

Das mit dem ZustG 1983 verfolgte Ziel einer „Vereinheitlichung der für die Zustellung maßgebenden Rechtsvorschriften“⁷² ist damit nur auf dem Papier gelungen. Für die Rechtspraxis erweist sich die im Gesetzestext nicht anklingende, bloß aus der bisherigen Judikatur der drei Höchstgerichte ableitbare Zersplitterung des Zustellrechts hingegen als Stolperfalle. Das mahnt zu großer Vorsicht: Insb Parteienvertreter werden beim Kalendrieren von Fristen besonderes Augenmerk darauf legen müssen, an wen ein allfälliges Rechtsmittel zu richten ist.

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

E-Mail: dominik.schindl@wu.ac.at; alexander.schneider@wu.ac.at

⁷² ErläutRV 162 BlgNR 15. GP 8.

Graubereiche um und in Ermittlungsverfahren der StPO¹

Der Beitrag schnell gelesen

Mit „Begriffe der StPO und des Art 90a B-VG“ (ÖJZ 2024, 537) sollten die Struktur des Ermittlungsverfahrens als Teil des Gesamtsystems und die verfassungsrechtlichen Vorgaben sichtbar gemacht werden. Nun sollen spezielle Problemfelder begrifflich aufgeheilt werden, um geordneten Diskurs zu erleichtern. Im Einzelnen geht es um „Verhalten“ der „Staatsanwälte“ nach Organisations- und Prozessrecht, Ermessensentscheidung über „Ansprüche“ auf „Geheimhaltung“ (§ 1 DSG), Befugnisgrenzen beim „Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft“, Entscheidungen „über die vorläufige Unterbringung“, „die Berichterstattung“

nach § 6 Abs 4 SNG, das Verhältnis von Datenlöschung und Datenverwendung „nach diesem Gesetz“, zuletzt generell um Willkür im Diskurs.

Strafprozessrecht

§ 57 Abs 1–3 RStDG; §§ 46f BDG; §§ 8f, 29f, 30f, 34c, 35b StAG; § 6 Abs 4 SNG; §§ 2, 5, 27, 47, 49 Abs 2, §§ 75f, 91, 209a StPO
OGH 25. 2. 2013, 17 Os 22/12 g; 10. 5. 2023, 13 Os 30/23 w; 22. 5. 2023, 12 Os 15/23 g; 26. 2. 2024, 1 Ds 1/21 v
ÖJZ 2024/129



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

Inhaltsübersicht:

- A. „Wahrung der Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ (§ 1 StAG) „bei [...] Ausübung von Befugnissen“ (§ 5 Abs 1 erster Satz) und „Ausübung eines Rechtes“
- B. Sachverhaltsklärung und Entscheidung „im Ermittlungsverfahren“ und nach Dienstrecht der „Staatsanwälte“ (Art 90a B-VG)
 - 1. „Ermittlung“ und „Nutzung von [...] behördeninternen Informationsquellen“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz)
 - 2. (Sachverhalts-)„Klärung“ und Entscheidungsvorgang der StA, „ob ein Anfangsverdacht vorliegt“
 - 3. „Weisungen [...] zur Sachbehandlung“ und „Akteneinsicht“ nach § 29 Abs 3 StAG
 - 4. „Amtsverschwiegenheit“
 - 5. „Der kollegiale Meinungs austausch“
 - a) Transparenzgebot (§ 29 Abs 3 StAG)
 - b) Anschauungsmaterial
 - 6. „Befangtheit von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft“ (§ 47), „Vertrauen in die Rechtspflege sowie [...] Ansehen“ der „Berufsstände“ der „Richter und Staatsanwälte“ (§ 57 Abs 3 RStDG)

- a) Abgrenzung zur Richterausgeschlossenheit (§§ 44f b) § 47
- C. Entscheidung über einen „Anspruch“, Beschränkungen der „Akteneinsicht“ nach § 68 (§ 49 Abs 2) und „Trennung von Verfahren“
 - 1. Entscheidung über einen „Anspruch“
 - 2. Beschränkung der „Akteneinsicht“ nach § 68 (§ 49 Abs 2)
 - 3. Entscheidung über einen „Antrag“ auf „Trennung von Verfahren“ zur „Geheimhaltung“ personenbezogener Daten (§ 1 Abs 1 DSG)
 - 4. „Ermittlungsakt“ (§ 34c StAG) aufgrund der „Trennung von Verfahren“
- D. §§ 209a f „im Ermittlungsverfahren“
 - 1. Zulässigkeit von „Rücktritt“ nach § 209a Abs 1–3
 - 2. „Fortführung des Verfahrens“ (§ 209a Abs 6 [§ 195 Abs 1])
 - 3. Wiederaufnahme der „Verfolgung“ (§ 209a Abs 5) und § 209b Abs 2
- E. Grenzbereiche

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO; Rz beziehen sich auf Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO²; Veröff ohne Autorenangabe stammen vom Autor.

1. „Anfangsverdacht“ und „hinreichende Gründe“ für „vorläufige Unterbringung“ anstelle von Untersuchungshaft
2. „Nachrichtendienst“ und „Berichte“ (§ 6 Abs 4 SNG)
3. Beweisverwendung nach „Löschen [...] personenbezogener Daten“

F. Willkür im Diskurs

A. „Wahrung der Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ (§ 1 StAG) „bei [...] Ausübung von Befugnissen“ (§ 5 Abs 1 erster Satz) und „Ausübung eines Rechtes“

Soweit die StA die „Interessen des Staates in der Rechtspflege“ (§ 1 erster Satz StAG) unmittelbar wahrzunehmen befugt ist, indem sie selbst das Verfahren führt, werden diese von § 5 Abs 1 erster Satz nicht geschützt. Die Vorschrift schützt die Rechte natürlicher und juristischer Personen vor einem Eingriff durch „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht“, nicht diese in einem „Verfahren“ nach § 1 Abs 1 erster Satz gegen sich selbst. Die StPO gesteht zwar auch „im Ermittlungsverfahren“ der StA „Anträge“ (§ 101 Abs 2),² also „Ansprüche“ auf Entscheidung über solcherart geltend gemachte öff Rechte zu. „[B]ei der Ausübung von Befugnissen“ entscheidet die StA über ihre „Rechte“ aber selbst, greift nicht – vertikal – in sie ein und macht keinen „Anspruch“ geltend. Durch Gerichtskontrolle darüber und Weisungen erfolgt kein Eingriff in „Rechte“ der „Staatsanwälte“ (Art 90 a B-VG). Das Analogieverbot schützt demnach zwar „Täter einer Straftat“ vor Eingriff in ihre „Rechte“ nach § 209 a, „im Ermittlungsverfahren“ nicht aber die „Interessen des Staates in der Rechtspflege“. Was „Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ (§ 91 Abs 2) anlangt, stehen „Behörden und öffentliche Dienststellen [...] und Anstalten des öffentlichen Rechts“ anstelle von Rechten gem § 76 Abs 1 und 2, § 155 Abs 1 Z 2 Befugnisse zu.³ Durch „eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme“⁴ (als Gegenstand von Einspruch nach § 106 Abs 1 Z 2) können sie mangels Befugnis „nach diesem Gesetz“ nicht betroffen sein eine solche liegt maW außerhalb des Fehlerkalküls „nach diesem Gesetz“.⁵ Nur, soweit sie im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung „Ansprüche“ geltend machen,⁶ kommt auf Verweigerung von „Ausübung eines Rechtes“ gegründeter Einspruch nach § 106 Abs 1 Z 1 in Frage.

B. Sachverhaltsklärung und Entscheidung „im Ermittlungsverfahren“ und nach Dienstrecht der „Staatsanwälte“ (Art 90 a B-VG)

1. „Ermittlung“ und „Nutzung von [...] behördeninternen Informationsquellen“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz)

Findet auch „die Durchführung von Erkundigungen“ vor Beginn eines Strafverfahrens „im Ermittlungsverfahren“ statt und wird daher von § 106 Abs 1 Z 1 erfasst, gilt dies nicht für die „Nutzung von allgemein zugänglichen oder behördeninternen Informationsquellen“. Dem Gericht kommt Befugnis zur Einsicht in interne Unterlagen und Prüfung interner Vorgänge der StA denn auch nicht zu (§ 1 zweiter Satz StAG). Während „Strafregisterauskünfte“ (§ 9 StRegG) „über Verlangen“ von StA oder Kriminalpolizei zu den „behördeninternen Informationsquellen“ zählen, beginnt mit „Ersuchen“ um „Information“ aus Datenverarbeitungen anderer „Behörden und öffentlichen Dienststellen“ (§ 76 Abs 1) „das Strafverfahren“ (§ 1 Abs 2 erster Satz).⁷ Was „Einsicht in die Gerichtsakten“ angeht, zu der „[a]lle staatsanwaltlichen Behörden

[...] zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben“ nach § 33 StAG „berechtigt sind“, sieht 12 Os 92/21 b (verstSen) in der „Einsichtnahme in die (gesamte) VJ“ einen internen Vorgang, in der „Beischafter“ von Gerichtsakten hingegen „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 erster Satz durch „Amtshilfe“ (§ 76), was demnach auch für eingeholte „Auskünfte über deren Inhalt“ gilt.

