteiligung an und zu einzelnen Aufträgen bei der Durchführung nach § 103 Abs 1 zweiter Satz StPO. Anders als die Staatsanwaltschaft, dürfen sich Gerichte an von ihnen angeordneten „Ermittlungen“ weder „beteiligen“ noch „einzelne Aufträge erteilen“, auch nicht hinsichtlich des Einsatzes von „Zwangsgewalt“ nach § 93 StPO. Allerdings können auch sie Anordnungen „für die Durchführung“ der solcherart von ihnen angeordneten „Zwangmaßnahmen“ (weil „Zwangsmittel“) treffen, ebenso wie „für die Durchführung“ einer „gerichtlichen Beweisaufnahme“.⁹⁴⁾

F. Suche nach Hinweisen „auf die Begehung einer anderen [...] Straftat“

Wird ohne gesetzliche Deckung, also willkürlich, nach unbekanntem Straftaten gesucht, wird ein aus § 5 Abs 1 erster Satz StPO ableitbares Beweiserhebungsverbot begründet.⁹⁵⁾ Es geht nicht um Zufallsfunde, sondern um „unreasonable searches“, also um Einsatz staatlicher Befugnis ohne empirisch fassbaren Anlass, demnach Fehlgebrauch von Ermittlungsbefugnis – hier nicht angesichts fehlenden Obersatzes, sondern angesichts fehlenden Anfangssubstrats für den Untersatz im Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung.⁹⁶⁾ Aus dem Bestehen eines Beweiserhebungsverbots (Beweisthemen, -mittel oder -methodenverbot) folgt allerdings keineswegs zwingend auch ein Verwendungs- oder Verwertungsverbot. Die Leitentscheidungen des OGH sind 13 Os 83/08t EvBl-LS 2008/40 und – daran anknüpfend – 14 Os 46/09k, 47/09g EvBl 2009/131.⁹⁷⁾ Nach EvBl 1992/197 bedarf es sogar stets einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung. Dessen ungeachtet kann mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrter Rechtsverletzung annähernd gleich schwere Rechtsverletzung aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO erfolgreich geltend gemacht werden.⁹⁸⁾ So werden Verstöße gegen § 123 Abs 6 und 7 StPO aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO für anfechtbar gehalten.⁹⁹⁾ Werden Datenträger nach Hinweisen für „die Begehung einer anderen strafbaren Handlung als derjenigen, die Anlass zur“ Sicherstellung des Datenträgers (§ 111 Abs 2 StPO) war, maW nach Zufallsfunden durchsucht,¹⁰⁰⁾ wird gegen § 5 Abs 1 erster Satz StPO verstoßen. Gezielte Suche nach nicht vom Verfahrensgegenstand erfassten Straftaten wird nicht nach § 91 Abs 2 letzter Satz StPO „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“, veranstaltet, womit eine ausdrückliche Eingriffsgrundlage in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen fehlt.¹⁰¹⁾ Das ändert zwar nichts an der Verpflichtung, Erhebliches zu den Akten zu nehmen, wenn das Gesetz nicht zu Vernichtung oder getrennter Aufbewahrung verpflichtet,¹⁰²⁾ die StPO sieht aber eine Art Suche nach Zufallsfunden nur durch Datenabgleich iSd 6. Abschn des 8. HptSt vor (im Verhältnis mehrerer Datenverarbeitungen zueinander), und

zwar – soweit hier von Interesse – mit Bezug auf rechtmäßig ermittelte Daten (§ 141 Abs 2 StPO), „um Personen festzustellen, die auf Grund dieser Merkmale als Verdächtige in Betracht kommen“ (§ 141 Abs 1 StPO). Es geht also um unbekannte Täter einer bekannten Straftat.¹⁰³⁾ Ist die Straftat nicht bekannt, scheidet Datenabgleich aus. Der Datenabgleich darf zudem nur aufgrund gerichtlicher Bewilligung durchgeführt werden, und ohne solche Bewilligung ermittelte Daten unterliegen der ausdrücklichen Vernichtungsanordnung des § 89 Abs 4 StPO, sodass Gleichwertigkeit im Verhältnis zu mit ausdrücklicher Nichtigkeit bewehrten Vorschriften zwanglos zu bejahen ist.¹⁰⁴⁾ Überflüssig, die Rsp von VfGH und EuGH zur Vorratsdatenspeicherung zu erwähnen.¹⁰⁵⁾ Wird – unter dem Aspekt einer gesetzlichen Vernichtungsanordnung – Vergleichbarkeit mit Datenabgleich verneint, hat nach Maßgabe von 14 Os 46/09k, 47/09g (wonach „Herstellung des rechtmäßigen Zustands aufgrund einer über Einspruch wegen Rechtsverletzung oder Beschwerde des Beschuldigten [oder einer gesetzlich gleichgestellten Person] für unzulässig erklärten Ermittlungsmaßnahme [...] dort, wo es an einer gesetzlichen Vernichtungsanordnung fehlt, bloß [bedeutet], dass solcherart erlangte Beweismittel ohne Einverständnis des Beschuldigten zu dessen Nachteil [...] weder für die Entscheidung über die Beendigung des Ermittlungsverfahrens [§§ 91 Abs 1, 210 Abs 1 StPO] noch zur Begründung eines Festnahme oder Untersuchungshaft dieses Beschuldigten zugrunde liegenden Tatverdachts verwendet werden dürfen“) die rechtswidrig erhobene Information unter dem Aspekt der Z 2 und 3 des § 212 (§ 485 Abs 1 Z 2 und 3) StPO außer Betracht zu bleiben. In der HV aber kann – aus § 281

92) Vgl § 106 Abs 1 Z 1 StPO.

93) Vgl auch § 196 Abs 1 zweiter Satz FinStrG.

94) Rz 115; zu § 105 Abs 2 erster Satz, § 108a Abs 3 zweiter Satz, § 174 Abs 1 vierter Satz StPO sa Rz 61, 64f, 75, 101, 110, 114, 131–133, 170, 633 (FN 1631).

95) Instrukтив zuletzt schwBG 2. 11. 2020, 1B_487/2020, forumpoenale 2021/33 (S 366) m Anm von Jeker; demnach ist im sog Entschleunigungsverfahren „auch das Vorliegen eines hinreichend konkreten Tatverdachts sowie die Untersuchungsrelevanz der zur Beweissicherung beschlagnahmten und versiegelten Dokumente und Dateien“ und „nicht nur zu untersuchen, ob von den Betroffenen angerufene schutzwürdige Geheimnisinteressen oder andere gesetzliche Entseigelungshindernisse einer Durchsuchung entgegenstehen“ – „Umfelderhebung“ und „allgemeine Hinweise auf die Persönlichkeit des Beschwerdeführers“ genügt als Begründung nicht – vielmehr gilt: „Die Zwangsmaßnahmen, vorliegend die Durchsuchung eines Mobiltelefons, müssen [...] einen engen Sachzusammenhang zum Gegenstand der Strafuntersuchung aufweisen bzw für die angestrebten Untersuchungszwecke unentbehrlich sein“, sodass sich – wie in der Anm hervorgehoben – „die richterliche Triage nicht bloss auf gesetzlich geschützte, sondern auch auf für die Untersuchung [also den Verfahrensgegenstand] nicht relevante Informationen bezieht“.

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

97) Vgl RIS-Justiz RS0124162.

98) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 195, 337.

99) Vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 176.

100) Diese Sachverhaltsannahme wäre Gegenstand eines Freibewei- ses; vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 40ff.

101) Vgl Rz 23, 480f, 492, 496; vgl auch § 353 Z 1 letzter Fall StPO.

102) Vgl Rz 488.

103) Unzulässig und grundrechtsverletzend (Art 6 Abs 2 EMRK) daher auch für Beschwerdeerledigung entbehrliche Verdachtsannahmen zu Mitbeschuldigten, also abseits des Gegenstands der Befassung eines Beschwerdeggerichts; vgl auch Rz 146ff.

104) Vgl auch Rz 97 (FN 320), 197, 497 (FN 1281).

105) Vgl VfGH G 47/2012 ua; EuGH C-293/12 ua; vgl auch § 147 Abs 3a letzter Satz und Abs 4 StPO; Rz 45, 268ff.