2. (Sachverhalts-), „Klärung“ und Entscheidungsvorgang der StA, „ob ein Anfangsverdacht vorliegt“

Die StA kann auch für „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 letzter Satz „die erforderlichen Anordnungen“ erteilen und „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“, nach § 100 Abs 2 Z 2 „Berichte“ zu einschlägigen „behördeninternen Informationsquellen“ der Kriminalpolizei verlangen. Die Befugnis der StA, der Kriminalpolizei „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2) zu untersagen, ist nach § 101 Abs 1 zweiter Satz allerdings auf als „Strafverfahren“ geführte Ermittlungsverfahren beschränkt,⁸ eine Beschränkung, welcher § 193 Abs 1 entspricht, der die Kriminalpolizei „[n]ach Einstellung des Verfahrens“ zu „Ermittlungen“ nur auf Anordnung der StA ermächtigt. Seit Aufhebung der Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ im § 106 Abs 1 durch den VfGH⁹ unterliegen Anordnung und „Durchführung von Erkundigungen zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“ (§ 103 Abs 2) durch die StA weiterhin der Gerichtskontrolle, „Durchführung“ solcher „Erkundigungen“ durch die Kriminalpolizei aber nicht mehr, obwohl sie kein Verhalten bei „Besorgung der Sicherheitsverwaltung“ (§ 88 Abs 2 SPG), sondern Verhalten nach § 1 Abs 1 erster Satz, also „im Ermittlungsverfahren“ betreffen.¹⁰ § 2 Abs 1 „[verpflichtet] Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft“, von ihren Ermächtigungen zur „Ausübung von Befugnissen und [...] Aufnahme von Beweisen“ – iS des 8. HptSt –¹¹ „zur Aufklärung eines Anfangsverdachts“ (§ 1 Abs 2) Gebrauch zu machen. Die Verpflichtung besteht demnach erst aufgrund des positiven Abschlusses von und nicht schon „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“. Ist trotz (im Schrifttum sog) Grundverdacht¹² nicht „anzunehmen“, dass nach „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2 letzter Satz) „auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist“ (§ 1 Abs 3), besteht dazu keine „Verpflichtung“,¹³ ohne sog Grundverdacht nicht einmal Ermächtigung.¹⁴ Die Behauptung von Schmoller,¹⁵ § 2 Abs 1 habe nach dem – von ihm so bezeichneten – „Prinzip der Amtswegigkeit“ auch als Verpflichtung, „aufzuklären“, „ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“, zu gelten, ist rechtspolitisches Desiderat,

² Vgl auch § 115 Abs 2, § 115 a Abs 3, § 115 e Abs 1 und 3.

³ Vgl Rz 47, 191; Sicherstellung, Durchsuchung und Amtshilfe im Verhältnis zueinander, ÖJZ 2023, 599 (604 f) und Begriffe der StPO und des Art 90 a B-VG – „Befugnisse“, „Rechte“ und „Kümmernisse“, ÖJZ 2024, 537 (546 f); zur Zulässigkeit von Einspruch in subjektiven Rechten Betroffener bei über Ersuchen gestatteter Sicherstellung vgl Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach §§ 112 f StPO, ÖJZ 2023, 149 (155).

⁴ Zu den Begriffen vgl Rz 64, 106, 188.

⁵ Vgl ÖJZ 2024, 547 f.

⁶ Vgl §§ 64, 69.

⁷ 12 Os 92/21 b (verstSen) EvBl 2022/76; Rechtsgestaltungsakte sind nicht bloß Ersuchen.

⁸ ÖJZ 2024, 538.

⁹ VfGH G 233/2014 ua.

¹⁰ Zu § 23 Abs 1 a vgl ÖJZ 2024, 539.

¹¹ Denn auch – aber nicht nur – „Aufnahme von Beweisen“ ist „Ausübung von „Befugnissen“.

¹² Zum Begriff vgl Fuchs, Beginn des Strafverfahrens und Beschuldigtenstellung, in Liber Amicorum ECKART RATZ, 29 (34 f).

¹³ Vgl Rz 794 f, 797.

¹⁴ Vgl 14 Os 21/19 y EvBl 2019/116, Rz 509.

¹⁵ Schmoller in WK StPO § 2 Rz 3/1, 9/1.

nicht Ergebnis von Gesetzesauslegung:¹⁶ Aufklärungsverpflichtung ist für „Staatsanwälte“ und Gerichte – je nach ihrer Funktion im Verfahren – gezielt unterschiedlich geregelt, sodass es nicht weniger unangebracht wäre, von einem einheitlichen Prinzip der Aufklärungsverpflichtung zu sprechen.¹⁷ „Amtswegigkeit“ hinwiederum meint – soweit hier von Interesse – von Anträgen Privater unabhängige „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ der „Staatsanwälte“ (Art 90a zweiter Satz B-VG). § 2 Abs 1 determiniert also einen von mehreren Inhalten der Verpflichtung zu amtswegigem „Verhalten“ von „Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft“; aus dieser Verpflichtung aber folgt nichts Konkretes für deren Inhalt. Wird ein „Anfangsverdacht“ noch vor Beginn eines darauf bezogenen Strafverfahrens beseitigt, kann er als „Anfangsverdacht“ nicht (mehr) aufgeklärt werden. Da ohne „Kenntnis [bestimmter Anhaltspunkte]“ kein „Anfangsverdacht [...] angenommen werden kann“, dienen die Worte „ihnen zur Kenntnis gelangten“ nur als schmückendes – in Verbindung mit dem Indefinitpronomen „jeden“ allerdings verwirrendes – Beiwerk, sind als Anordnung unbeachtlich und bedeuten keineswegs, dass ohne weiterhin bestehenden „Anfangsverdacht“ ein „Strafverfahren“ begonnen werden muss.¹⁸

Die Verpflichtung, „aufzuklären“ (§ 2 Abs 1), gilt nicht für die „Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“.

3. „Weisungen [...] zur Sachbehandlung“ und „Akteneinsicht“ nach § 29 Abs 3 StAG

Die Erläuterung zu BGBI I 2007/112¹⁹ bezeichnen als Ziel des § 29 Abs 3 StAG „umfassende Transparenz der Ausübung des Weisungsrechts schon im Verhältnis Oberstaatsanwaltschaft zu Staatsanwaltschaft“ und als Ziel „ein deutliches Plus an Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit staatsanwaltschaftlicher Erledigungen [gegenüber der allgemeinen Regelung des Weisungsrechts nach Art 20 Abs 1 B-VG], um auch zu unterstreichen, dass Staatsanwältinnen und Staatsanwälte keine Organe der Verwaltung sind.“ Zu § 29a StAG wird das Weisungsrecht des BMJ gerechtfertigt, aber betont, dass dieses „in voller Transparenz und unter angemessener Kontrolle auszuüben ist.“ Darüber hinaus werde nun durch § 29 Abs 2 und 3, § 29a Abs 2 StAG „angeordnet [...], dass Weisungen des [BMJ] dem Akt] angeschlossen werden sollen und der Akteneinsicht der Beteiligten des Strafverfahrens unterliegen“, ohne dass dies allerdings in § 51 Abs 1 gesetzlichen Niederschlag gefunden hätte. Was Einsicht in den Ermittlungsakt anlangt, folgt daraus – nur, aber immerhin – **organisatorische „Aufgabe“ der StA als Leiterin des Ermittlungsverfahrens, zu „Akteneinsicht“ Berechtigten auf den Schutzzweck des § 29 Abs 3 StAG gegründete Kenntnisnahme zu ermöglichen.** Ein auf § 51 Abs 1 gegründetes subjektives Recht folgt daraus nicht. Verwehrte Einsicht in dem Akt „anzuschließend[e]“ Weisungen und Niederschriften ist mit Blick auf den Schutzzweck des § 29 Abs 3 zweiter Satz StAG zu beurteilen und weder Gegenstand „einer bindenden Regelung des Verhaltens“ der StA „nach diesem Gesetz“ noch von Gebrauch von „Ermessen“ nach der StPO. Vielmehr geht es bloß um Organisationsrecht, ohne dass ein wirksamer Rechtsbehelf²⁰ neben der Aufsichtsbeschwerde (§ 37 StAG) zur Verfügung steht.²¹ Bezweckt § 29a Abs 1 zweiter Satz StAG mit dem Auftrag an den BMJ, seine Weisungen „unter Bezugnahme auf diese Gesetzesstelle schriftlich auszufertigen und zu begründen“, Offenlegung der Zurechnung zum BMJ, wird klar, dass nicht nur § 29 Abs 2 „sinngemäß“ (§ 29a Abs 2), sondern **§ 29 Abs 3 StAG für „Weisung oder [...] Niederschrift“ nach § 29 Abs 1 und 2**

und § 29a Abs 1 und 2 StAG gleichermaßen gilt. Auf „Entscheidungen“ nach 1 Abs 1 bezogene Weisungen an Organwalter von StA und Kriminalpolizei sind Sache des Organisationsrechts (§ 44 BDG, § 57 Abs 2 RStDG). Soweit nicht „weisungsfrei gestellt“, werden „Staatsanwälte“ (Art IIa Abs 1 RStDG [Art 90a B-VG])²² **von § 57 Abs 2 RStDG zwar verpflichtet, „den dienstlichen Anordnungen ihrer Vorgesetzten Folge zu leisten und dabei die ihnen anvertrauten Interessen des Dienstes nach bestem Wissen und Können wahrzunehmen“, nicht aber zu einer Art vorauseilendem Gehorsam, der darin bestünde, den „Hintergrund“ einer nicht auch ihnen erteilten „Weisung“ nicht zu „konterkarieren“.**²³