Abs 1 Z 4 StPO mit Nichtigkeit bewehrt – der Antrag gestellt werden, die Information nicht vorkommen zu lassen, soweit ohne diese der Einspruchsgrund nach § 212 Z 3 StPO zu bejahen wäre.¹⁰⁶⁾ Allein durch Aussagen des betroffenen Beschuldigten wird das Verwendungsverbot übrigens nicht beseitigt, weil von einem Subjekt des Verfahrens nicht verlangt werden darf, sozusagen alles auf eine Karte zu setzen, also nur hypothetisch zu argumentieren, und nicht Verteidigungsmöglichkeiten zur Rechtfertigung, Entschuldigung oder Schuldminderung ins Treffen zu führen. Gegen eine Obliegenheit zu hypothetischer Argumentation spricht auch, dass darauf fußende Beweisaufnahme, etwa auf Vernehmung von Entlastungszeugen, als sog Erkundungsbeweis unzulässig wäre. **Soweit Kontrollbeweise nur auf Angaben des betroffenen Beschuldigten (§ 48 Abs 2 StPO) beruhen, wären sie demnach den in Überschreitung des Prozessgegenstands (durch Auswertung) ermittelten, nicht bloß zufällig sich ergebenden Hinweisen gleichzuhalten.**¹⁰⁷⁾ Subsidiarität gegenüber Rechtsbehelfen des Ermittlungsverfahrens ist der Anfechtungsbefugnis durch Nichtigkeitsgründe fremd: § 281 Abs 1 Z 2 und 3 StPO sehen – zu Recht, schon weil dort nicht stets Verteidigerzwang besteht – keine Obliegenheit zum Tätigwerden im Ermittlungsverfahren vor, sodass es darauf auch aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO nicht ankommen kann.¹⁰⁸⁾ Auch besteht weder im Verfahren über einen Anklageeinspruch noch danach Bindung an eine im Ermittlungsverfahren getroffene Gerichtsentscheidung zur Zulässigkeit der Auswertung.¹⁰⁹⁾ Schließlich könnte zwar nicht die Zulässigkeit, wohl

aber der Erfolg eines Einspruchs wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO durch unverzügliches Einbringen der Anklage unterlaufen werden, weil sich § 107 Abs 1 letzter Satz StPO auf Einsprüche vor Einbringen der Anklage bezieht¹¹⁰⁾ und es danach für ein Verlangen nach Rechtsgewährung zu spät wäre. Die Staatsanwaltschaft kann nämlich im Hauptverfahren mangels einer § 107 Abs 1 letzter Satz StPO vergleichbaren Kompetenz „Ausübung eines Rechtes nach diesem Gesetz“ weder verweigern noch gewähren. **Im Ermittlungsverfahren schließlich ist in Betreff der auf sichergestellten „Datenträgern gespeicherte[n] Informationen“ (§ 111 Abs 2 StPO) auch beschuldigten oder verdächtigen (§ 48 Abs 1 Z 1 und 2 StPO) Betroffenen iSd Art 13 EMRK wirksamer Persönlichkeitsschutz gegenüber Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft über ein bei dieser gestelltes Verlangen nach einem an § 138 Abs 4, § 139 Abs 1 zweiter Satz, Abs 2 erster Satz und Abs 4 erster Satz [erster Fall] und zweiter Satz StPO ausgerichteten Vorgehen eröffnet, gegen dessen Verweigerung Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 Abs 1 Z 1 StPO) zulässig ist.** § 106 Abs 1 dritter Satz StPO greift nicht, weil § 5 Abs 1 erster Satz StPO von einer bindenden Regelung nicht absieht.¹¹¹⁾

106) Vgl 14 Os 46/09k, 47/09g; vgl auch Rz 519ff, insb 524, 535, 538.

107) Zum Auslesen online vgl *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 111 Rz 14/1f.

108) Vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 634/1.

109) Vgl aber Rz 240, 568 und *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 41.

110) Vgl 2402 BlgNR 24. GP 11.

111) 11 Os 56/20 z EvBl 2020/159, 14 Os 35/21 k EvBl 2021/114, mit zustimmender Anm von *Divjak*; Rz 499.