4. „Amtsverschwiegenheit“

Rechtsschutz „im Ermittlungsverfahren“ ist bereits aufgrund von „Ermittlung“ nach § 91 Abs 2 letzter Satz durchgehende „Aufgabe“ der StA nach der StPO, wogegen ohne „Ermittlung“ – zumindest „Erkundigungen“ nach § 91 Abs 2 letzter Satz –²⁴ § 106 Abs 1 nicht greift, weil bloße Prüfung einer Strafanzeige nicht „im Ermittlungsverfahren“ erfolgt, sodass Kontrollbefugnis der Gerichte – gegenüber solcherart schlichtem Vollzug von Organisationsrecht (§ 35c StAG) – nicht besteht.²⁵ Dass § 46 BDG Staatsanwälte nicht „im [...] Interesse der Parteien [...] verpflichtet“, den Inhalt einer Strafanzeige (§§ 78, 80) vor einer solcherart angezeigten Person geheim zu halten, ergibt sich bereits daraus, dass der bloß innerorganisatorische Vorgang der Anzeigerledigung (durch „Absehen von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens“ [§ 35c StAG] oder den prozessualen Be- oder Erwirkungshandlungen von „Ermittlung“ nach § 1 Abs 2 erster Satz oder (unmittelbarer) Anklage nach § 210 Abs 1 vorgelagerter, darauf bezogener Entscheidungsfindung), „Parteien“ nicht kennt.²⁶ Auch „zur Vorbereitung“ dieser „Entscheidung“ besteht kein rechtlich fassbares „Interesse“, jedenfalls soweit §§ 8f, 29f StAG dadurch nicht behindert werden.²⁷ **Dass aus dem „Recht“ Besch, „alle [...] Verdachtsgründe zu erfahren“, keine Ermächtigung zur Beschuldigung folgt,²⁸ liegt ebenso auf der Hand wie die Ungültigkeit eines Umkehrschlusses auf Verpflichtung, eine nach §§ 78 Abs 1, § 80 Abs 1 erstattete „Anzeige“ der angezeigten Person gegenüber geheim zu halten.** Just deshalb ist das HSchG

¹⁶ Zur Methode vgl Rz 1.

¹⁷ Vgl ÖJZ 2024, 539f, 542; Rz 31.

¹⁸ Vgl ÖJZ 2024, 543; vgl auch 12 Os 62/22 t EvBl 2023/88.

¹⁹ 299 BlgNR 23. GP 23f, wo zum neuen § 29a Abs 3 StAG festgehalten wird, dass auch die parlamentarische Kontrolle „noch zusätzlich [...] verstärkt werden [soll].“

²⁰ Vgl Art 13 EMRK.

²¹ Dass nach Anm 25 des Berichtspflichtenerlasses 2021 idF 2023 prozessuale Vorgänge „[a]ls Ergebnisse eines Ermittlungsverfahrens zählen“ sollen, ist eine – auf Weisungsstufe stehende – organisationsrechtliche präsumtio iuris.

²² Vgl OGH 2 Ds 1/24f.

²³ Ohne Begründung aM 1 Ds 1/21v.

²⁴ Vgl ÖJZ 2024, 544 (FN 12).

²⁵ Vgl Rz 82, 87, 267, 510–514; vgl aber § 37 StAG; vgl auch Rz 477/4.

²⁶ Vgl auch RIS-Justiz RS0130021.

²⁷ Vgl auch Zerbes, Whistleblowing in Fällen: Strafrecht zwischen Geheimnisschutz und Informationsinteressen, in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2019, 57 (70f), wonach „[d]er Straftatbestand des § 310 StGB [...] einen Geheimnisbruch [...] nur dann [erfasst], wenn er „geeignet ist, ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse zu verletzen“; und weiter: „Der Wortlaut ist zwar allgemein gehalten, aber in Abstimmung mit § 46 BDG eng und speziell auszulegen: Nur die dort explizit genannten Interessen [...] können eine Schweigepflicht begründen.“ Sogar dort, wo § 12 Abs 1 greift, also in Betreff von „Ermittlung“, hat der OGH zu Ds 2/13 klargestellt, dass „nicht öffentlich“ keineswegs „geheim“ bedeutet.

²⁸ Vgl Rz 502.

als Schutzgesetz für besondere Fälle erforderlich.²⁹ Wo der Erfolg von „Ermittlungen“ durch Information der angezeigten Person in Frage steht, kann „Amtsverschwiegenheit“ allerdings „im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen [...] Ordnung“ geboten sein. § 3 Abs 6 Z 4 HSchG spricht – wie § 5 Abs 1 erster Satz – Anwendung durch das jeweils zum Vollzug der StPO befugte Organ an; § 7 Abs 3 HSchG ist lex specialis, soweit dieses als „interne oder externe Stelle“ fungiert hat, was „im Ermittlungsverfahren“, aber nicht im Haupt- und Rechtsmittelverfahren der Fall sein kann.³⁰

5. „Der kollegiale Meinungsaustausch“

a) Transparenzgebot (§ 29 Abs 3 StAG)

Da der Schutzzweck der Abs 2 und 3 des § 29 StAG (§ 29 a Abs 2) darin besteht, offenzulegen, ob der Sachbehandlungswille des Leiters einer untergeordneten StA durch die Weisung einer übergeordneten Dienststelle gebrochen wurde, dieser also die Verantwortung für die Sachentscheidung zuzurechnen ist,³¹ sind **Fachgespräche von Organwaltern unterschiedlicher Dienststellen innerhalb der Weisungskette unproblematisch**, soweit § 29 Abs 2 StAG nicht umgangen, also gezielt vereitelt wird.³² Fachgespräche mit Personen außerhalb der Weisungskette – die nicht ausnahmsweise just darauf gerichtet sind – gehören nicht hierher, weil sie den Schutzzweck der Vorschrift nicht tangieren: **Es geht nicht um die Verhinderung von Erkenntnisgewinn, vielmehr nur darum, die Brechung des auf das jeweilige Verhalten im Verfahren bezogenen Willens untergeordneter Leiter³³ von StA und OStA durch die Weisung übergeordneter Entscheidungsträger getreulich zu dokumentieren** und zu archivieren.

b) Anschauungsmaterial

Während Sachverhaltsklärung „zur Aufklärung von Straftaten, [...] Verfolgung verdächtiger Personen und“ für „damit zusammenhängende Entscheidungen“ zum „Verfahren“ zählt (§ 1 Abs 1 erster Satz),³⁴ **gilt dies weder für allgemein-notorische Tatsachen, allgemeine Erfahrungssätze und Schlussregeln³⁵ noch für die Klärung rechtlicher Fragen.** Keineswegs dürfen Organwalter von „Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht“ nur aufgrund „konkreter Grundlagen etwa im Verfahrensrecht“ darüber informieren;³⁶ nur müssen sie die dienstrechtlichen Vorschriften zur „Amtsverschwiegenheit“ (§ 58 RStDG, § 46 BDG) und § 1 DSGVO beachten. **Ist nach der dienst- und standesrechtlichen Beurteilung des OGH „[d]er kollegiale Meinungsaustausch zu Rechtsfragen [...] uneingeschränkt wünschenswert“** (§ 57 Abs 1–3 RStDG),³⁷ **gilt dies auch für Anschauungsmaterial, durch dessen Verwendung kein nach § 58 Abs 1 RStDG, § 46 Abs 1 BDG, § 1 Abs 1 DSGVO „schutzwürdiges Interesse“**

verletzt wird.³⁸ „Übermittlung“ (vgl § 36 Abs 2 Z 2 DSGVO) rechtskräftiger „Entscheidungen der Gerichte erster und zweiter Instanz“ zum kollegialen Meinungsaustausch in Rechtsfragen nach § 48 a Abs 1, § 48 b (§ 14 Abs 2, § 15 OGHG) GOG erfolgt solcherart „für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke“ (vgl § 37 Abs 1 Z 2 und 3, § 38 DSGVO).³⁹

Das Organisationsrecht der StA hindert die Brechung des Entscheidungswillens untergeordneter Organwalter ohne entsprechende Dokumentation, nicht den kollegialen Meinungsaustausch.

6. „Befangenheit von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft“ (§ 47), „Vertrauen in die Rechtspflege sowie [...] Ansehen“ der „Berufsstände“ der „Richter und Staatsanwälte“ (§ 57 Abs 3 RStDG)

a) Abgrenzung zur Richterausgeschlossenheit (§§ 44 ff)

Bei der „Entscheidung über die Ausschließung“ (§ 45) geht es nicht um Abnahme der „einem Richter zufallende[n] Sache“ nach Art 87 Abs 3 zweiter Satz B-VG durch ein Organ der kollegialen Justizverwaltung,⁴⁰ stattdessen um „Rechtsprechung“, deren „Besorgung“ (Art 87 Abs 2 B-VG) bei Richtern eines LG dessen Präsidenten obliegt, sei es aufgrund einer Erwirkungshandlung nach § 44 Abs 3 oder von Amts wegen. Um dem Präsidenten seine Aufgabe, von Amts wegen tätig zu werden, zu erleichtern, verpflichtet § 44 Abs 2 jeden „Richter, dem ein Ausschließungsgrund bekannt wird, [...] diesen sogleich [...] anzuzeigen.“ Anders als ein „Antrag auf Ablehnung [...] wegen Ausschließung“ begründet diese „Anzeige“ kein subjektives Recht auf Erledigung. „Besorgung“ der „Entscheidung über Ausschließung“ ist allerdings – von „Anzeige“ unabhängige – „Aufgabe“ des nach § 45 Abs 1 zuständigen richterlichen Organs.⁴¹

b) § 47

Statt zur „Anzeige der Ausgeschlossenheit“ verpflichtet § 47 Organwalter von „Kriminalpolizei und [...] Staatsanwaltschaft“ bei „Befangenheit“ von sich aus ihre „Vertretung zu veranlassen“. **Bei der Verpflichtung des jeweiligen „Leiters [...] der [...] Behörde“, „[ü]ber die Befangenheit [...] zu entscheiden“** (§ 47 Abs 3), **geht es bloß um – unnötige – Klarstellung geltender Verpflichtung zur Dienstaufsicht** (Art 20 Abs 1, 90 a dritter Satz B-VG).⁴²

³⁸ Indem § 1 DSGVO „Anspruch auf Geheimhaltung“ nur mit der auf „ein schutzwürdiges Interesse“ verweisenden Maßgabe gilt, besteht er ansonsten nicht, was banal, aber womöglich bemerkenswert ist.

³⁹ Vgl Wiederin in WK StPO § 5 Rz 17 zu „Globalermächtigung“ für „schlicht hoheitliches Handeln“, wenn „mit solchem Handeln keine Eingriffe in Rechte einhergehen“.

⁴⁰ Zur Geschäftsverteilung vgl WK StPO § 281 Rz 105 ff und Anm zu 12 Os 145/17 s EvBl 2018/20.

⁴¹ Bei der „Veröffentlichung von Entscheidungen“ (§ 133 a RStDG, 48 a GOG) handeln (dafür zuständige) Vorsitzende demgegenüber nicht „im Rahmen der unabhängigen Rechtsprechung“, vielmehr „sinngemäß“ nach § 15 OGHG und damit gerade „nicht in Ausübung ihres richterlichen Amtes“, womit sie „den dienstlichen Anordnungen ihrer Vorgesetzten Folge zu leisten [haben]“ (§ 57 Abs 2 RStDG); vgl Wiederin, Der Leitsatz als juristisches Kommunikationsformat, in: Höpfel-FS 765 (784); aM Kanduth, Koste es, was es wolle ... (Editorial), RZ 2024, 89; Rsp kann Veröffentlichung allerdings verbieten und muss die Anonymisierung besorgen (§ 15 Abs 1 zweiter Satz, Abs 2 und Abs 5 OGHG); eingehend zur Abgrenzung von Jv und Rsp: Dienstaufsicht, in Neumayr (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung, 31.

⁴² Knapp und klar: Lässig in WK StPO § 47 Rz 5 und 25 BlgNR 22. GP 62–64, mit Verweisen auf § 76 aF, § 47 BDG und § 7 AVG; anders 1 Ds 1/21 v, wonach auch bei tatsächlicher Verneinung eines § 47 Abs 1 zu subsumierenden Sachverhalts Gefahr für das „Vertrauen in die Rechtspflege sowie das Ansehen ihrer Berufsstände“ (gemeint: des Berufsstandes der „Staatsanwälte“) entsteht, wenn vom Leiter einer OStA – auch wenn er weder „auf die Prüfung des Anfangsverdachts“ noch „die Entscheidung“ der untergeordneten „Staats-

²⁹ Sog doppelfunktionales Organhandeln; zum Problem vgl auch Krakow/Astl, Identitätsschutz für Whistleblower im Strafverfahren? ZWF 2024, 96.

³⁰ Anders 1 Ds 1/21 v, wo aus fehlendem „Verlangen“ nach Befriedigung von Informationsrechten Verschwiegenheitsverpflichtung gefolgert wird.

³¹ Vgl auch § 31 zweiter und letzter Satz StAG.

³² Vgl Rz 190.

³³ Berichte „bedürfen in jedem Fall der Genehmigung des Leiters der Staatsanwaltschaft“ (§ 14 Abs 1 DV-StAG), bei Berichterstattung „im voraus mündlich“ vorheriger „Rücksprache mit dem Leiter der Staatsanwaltschaft“ (§ 14 Abs 2 DV-StAG).

³⁴ Vgl ÖJZ 2024, 540 ff.

³⁵ Vgl Rz 484, 747.

³⁶ Ohne Begründung aM 1 Ds 1/21 v.

³⁷ 1 Ds 1/21 v; vgl auch die dienstrechtliche Verpflichtung der „Richter und Staatsanwälte [...], sich fortzubilden“ (§ 57 Abs 1 RStDG) und § 30 Abs 2 StAG.

Was „Vertrauen in die Rechtspflege sowie [...] Ansehen“ der „Berufsstände“ der „Richter und Staatsanwälte“ gefährdet, kann zweifellos Befangenheit nach § 47 Abs 1 Z 3 begründen. § 57 Abs 3 RStDG spricht damit allerdings Außen-, nicht Innenwahrnehmung an.⁴³ Außenwahrnehmung wird durch interne Äußerungen und sonstige Handlungen, deren Bekanntwerden für Dritte der Handelnde weder wollte noch vorhersehen konnte, nicht berührt.

C. Entscheidung über einen „Anspruch“, Beschränkungen der „Akteneinsicht“ nach § 68 (§ 49 Abs 2) und „Trennung von Verfahren“

1. Entscheidung über einen „Anspruch“

Wo „nach diesem Gesetz“ über einen „Antrag“ zu entscheiden ist, geht es um einen geltend gemachten „Anspruch“, also ein (subjektives oder öffentliches) „Recht“ auf Rechtsgewährung durch ein Vollzugsorgan;⁴⁴ unter dem Aspekt der Rechtsdurchsetzung im Gegensatz zu einem prozessualen Gestaltungsrecht, dem von Gesetzes wegen zu entsprechen ist.⁴⁵ So haben Besch „Anspruch auf Beendigung des Verfahrens innerhalb angemessener Frist“, nicht aber darauf, dass „[d]as Verfahren [...] stets zügig und ohne unnötige Verzögerung durchzuführen [ist]“. Während also der erste Satz des § 9 Abs 1 einen „Anspruch“ gibt, normiert der zweite eine „Aufgabe“ des mit Führung des Verfahrens oder Durchführung von „Tätigkeit“⁴⁶ im Verfahren betrauten Vollzugsorgans, auf deren Wahrnehmung „im Ermittlungsverfahren“, ebenso wie im Haupt- und Rechtsmittelverfahren, kein „Anspruch“ besteht. Wem „nach diesem Gesetz“ ein „Antrag“ zugestanden wird, dem gewährt die StPO damit ein Recht auf „Erledigung“ durch Entscheidung – eine „Verfügung“ – über den mit dem „Antrag“ geltend gemachten „Anspruch“.⁴⁷ Die zu treffende Entscheidung über den „Anspruch“ kann „das Gesetz“ bindend regeln oder mit Bezug darauf „von einer bindenden Regelung des Verhaltens“ absehen, das Entscheidungsverhalten also dem „Ermessen“ des jeweils befugten Vollzugsorgans überlassen, in welchem Fall der zum „Antrag“ Berechtigte „Anspruch“ darauf hat, dass das zur Entscheidung befugte Vollzugsorgan „von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch“ macht. Für „im Ermittlungsverfahren“ zu treffende Entscheidungen gilt beim „Einspruch wegen Rechtsverletzung“ dann § 106 Abs 1 letzter Satz (§ 106 Abs 1 Z 1). Im Haupt- und Rechtsmittelverfahren gelten für einen „Antrag“ auf Ermessensausübung § 238 Abs 2 und 3 (§ 281 Abs 1 Z 4), für Fehlgebrauch von Ermessen nach § 254 hingegen § 473 Abs 2, § 474 (§ 254) oder § 362 Abs 1.⁴⁸

2. Beschränkung der „Akteneinsicht“ nach § 68 (§ 49 Abs 2)

Aus § 49 Abs 2 folgt im Ermittlungsverfahren⁴⁹ das Recht von Besch, binnen angemessener – verlängerbarer –⁵⁰ Frist über den jeweils ersten Antrag von Opfern und Privatbeteiligten auf „Akteneinsicht“ informiert zu werden. Verständigung Besch von einer „Erklärung“ nach § 67 Abs 2 sieht die StPO nämlich nicht vor. An § 112 Abs 2 erster Satz ausgerichtetes Vorgehen ermöglicht Besch, jene „vorliegenden Ergebnisse“ deutlich und bestimmt bezeichnen, deren Ausnahme von der „Akteneinsicht“ sie beantragen und so ein – der Verweigerung zugängliches – konkretes Recht geltend zu machen.⁵¹ Soweit Besch dies – im Verhältnis zu allen oder jedenfalls ihnen bekannten Opfern und Privatbeteiligten – von sich aus tun, bedarf es keiner Gelegenheit zur Stellungnahme mehr. Wird Einigung nicht erzielt, ist von der StA

zu entscheiden, über Einspruch wegen Rechtsverletzung sodann womöglich gemeinsam.⁵² Wird „Akteneinsicht“ bei der Kriminalpolizei beantragt, hat diese der StA nach § 100 Abs 2 Z 2 zu berichten.⁵³ Die StA hat aber auch sonst die „Aufgabe“, der Kriminalpolizei gegenüber etwaige auf § 49 Abs 2 gegründete Beschränkungen anzuordnen (§ 101 Abs 4 erster Satz). Die (ohne Einigung erforderliche) Entscheidung anstelle der StA zu treffen, kommt für die Kriminalpolizei mit Blick auf das Fehlen einer im Sinn von Art 13 EMRK wirksamen Beschwerde nicht in Frage.⁵⁴ „[V]erweigert“ wird das jeweilige Recht gegenüber Opfern und Privatbeteiligten durch Beschränkung der „Akteneinsicht“, gegenüber Besch durch Missachtung einer begehrten Beschränkung.

Von möglicher Ausgeschlossenheit betroffene Richter haben diese anzuzeigen. Organwalter von StA und Kriminalpolizei haben über den Anschein ihrer Befangenheit dagegen selbst zu entscheiden.