→ In Kürze

- Unabhängigkeit der Richter, Trennung von Justiz und Verwaltung und Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von den Gerichten sind strikt auseinanderzuhalten.
- Beweiswürdigung und Sachverhaltsannahmen gehören nur in dem für deren Rechtfertigung erforderlichen Umfang in eine Anordnung. Bei deren Bewilligung ist darauf Rücksicht zu nehmen. Keinen Platz im Ermittlungsakt haben beweiswürdige Überlegungen der Staatsanwaltschaft durch Bewertung von Informationen.
- Anordnungen und Bewilligungen sind Gegenstand des Ermittlungsakts, woraus aber keineswegs „bindend“ ein subjektives Recht auf Akteneinsicht folgt. Vielmehr sieht das Gesetz ua in Betreff des Anordnungs- und Bewilligungsbogens samt Anordnung und Bewilligung von Zwangsmitteln „von einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei ab [...]“ (§ 106 Abs 1 dritter Satz StPO) und gewährt „bindend“ nur Einsicht in „Ergebnisse“ und „Beweisgegenstände“ (§ 51 Abs 1 StPO). In einem Erlass des BMJ wurde zutreffend erkannt, dass Persönlichkeitsrechte der Gewährung von Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren entgegenstehen können, und zugleich die Weisung erteilt, grundsätzlich von dem der Staatsanwaltschaft in Betreff des Anordnungs- und Bewilligungsbogens zustehenden Ermessens bei der Verweigerung von Akteneinsicht nicht Gebrauch zu machen.
- Zwang iSd § 93 Abs 2 StPO ist kein konstituierendes Merkmal für Sicherstellung nach § 109 Z 1 lit a StPO. Ebenso wenig bedarf es dazu einer Verpflichtung zur Herausgabe. Auch freiwillig übergebene oder derelinquierte Gegenstände können also sichergestellt wer-



den. Die Staatsanwaltschaft kann Sicherstellung anordnen, hat deren Durchführung aber den Organen von Kriminalpolizei oder Finanzstrafbehörde zu überlassen. „Auswertung“ von „auf Datenträgern gespeicherte[n] Informationen“ gehört zur „Durchführung“ einer Sicherstellung nach § 111 Abs 2 StPO und ist daher Sache der Kriminalpolizei. Was § 103 Abs 2 StPO meint, sind „Augenschein“ nach dem 9., „Erkundigungen und Vernehmungen“ nach dem 10. und Ermittlung und Beweisaufnahme durch Sachverständige nach dem 3. Abschn des 8. HptSt, die auch im zweiten Satz des § 91 Abs 2 StPO angesprochen werden.

→ Wird ohne gesetzliche Deckung, also willkürlich, nach unbekanntem Straftaten gesucht, wird ein aus § 5 Abs 1 erster Satz StPO ableitbares Beweiserhebungsverbot begründet. Wird Vergleichbarkeit mit Datenabgleich verneint, hat die rechtswidrig erhobene Information gleichwohl unter dem Aspekt der Z 2 und 3 des § 212 StPO außer Betracht zu bleiben. In der HV aber kann – aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO mit Nichtigkeit bewehrt – der Antrag gestellt werden, die Information nicht vorkommen zu lassen, soweit ohne diese der Einspruchsgrund nach § 212 Z 3 StPO zu bejahen wäre.

→ Zum Thema

Über den Autor:

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

Vom selben Autor erschienen:

Rechtsmittel gegen Urteile und Grundlegendes zum Rechtsschutz im Strafverfahren² (2020); Verfahrensführung und

Rechtsschutz nach der StPO (2021); Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis der StPO, ÖJZ 2018, 951; Zum Rechtsschutz in Betreff des 11. HptSt der StPO, ÖJZ 2019, 759; Vom Übergang in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren, ÖJZ 2020, 353; Fortführungsanträge und deren Erledigung, ÖJZ 2020, 542; Führung von Ermittlungsverfahren und Ermittlungsakt, ÖJZ 2020, 865; Anklagegrundsatz und Rechtsschutz gegen Ermittlungsverfahren sowie deren „unnötige Verzögerung“, ÖJZ 2020, 1071; Aktuelle Rechtsprobleme des Ermittlungsverfahrens, ÖJZ 2021, 772.