3. Entscheidung über einen „Antrag“ auf „Trennung von Verfahren“ zur „Geheimhaltung“ personenbezogener Daten (§ 1 Abs 1 DSGVO)

Soweit „im Ermittlungsverfahren“ die StA (§ 20) über einen „Antrag des Beschuldigten [...], [...] das Ermittlungsverfahren wegen einzelner Straftaten oder gegen einzelne Beschuldigte getrennt zu führen [...], um Verzögerungen zu vermeiden“ oder „ein schutzwürdiges Interesse“, zB an der „Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten“ (§ 1 Abs 1 DSGVO), zu wahren, ab-

anwaltschaft [...] Einfluss genommen“ hat – angesichts eines wahrheitsgemäß über eine erhebliche Tatsache von ihm angefertigten Amtsvermerks unterlassen wird, „in Ansehung der Sensibilität der Sachlage [...] eine diesbezügliche Entscheidung des Leiters der übergeordneten Dienstbehörde einzuholen“; auch wenn dieser ohnehin „die Gesamtheit der allenfalls Befangenheit begründenden Umstände der übergeordneten Dienstbehörde offenzulegen“ und offen bleibt, was von der Devolution umfasst sein soll und was diese bewirken soll; zu 1 Ds 1/21v ist im hier interessierenden Zusammenhang weiters anzumerken, dass bei der Entscheidung über die „Einleitung eines Ermittlungsverfahrens“ als Strafverfahren, weil sie nicht in einem Verfahren der StPO erfolgt (§ 35c StAG), § 47 BDG anstelle von § 47 StPO anzuwenden ist (17 Os 22/12g EVBl 2013/84).

⁴³ Statt aller: OGH 2 Ds 4/19i und 24 Ds 5/21a; anders 1 Ds 1/21v, wo zudem das Staatsanwaltschaften „auf Grund der Gesetze“ (Art 1, 18 Abs 1, 89 Abs 2 B-VG) gebotene Verhalten (§ 57 Abs 3 RStDG) aus standespolitischen Erklärungen der Vereinigungen der Richter und Staatsanwälte abgeleitet wird.

⁴⁴ Vgl zB § 164 Abs 2 zweiter Satz, § 294 Abs 4 erster Satz, § 470 Z 1; § 208 Abs 2 lässt zwar ebenfalls von einem „Antrag“ die Rede sein, ist insoweit aber nachweisbar planwidrig, soll also keinen Anspruch geben: 22 BlgNR 22. GP 240 kennen die Regelung nicht, nach 406 BlgNR 22. GP 22 soll sie „klarstellen, dass das Anbot der Staatsanwaltschaft in begründeten Fällen verändert werden kann (niedrigerer Geldbetrag; andere Diversionsform)“.

⁴⁵ Zu Anspruch und Gestaltungsrecht nach § 126 Abs 5 zweiter Satz vgl Rz 1/12, 28, 641–643, 846; „auf Verlangen“ wird „nach diesem Gesetz“ in unterschiedlicher Bedeutung verwendet: vgl nur § 66 Abs 1 Z 8, wonach ein „Recht, [...] zu verlangen“, ein Recht auf „Antrag“ ist.

⁴⁶ Vgl § 91 Abs 2 erster Satz.

⁴⁷ Vgl § 81 Abs 1.

⁴⁸ Zu § 281 Abs 1 Z 5a vgl WK StPO § 281 Rz 480.

⁴⁹ Haupt- und RMVerfahren werden in den Erläuterungen nicht angesprochen; vgl auch § 51 Abs 2 zweiter Satz (§ 68 Abs 1 erster Satz).

⁵⁰ Es geht nicht um eine „der in diesem Gesetz normierten Fristen“; vgl § 84 Abs 1 Z 1.

⁵¹ Vgl ÖJZ 2023, 151; 481 BlgNR 27. GP 28f kann den (falschen) Eindruck erwecken, „überschießende Gewährung von Akteneinsicht“ sei von § 106 Abs 1 Z 2 erfasst, ohne allerdings zu erklären, warum es bei – auf der Metaebene von „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2 erster Satz) gelegener – „Akteneinsicht“ (§§ 51–53) um „eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme“ (vgl Rz 64–65) gehen soll; zu einem sog „Schattenakt“ vgl ÖJZ 2024, 541.

⁵² Vgl Rz 350, 499.

⁵³ Vgl Rz 35.

⁵⁴ Vgl „Beweisaufnahme“ im Ermittlungsverfahren, ÖJA 2023, 169 (178); § 99 Abs 2 erster Satz greift schon deshalb nicht, weil es nicht um eine „Ermittlungsmaßnahme“ geht.

schlägig oder nicht entschieden und dabei nicht von dem ihr nach § 27 eingeräumten „Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht“ hat, kann der Antragsteller – zu Recht – behaupten, „im Ermittlungsverfahren durch Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt zu sein, weil ih[m] die Ausübung eines Rechtes nach diesem Gesetz verweigert [...] wurde“ (§ 106 Abs 1 Z 1 [§ 107 Abs 4]). Die bloß demonstrative Natur der Trennungsgründe in § 27 folgt schon aus dem Vergleich der §§ 26f entsprechenden Vorschrift für das Hauptverfahren (§ 37), welche „von einer bindenden Regelung des Verhaltens“ bei der Entscheidung über Verfahrensausscheidung „absieht“.⁵⁵ Für Anträge auf „Bestimmung der Zuständigkeit“ (§ 28) und „Delegierung“ (§ 39) – über die nicht „mit Beschluss“ zu entscheiden ist, womit § 87 Abs 1 nicht greift – gelten diese Überlegungen nicht.⁵⁶

4. „Ermittlungsakt“ (§ 34c StAG) aufgrund der „Trennung von Verfahren“

Nach den ErläutRV StPRefG soll § 76 Abs 4 „klarstellen, dass Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte jedenfalls berechtigt sind, die von ihnen ermittelten und verarbeiteten personenbezogenen Daten zu verwenden und einander darüber Auskunft zu erteilen.“⁵⁷ Eine StA, die Verfahrenstrennung anordnet (§ 27), ist bei der Entscheidung über den Inhalt des Ermittlungsakts des zu trennenden Verfahrens (§ 34c StAG, § 8a DV-StAG), nicht auf „Amtshilfe“ verwiesen, geht es doch nicht um „Gewinnung [...] einer Information“ (§ 91 Abs 2 erster Satz). Auch nach vollzogener Trennung ist sie befugt, ihr relevant erscheinende weitere Informationen von sich aus zu übermitteln.⁵⁸ „[A]usdrücklich auch gegenüber Strafgerichten“ auferlegte „gesetzliche Verpflichtungen zur Verschwiegenheit“ oder „überwiegende öffentliche In-

teressen“, mithin auch „Amtsverschwiegenheit“ nach Art 20 Abs 3 B-VG, als Grund für die Ablehnung von Ersuchen um Übermittlung von Aktenteilen für nicht gemeinsam geführte Strafverfahren scheiden aus. Im Verhältnis zu Gerichten greift § 33 StAG.⁵⁹

D. §§ 209 a f „im Ermittlungsverfahren“

1. Zulässigkeit von „Rücktritt“ nach § 209 a Abs 1–3

Was die ErläutRV als Kronzeugentat bezeichnen, sind nach § 209 a Abs 1 Z 1–3 subsumierbare Taten des Herantretenden, was § 209 a Abs 1 „seinen eigenen Tatbeitrag“ nennt. Nur von der Person des „Kronzeugen“ verschiedene natürliche Personen hingegen kommen als „Täter“⁶⁰ von Aufklärungstat(en) in Frage. Auf eine oder mehrere „Kronzeugen“-Taten bezogene „neue Tatsachen oder Beweismittel“ sind nur unter dem Aspekt des Abs 1 („Geständnis“) beachtlich, nicht (zudem) „neue Tatsachen oder Beweismittel“ zur „Aufklärung einer in den Z 1 bis 3 genannten Straftaten“, also von Aufklärungstat(en). Bezugspunkt von „Vernehmung“ (§ 164) „als Beschuldigter“ und „Zwang“⁶¹ sind „in Abs 1 genannte Taten“, nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht die, also alle dem – für die Stellung als „Kronzeuge“ gesetzlich verlangten – „Geständnis“ zuzurechnenden, zumindest einer strafbaren Handlung der Z 1–3 des § 209 a Abs 1 subsumierbaren, im Zeitpunkt des Herantretens bereits begangenen Taten des Herantretenden, vielmehr irgendeine solche Tat. **Nach Abs 1 des § 209 a wird die Stellung als „Kronzeuge“ also durch ein unvollständiges „Geständnis“ über bis zum Herantreten begangene, nach Z 1–3 subsumierbare Taten des Herantretenden, nach Abs 2 durch „Vernehmung“ (§ 164) oder „Zwang“ mit Bezug auf eine einzige dieser Taten „von vornherein ausgeschlossen.“**⁶² Daher kommt „von vornherein“ als „Kronzeuge“ nur in Frage,

⁵⁵ Treffend und instruktiv, auch zur Entstehungsgeschichte des § 27: Divjak, Datenschutz und Strafprozess, 129ff; aM Kier, Anmerkung zu 12 Os 15/23g, JBl 2024, 333, dessen Einschränkung auf ausdrücklich im § 27 erwähnte Zwecke („Verzögerungen zu vermeiden oder die Haft eines Beschuldigten zu verkürzen“) und dessen Ergebnis, wonach Besch mit dem nach § 27 zustehenden „Antrag“ kein Recht auf „Trennung von Verfahren“ geltend machen können, weil diese im „Ermessen“ der StA stehe, auf Zirkelschlüssen beruhen, während er ein unsinniges Recht auf „Verfahrenstrennung per se“ – zutreffend, aber sinnlos – in Abrede stellt, eine ggf Anm eingangs als Zustimmung, dann als Ablehnung und schließlich als ihr Gegenteil deutet, § 106 Abs 1 letzter Satz, wonach „[e]ine Verletzung eines subjektiven Rechts [...] vorliegt, soweit das Gesetz von einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei absieht und von diesem Ermessen“ nicht „im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht wurde“, übergeht und (auch) bei der Berufung auf 25 BlgNR 22. GP 49 nicht zwischen Befugnis zur Leitung des Ermittlungsverfahrens (§ 101 Abs 1 erster Satz) und Gerichtskontrolle „im Ermittlungsverfahren“ unterscheidet; nach der angesprochenen Anm zu 12 Os 15/23g EvBl 2023/292, wurde bei verweigerter „Trennung von Verfahren“ (§ 27) „von [...] Ermessen“ dann nicht „im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht“, wenn nur so ein nach § 1 DSG „schutzwürdiges Interesse“ gewahrt werden kann und nicht „Interessen“ anderer Besch oder „des Staates in der [...] Strafrechtspflege“ (§ 1 StAG) überwiegen, was mit Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 Abs 1 Z 1) erfolgreich geltend gemacht werden kann; zum Problem unter dem Aspekt von NB vgl WK StPO § 281 Rz 111; vgl auch Nordmeyer in WK StPO § 27 Rz 3, der den Anspruch auf Entscheidung über beantragte Verfahrenstrennung anerkennt, Einspruch wegen Rechtsverletzung aber als nie erfolgversprechend beurteilt.

⁵⁶ IglS § 49 Abs 2 (§ 35 Abs 2 zweiter Fall); vgl demgegenüber den RMAusschluss des § 45 Abs 3 sowie § 86 Abs 1 dritter Satz (woraus nicht folgt, dass „über einen [...] Antrag“ stets mit „Beschluss“ zu entscheiden ist; vgl Rz 233).

⁵⁷ Vgl 25 BlgNR 22. GP 110, wo ergänzend ausgeführt wird: „Eine Datenübermittlung an andere als die in Abs 4 genannten Behörden soll hingegen einer ausdrücklichen Ermächtigungsnorm im jeweiligen Materien gesetz bedürfen“; vgl auch Rz 718f, 735–737.

⁵⁸ Dass „Amtshilfe eine Hilfe im Einzelfall ist, die ausnahmslos ein Ersuchen voraussetzt“, steht nicht im Widerspruch dazu, weil unmittelbare Anwendbarkeit von Art 22 B-VG „seiner näheren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber nicht entgegensteht“ (VfSlg 17.102; vgl auch VfGH G 16/85). Vgl auch § 122 Abs 2, § 140 Abs 2, § 145 Abs 1.

⁵⁹ Ob durch solche Ersuchen ein Strafverfahren beginnt (vgl 12 Os 92/21b EvBl 2022/76 [verstSen]), ist eine andere Sache.

⁶⁰ Vgl WK StPO § 281 Rz 514.

⁶¹ Vgl Rz 106.

⁶² Nach 1300 BlgNR 25. GP 13 hingegen „soll [es] [...] auch möglich sein, dass eine Person zwar bereits als Beschuldigter vernommen wurde, jedoch über andere Tatsachen oder Straftaten, als jene, die sie jetzt neu offenlegt. Der Beschuldigte darf jedoch noch nicht wegen seiner Kenntnisse über Hintergründe, weitere Tatbeteiligte, etc. der Aufklärungstat vernommen worden sein. In diesem Sinne ist auch die Wortfolge „wegen dieser Taten kein Zwang gegen ihn ausgeübt“ so zu verstehen, dass in Zusammenhang mit der Aufklärungstat noch kein Zwang, wie etwa Hausdurchsuchungen, Sicherstellungen, Auskünfte aus dem Kontenregister oder über Bankkonten und Bankgeschäfte etc., gegen den potentiellen Kronzeugen ausgeübt wurde“. Nicht nur, dass die Wortfolge „andere Tatsachen oder Straftaten“ geordnete Gedankenführung vermissen lässt, widerspricht der Auslegungsvorschlag dem eindeutigen Gesetzeswortlaut. Immerhin bekennen sich auch die ErläutRV zum identen Bezugspunkt von Vernehmung und „Zwang [wegen dieser Taten]“, nämlich nicht die in Abs 1 genannten Taten (also alle), sondern „in Abs 1 genannte Taten“ (eine Wortfolge, die 1300 BlgNR 25. GP 12 ebenfalls verwendet), also auch nur eine aus der Menge aller in Abs 1 genannten Taten. Schon wegen der (aus der Wortfolge „andere Tatsachen oder Straftaten“ erkennbar) ungeordneten, insoweit also planlos erscheinenden Gedankenführung wäre die Annahme einer planwidrigen Lücke zwecks analoger Ausdehnung des Einzugsbereichs der „Kronzeugen“-Regelung problematisch. Jabloner, Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt, in Olechowski/Zeleny, Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, 61 (74), erinnert daran, dass „die Erläuterungen keinesfalls dazu bestimmt [sind], (pseudo)normative Anordnungen zu treffen. Die Tendenz, die Erläuterungen in diesem Sinn ‚aufzuladen‘, [...] wird bedenklich, wenn davon abgesehen wird, eine bestimmte Willensbildung in die Textierung einer Rechtsvorschrift aufzunehmen oder über die Textierung nicht mehr als ein ‚Formelkompromiss‘ gefunden wird.“ Solche Erläut werden von Jabloner unumwunden als „verwerflich“ bezeichnet (aaO 75; Hervorhebungen nur hier).

wer als „Täter“⁶³ zumindest einer der in § 209a Abs 1 Z 1–3 genannten Straftaten

1. „freiwillig [...] herantritt“,
2. ein „**reumütiges Geständnis**“ über „**seinen eigenen Tatbeitrag**“ (die im Schrifttum so bezeichneten Kronzeugentat(en)) „**ablegt**“ und
3. „**neue Tatsachen oder Beweismittel offenbart**“
 - ▶ zur „**Aufklärung**“ einer oder mehrerer in § 209a Abs 1 Z 1–3 genannter Straftaten anderer (auch bloß als Beteiligte [§ 12 StGB] an Straftaten des sog „Kronzeugen“), also an „**Aufklärungstat**“(en)⁶⁴ oder
 - ▶ zur Ausforschung zumindest einer Person, von welcher „**auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann**“,⁶⁵ dass sie „**führend**“ bei einer „**Verabredung, Vereinigung oder Organisation**“ nach § 209a Abs 1 Z 3 gehandelt hat,⁶⁶
4. **es sei denn, er war** im Zeitpunkt seines Herantretens „**wegen seiner Kenntnisse über**“ irgendeine dem – nach Abs 1 abzulegenden – „**Geständnis**“ zuzurechnende, zumindest einer strafbaren Handlung der **Z 1–3 des § 209a Abs 1 zu subsumierende Tat** (irgendeine „Kronzeugentat“) „**als Beschuldigter vernommen**“⁶⁷ oder (auch) „**nach diesem Gesetz**“ gegen ihn ausgeübtem „**Zwang**“ **ausgesetzt** (§ 209a Abs 1 und 2).

Während eine „**Tat, die mit einer [...] Verabredung, Vereinigung oder Organisation [nach den §§ 277, 278, 278a oder 278b StGB] im Zusammenhang steht**“, ausdrücklich „**Straftat**“ nach § 209a Abs 1 sein soll, „**unterliegt**“ eine „**Straftat**“, **welche nur „Zuständigkeit des Zusammenhangs“ begründet**, ebenso ausdrücklich **nicht der Zuständigkeit nach § 209a Abs 1 Z 1 oder 2**: Die Z 1 rekurriert auf § 37 nicht, die Z 2 auf § 26 nur nach Maßgabe von § 20a Abs 4, wo aber nicht Zuständigkeit „des Zusammenhangs“ angeordnet, sondern nur vorgeschrieben wird, wie „**die WKStA [in den Fällen des Zusammenhangs mit in Abs 1 erwähnten Straftaten (...)] vorzugehen (hat)**“. „**Geständnis**“ meint Information „**zur Aufklärung von Straftaten**“, nicht „**damit zusammenhängende Entscheidungen**“ (§ 1 Abs 1 erster Satz), umfasst also **nicht bloß für** Anordnung und Vollzug⁶⁸ von „**Konfiskation**“, „**Verfall**“ und „**Einziehung**“ **erhebliche Information**. Deren Verschweigen kann allerdings beim „**Ermessen**“⁶⁹ nach § 209a Abs 3 erster Satz „**Berücksichtigung**“ finden. Für die Entscheidung, entweder „**vorläufig zurückzutreten**“ oder „**das Vorliegen der Voraussetzungen nach Abs 1 [...] von vornherein**“ auszuschließen (§ 209a Abs 2), gilt der **Zweifelsgrundsatz** als Entscheidungsregel **zugunsten des vorläufigen Rücktritts**.⁷⁰ Dieser entfaltet allerdings **keine Bindungswirkung** und markiert bloß den **Beginn der Sachverhaltsklärung** für die Entscheidung, ob „**die Voraussetzungen nach Abs 1 vorliegen**“ oder „**nicht**“ (§ 209a Abs 3 erster und letzter Satz). Ist zB für die rechtliche Beurteilung der herangetretenen Person als „**Täter einer Straftat**“ nach Abs 1 Begehung in tatbestandlicher Handlungseinheit entscheidend,⁷¹ ohne dass die dafür entscheidenden Sachverhaltsannahmen bereits feststehen, ist darauf bezogene „**Sachverhaltsklärung**“ erforderlich. **Für die Sachverhaltsklärung**⁷² sieht „**das Gesetz von einer bindenden Regelung des Verhaltens von Staatsanwaltschaft**“ und Gericht (§ 199) ab, und es **gilt** sog **Freibeweis**.⁷³ Darauf bezogen, verzichtet § 209a Abs 3 auf den – auch in § 198 Abs 1 überflüssigen – Zusatz „**aufgrund hinreichend geklärten Sachverhalts**“.⁷⁴ „**Leistungen und weitere Zusammenarbeit [...] aufzutragen**“, hat die StA, „**[s]obald feststeht, dass die Voraussetzungen des Abs 1 vorliegen und eine Bestrafung [...] nicht geboten erscheint**“. „**[D]as Verfahren fortzusetzen**“ hat sie umgekehrt, „**[s]obald feststeht, dass die Voraussetzungen des Abs 1**“ nicht vor-

liegen oder „**eine Bestrafung [...] geboten erscheint**“. **Mit „[s]obald“ wird bloß an das „Beschleunigungsgebot“ nach § 9 Abs 1 zweiter Satz erinnert, ohne dass dessen Verletzung der Gerichtskontrolle unterliegt.**⁷⁵

„Tat“ und „Tatsachen“ sind auseinanderzuhalten (§ 260 Abs 1 Z 1 und 2), auch nach § 209a.