Link:

Recht Aktuell 5/2021: Workstory „Das Grundlagenwerk zur Strafprozessordnung“: https://www.manz.at/rechtaktuell/workstory/2021/05/das-grundlagenwerk-zur-strafprozessordnung?utm_campaign=ra_202105&utm_source=rechtaktuell_feature&utm_medium=email&utm_content=textlink

→ Literatur-Tipp



Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO (2021)

MANZ Bestellservice:

Tel: +43 (0)1 531 61-100

Fax: +43 (0)1 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter

www.manz.at



Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen

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

89. Jahrgang – Nr 8 – 14

→ Mietzinsentfall während COVID-19-Lockdown

§ 1104 ABGB (§ 1096 ABGB)

→ Die COVID-19-Pandemie ist eine „Seuche“ iSd § 1104 ABGB. Hoheitlich angeordnete pandemiebedingte Betretungsverbote für Geschäftsräume in Bestandsobjekten können zu deren Unbenutzbarkeit führen. Für die Frage der Unbenutzbarkeit des Bestandgegenstands kommt es auf die Erfüllung des vertraglichen Geschäftszwecks an. Ist der bedungene Gebrauch des Bestandsobjekts durch Kundenverkehr gekennzeichnet, so führt ein Betretungsverbot aus Anlass der COVID-19-Pandemie zur gänzlichen Unbenutzbarkeit des Bestandsobjekts.

→ Für die Beurteilung der vertragsgemäßen Nutzungsmöglichkeit kommt es auf das konkrete Bestandsobjekt und nicht auf das übrige geschäftliche

Sachverhalt:

Die Kl ist Eigentümerin einer Liegenschaft in Wien, auf der sie ein **Einkaufszentrum** betreibt. Die Bekl ist **Mieterin** eines Geschäftslokals in diesem Einkaufszentrum und betreibt darin ein Nagel- und Kosmetikstudio. Das Einkaufszentrum, in dem sich ca 150 Geschäftslokale befinden, war auch während der drei behördlich angeordneten **Lockdowns** zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geöffnet, weil dort auch Geschäfte der Grundversorgung im Bereich Apotheken, Lebensmittelhandel und Drogerien etabliert sind.

Der zugrunde liegende Bestandvertrag zwischen den Streitparteien enthält auszugsweise folgende Bestimmungen:

„8. §§ 1096 und 1104 ABGB, Pönale:

[...]

Umfeld an. Der Umstand, dass ein Einkaufszentrum für bestimmte (andere) Geschäftszwecke auch während eines Lockdowns betreten werden darf, bildet keinen geschäftlichen Nutzen für einen Mieter, dessen Bestandsobjekt pandemiebedingt vom bedungenen Gebrauch ausgeschlossen ist.

→ Beim Fixkostenzuschuss handelt es sich nach der Zielrichtung um eine Förderung der betroffenen Unternehmen, um deren Liquidität sicherzustellen. Die zugrunde liegende V (samt den Richtlinien im Anhang) statuiert keine Verpflichtung für den Bestandnehmer, die staatlichen Unterstützungen an den Bestandgeber herauszugeben. Der Bestandnehmer unterliegt nach den Richtlinien aber einer (auch nachträglichen) Schadensminderungsobligiertheit gegenüber der COFAG.

8.2 Der Bestandnehmer verzichtet auf eine Minderung oder Zurückhaltung des Bestandentgelts, insb gem §§ 1096 und 1104 ABGB, sofern die Nutzung und Benutzbarkeit des Bestandsobjekts nicht durch Umstände, die der Bestandgeber zumindest grob fahrlässig zu verantworten hat, wesentlich (sowohl betreffend Umfang und Dauer) eingeschränkt wird oder dem Bestandnehmer hieraus ein erheblicher, nachweislicher Nachteil entsteht.“

Auf der Grundlage des § 1 COVID-19-Maßnahmengesetzes (BGBl I 2020/12) wurden vom Gesundheitsminister diverse V zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erlassen, die bisher auch zu drei Lockdowns führten, und zwar

- vom 16. 3. bis 30. 4. 2020 (V über vorläufige Maßnahmen BGBl II 2020/96, verlängert durch die ÄnderungsV BGBl II 2020/110 und BGBl II 2020/151), →

EvBl 2022/8

§ 1104 ABGB
(§ 1096 ABGB)

OGH 25. 11. 2021,
3 Ob 184/21 m
(LGZ Wien
39 R 143/21 z;
BG Fünfhaus
49 C 332/20 b)

Zweite Entscheidung des OGH zur Frage „Miete bei Lockdown“. Der 3. Senat bekräftigt seine erste E 3 Ob 78/21 y und nimmt erstmals zum „Fixkostenzuschuss“ Stellung.