2. „Fortführung des Verfahrens“ (§ 209a Abs 6 [§ 195 Abs 1])

Auftrag nach dem ersten und **Fortsetzung** nach dem letzten Satz des § 209a Abs 3 **binden** das Entscheidungsorgan **und bewirken ein** durch den Erfolg von „**Einspruch wegen Rechtsverletzung**“ (§ 106 Abs 1 Z 1) der herangetretenen Person oder Fortführungsantrag des Rechtsschutzbeauftragten (§ 209a Abs 6 zweiter Satz)⁷⁶ **auflösend bedingtes Verfolgungshindernis**.⁷⁷ Sowohl gegen verweigerten „**Rücktritt**“ (§ 106 Abs 1 Z 1) als auch gegen unterlassene Fortsetzung (§ 209a Abs 6) **ergibt sich aus § 195 Abs 1 der gerichtliche Prüfungskalkül für die Sachverhaltsklärung zu den „Voraussetzungen des Abs 1“**:⁷⁸ Anstelle von Tatverdacht geht es darum, ob „**feststeht, dass die Voraussetzungen des Abs 1 vorliegen**“, ohne dass Zweifel am Nichtvorliegen auch nur eines Ausnahmesatzes nach Abs 2 des § 209a vorhanden sind,⁷⁹ anstelle des Ermessens nach § 192 um die Ermessensentscheidung, ob „**eine Bestrafung [...] geboten erscheint, um**“ die herangetretene Person „**von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten**“ (§ 209a Abs 3 erster Satz). **Nicht** im Sinn der Z 3 „**neue Tatsachen oder Beweismittel**“ werden – auch zu Gunsten der herangetretenen Person (§ 106 Abs 1 Z 1) – von **Z 1 und 2 des § 195 Abs 1** erfasst,⁸⁰ weil durch „**Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft**“ die „**Interessen**“ anderer Besch (§ 48 Abs 2) „**unmittelbar betroffen sind**“.⁸¹ **ISv § 195 Abs 1 Z 1 verletzt die Entscheidung, „Leistungen und die weitere Zusammenarbeit [...] aufzutragen“** (§ 209a Abs 3 erster Satz), **das öffentliche Recht auf „Verfolgung“**, „**das Verfahren fortzusetzen**“, aber **das subjektive Recht der herangetretenen Person auf „Rücktritt von der Verfolgung“**, „**weil ihr die Ausübung eines Rechtes**“ auf „**Zusammenarbeit [verweigert wurde]**“ (§ 106 Abs 1 Z 1), **wenn 1. andere „Voraussetzungen“ oder Ausnahmesätze als „die [...] des Abs 1“ oder des Abs 2 angewendet wurden,**

⁶³ Die Stellung als „Täter“ nach § 209a Abs 1 gründet – ungeachtet sonstiger „bestimmter Anhaltspunkte“ (§ 1 Abs 3) – auf dem „Geständnis“ des Herantretenden, das „bestimmter Anhaltspunkt[...]“ dafür ist.

⁶⁴ Die Erläuterung, 1300 BlgNR 25. GP 9, lassen von „Kronzeugentat und der aufzuklärenden Straftat“ und von „Aufklärungstat“ die Rede sein.

⁶⁵ Vgl § 1 Abs 3.

⁶⁶ § 1 Abs 1 erster Satz (zweiter Fall).

⁶⁷ Vgl § 164 Abs 1 zweiter Satz und Abs 3 zweiter Satz.

⁶⁸ Vgl Rz 29.

⁶⁹ Vgl § 106 Abs 1 letzter Satz, Rz 20f.

⁷⁰ Vgl Rz 22.

⁷¹ Vgl WK StPO § 281 Rz 3 ff, 405.

⁷² Vgl 170.

⁷³ Vgl Rz 77.

⁷⁴ Vgl Rz 555.

⁷⁵ Vgl Rz 37; vgl auch § 111 idF vor BGBl I 2004/19; zu „Verzögerung“ als Gegenstand des Prüfungskalküls vgl demgegenüber § 113 Abs 1 af.

⁷⁶ Vgl Rz 579/1.

⁷⁷ Vgl Rz 557, 602.

⁷⁸ Vgl Rz 574; vgl auch Rz 524–529.

⁷⁹ Vgl Rz 22.

⁸⁰ Vgl Rz 575.

⁸¹ Vgl § 87 Abs 1.

2. die Sachverhaltsannahmen über „die Voraussetzungen des Abs 1“ oder Ausnahmen nach Abs 2⁸² iSv § 281 Abs 1 Z 5 **mangelhaft begründet** wurden,⁸³

3. ob „eine Bestrafung [...] geboten erscheint“, **nicht allein**

▶ „unter Berücksichtigung des Gewichts des Beitrags der Informationen [...] im Verhältnis zu Art und Ausmaß seines Tatbeitrages“⁸⁴ **und**

▶ unter dem Aspekt, die herangetretene Person „von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten“, beantwortet wurde.⁸⁵

3. Wiederaufnahme der „Verfolgung“ (§ 209 a Abs 5) und § 209 b Abs 2

Einstellung ohne „Vorbehalt späterer Verfolgung“ ist „endgültig“, weil außerhalb des Prüfungskalküls von „Antrag auf Fortführung“.⁸⁶ Die „binnen einer Frist ab Zustellung der das Verfahren beendenden Entscheidung [erforderlichen Anordnungen]“ sind solche, in denen sich Wille zur Wiederaufnahme nach § 209 a Abs 5 manifestiert; nach § 103 Abs 2 zulässige⁸⁷ Ermittlungen stehen solchen „Anordnungen“ gleich.⁸⁸ **Rechtsfehlerhaft (§ 106 Abs 1 Z 1) ist Wiederaufnahme nach § 209 a Abs 5, wenn**

1. sie **nicht auf „die eingegangene Verpflichtung“ gründet,**

2. **Sachverhaltsannahmen mangelhaft** (im Sinn von § 281 Abs 1 Z 5) **begründet sind, ob**

▶ „die eingegangene Verpflichtung [...] verletzt wurde“,

▶ „die zur Verfügung gestellten Unterlagen“ oder „Informationen falsch waren“ oder „keinen wesentlichen Beitrag im Sinn des Abs 1 zu liefern vermochten“ oder

▶ „die zur Verfügung gestellten Unterlagen“ oder „Informationen [...] nur zur Verschleierung der eigenen führenden Tätigkeit [...] gegeben wurden“.

Rechtsfehler der Wiederaufnahme begründen als Verfolgungshindernis Urteilsnichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit b im wiederaufgenommenen Verfahren gegen die herangetretene Person.⁸⁹ Nach § 209 b Abs 2 zweiter Satz sind Einspruch des Besch gegen Wiederaufnahme und Antrag des Rechtsschutzbeauftragten auf „Fortführung des Verfahrens“ zulässig;⁹⁰ gegen Wiederaufnahme nach Einbringen der Anklage greift § 87 Abs 1.

E. Grenzbereiche

1. „Anfangsverdacht“ und „hinreichende Gründe“ für „vorläufige Unterbringung“ anstelle von Untersuchungshaft

Zum Schutz vor „Unterbringung in einem forensisch-therapeutischen Zentrum nach § 21 StGB“ gewährt § 430 Abs 1 Besch (§ 48 Abs 2) in den Z 1–4 aufgeführte subjektive Rechte und macht „Anschluss wegen privatrechtlicher Ansprüche unzulässig“ (Z 5). Die Vorschrift **verschränkt das „Verfahren zur Aufklärung von Straftaten“ mit jenem „über die Verfolgung verdächtiger Personen“ (§ 1 Abs 1 erster Satz)**. Nach § 430 Abs 1 Z 4 sind „Verhängung und Fortsetzung der Untersuchungshaft“ wegen „einer strafbaren Handlung dringend“ (§ 431 Abs 1 erster Satz) „verdächtiger Personen“ (§ 1 Abs 1 erster Satz [zweiter Fall]) „unzulässig“, „[s]obald aufgrund bestimmter Anhaltspunkte (§ 1 Abs 3) angenommen werden kann, dass die Voraussetzungen für die Unterbringung in einem forensisch-therapeutischen Zentrum vorliegen“. **Nur wenn trotz „bestimmter Anhaltspunkte“ nicht „angenommen werden kann, dass die Voraussetzungen für die Unterbringung [...] vorliegen“, „[sind] Verhängung und Fortsetzung der Untersuchungshaft [...] zulässig“.** Der Umstand, dass nach § 21 Abs 1 StGB „in einem forensisch-psychiatrischen Zentrum“ nur unter-

gebracht werden darf, wer „nicht bestraft werden kann“, **legt eine planwidrige Ausnahmelücke frei**, die teleologisch zu reduzieren ist. § 5 Abs 1 erster Satz kommt nicht ins Spiel, weil „vorläufige Unterbringung“ Besch (§ 48 Abs 2) im Verhältnis zu „Verhängung und Fortsetzung der Untersuchungshaft“ begünstigt. Nach Maßgabe der sonstigen Voraussetzungen von § 431 Abs 1 erster Satz also „ist [...] vorläufig in einem forensisch-psychiatrischen Zentrum unterzubringen“, wer einer „Straftat“ – also einer „mit gerichtlicher Strafe bedrohte[n] Handlung“ (§ 1 Abs 1 zweiter Satz) – „dringend verdächtig [ist]“.⁹¹ **Rechtsfehlerfrei können „die Voraussetzungen für die Unterbringung“ vom Gericht nur „aufgrund bestimmter Anhaltspunkte (§ 1 Abs 3) angenommen werden“ (§ 430 Abs 1 erster Satz).**⁹² Können aber „[aufgrund bestimmter Anhaltspunkte] die Voraussetzungen für die Unterbringung“ vom Gericht „angenommen werden“, „ist [der Betroffene]“ nach § 430 Abs 1 Z 2 zwingend „durch einen Sachverständigen der Psychiatrie [...] zu untersuchen.“ Für „hinreichende Gründe“;⁹³ **anstelle von „Verhängung [...] der Untersuchungshaft“ nach § 430 Abs 1 Z 4 erster Satz „über die vorläufige Unterbringung zu entscheiden“, ist das Ergebnis der von § 430 Abs 1 Z 2 angeordneten Untersuchung des Betroffenen „durch einen Sachverständigen der Psychiatrie“ (im Sinn eines Verfahrensmangels) nicht erforderlich.** Liegt es jedoch vor, ist die Entscheidungsgründung ohne dessen Erörterung rechtsfehlerhaft im Sinn von § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall (§ 431 Abs 1 erster Satz).⁹⁴ **Befindet sich der Betroffene bereits in Untersuchungshaft, [...] liegen hinreichende Gründe für die Annahme, dass die Voraussetzungen des § 21 Abs 1 oder 2 StGB gegeben sind,**“ nach § 430 Abs 1 Z 4 zweiter Satz (§ 431 Abs 1 erster Satz) hingegen **nur „vor“, wenn die Entscheidung über „[d]ie vorläufige Unterbringung“ das Ergebnis der von § 430 Abs 1 Z 2 angeordneten Untersuchung berücksichtigt.**⁹⁵ Die Befugnis, „Sachverständige [...] zu bestellen“, um nach § 430 Abs 1 Z 2 „Betroffene [...] zu untersuchen“, steht nach § 126 Abs 3 erster Satz „im Ermittlungsverfahren“ sowohl der StA als auch dem Gericht zu; dem Gericht allerdings nur für „[g]erichtliche Beweisaufnahme“ (§ 101 Abs 2 zweiter Satz, § 126 Abs 5 zweiter Satz) und, um „über die vorläufige

⁸² Da die Entscheidung (§ 209 a Abs 3) über „die Voraussetzungen des Abs 1“ nicht im Sinne des § 260 Abs 1 förmlich „aussprechen“ muss, geht es um dem Auftrag oder der Fortsetzung zugrunde liegende Sachverhaltsannahmen; vgl WK StPO § 281 Rz 474–476.

⁸³ Zur Irrelevanz nach § 106 Abs 5 zweiter Satz erstatteter „Stellungnahmen“ vgl Rz 579 f, 584.

⁸⁴ Vgl WK StPO § 281 Rz 715; schliesse die Wortfolge „unter Berücksichtigung“ andere Erkenntnisquellen für das Bestrafungsgebot nicht aus, würde der herangetretenen Person „nach diesem Gesetz“ und nicht durch das „Verhalten“ von Vollzugsorganen ein subjektives Recht „verweigert“.

⁸⁵ Da Darstellungsmängel zu den Erkenntnisquellen für ein Bestrafungsgebot dem Sanktionsanknüpfungspunkt zugeschlagen werden, greifen die Darstellungskategorien des § 281 Abs 1 Z 5 ohne weiteres; vgl demgegenüber WK StPO § 281 Rz 392, 715 und Wechselwirkungen zwischen Judikatur und Legislative im Strafprozessreformgesetz, ÖJZ 2005, 705 (418).

⁸⁶ Mithilfe dieses Rechtsbehelfs kann auch kein Anklagezwang erwirkt werden; vgl Rz 539, aber auch § 352 Abs 1 Z 1 letzter Fall.

⁸⁷ Vgl Rz 42, 700.

⁸⁸ Vgl Rz 58, 167, 376.

⁸⁹ Vgl WK StPO § 281 Rz 634/1.

⁹⁰ Vgl auch WK StPO § 281 Rz 634/1.

⁹¹ Vgl auch § 173 Abs 1 erster Satz.

⁹² Vgl Rz 552.

⁹³ Vgl Rz 555.

⁹⁴ Vgl Rz 520.

⁹⁵ Vgl § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall; vgl Rz 155; im Ergebnis wie hier 13 Os 30/23 w (wo es allein um zulässige Fortsetzung der Untersuchungshaft ging): „Bestimmte Anhaltspunkte“ im Sinn des § 430 Abs 1 StPO sind daher (erst) dann gegeben, wenn das Vorliegen der Unterbringungs Voraussetzungen bei einer Gesamtbetrachtung aller relevanten (kriminalistischen und medizinischen) Faktoren fallbezogen als konkret möglich erscheint.

Unterbringung zu entscheiden (§ 431)“ (§ 430 Abs 1 Z 4). Das Gericht darf bei der Entscheidung über „[v]orläufige Unterbringung“ aber auch auf das Untersuchungsergebnis – rechtswirksam (§ 126 Abs 5 zweiter Satz) – von der StA bestellter Sachverständiger zurückgreifen. Für die Festnahme „verdächtiger Personen“ (§ 1 Abs 1 erster Satz [zweiter Fall]), hinsichtlich welcher „angenommen werden kann, dass die Voraussetzungen für die Unterbringung in einem forensisch-therapeutischen Zentrum vorliegen“, gelten keine vom 2. Abschn des 9. HptSt abweichenden „Besonderheiten des Verfahrens“.

2. „Nachrichtendienst“ und „Berichte“ (§ 6 Abs 4 SNG)

Nur „Sicherheitsbehörden“ und deren „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“ nehmen „Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“ wahr, sind daher „Kriminalpolizei“ und haben die von § 2 Abs 1, § 100 angesprochenen Aufgaben wahrzunehmen. Dem „Nachrichtendienst“ kommt „die Wahrnehmung“ von „Aufgaben nach [...] der Strafprozessordnung“ nicht zu. Ungeachtet der Einrichtung der „Direktion Staatsschutz und Nachrichtendienst“ als „Organisationseinheit der Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit“⁹⁶ ist es BGBl I 2021/148 just um eine klare Trennung dieser beiden Teilbereiche des „Verfassungsschutzes“ gegangen, die denn auch explizit im dritten und letzten Satz von § 1 Abs 4 SNG zum Ausdruck kommt. § 6 Abs 4 SNG schafft keine gegenüber § 100 erweiterte Aufgabe für „Staatsschutz und Nachrichtendienst“⁹⁷ erlaubt vielmehr bloß den Aufschub nach § 100 bestehender Aufgaben der „Kriminalpolizei“ und entspricht § 99 Abs 4, der „Aufschub kriminalpolizeilicher Ermittlungen“ gestattet. Eine über § 78 hinausgehende „Anzeigepflicht“ ergibt sich aus § 6 Abs 4 SNG ebenso wenig.⁹⁸ Soweit Informationen nicht von § 100 erfasst sind, können sie auch nicht als sinnlich wahrnehmbare „Anhaltspunkte“ nach § 1 Abs 3 dargestellt,⁹⁹ also „bestimmt [...]“ werden, womit – darauf gegründet – ein Strafverfahren nicht begonnen werden darf.¹⁰⁰ Davon zu unterscheiden sind Kriminalpolizei oder StA unter Verletzung innerorganisatorischer Bestimmungen mitgeteilte Informationen (§§ 78, 101), weil gegen diesen Vorgang ein subjektives Recht „nach diesem Gesetz“ nicht geltend gemacht werden kann (§ 106). Über etwaige strafprozessuale Verwendungsverbote ist damit nichts gesagt.¹⁰¹ § 6 Abs 4 nimmt denn auch nicht die „Organisationseinheit“ (§ 2 SNG) „Nachrichtendienst“ in die Pflicht, bezieht sich vielmehr bloß auf deren „Aufgabe nach Abs 1“. Es geht also um Fälle, in denen diese „Aufgabe“ (auch) von einer Sicherheitsbehörde oder deren „Organe[n] des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“ wahrgenommen wird.

3. Beweisverwendung nach „Löschen [...] personenbezogener Daten“

§ 75 Abs 1 erster Satz, wonach „entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ermittelte personenbezogene Daten [...] zu löschen [sind]“¹⁰² befiehlt ausweislich der ErläutRV¹⁰³ nicht, dass „gar der Inhalt von Akten – sofern diese automationsunterstützt (papierlos) geführt werden könnten – physisch zu löschen wäre“.¹⁰⁴ Stattdessen lassen die ErläutRV keinen Zweifel daran, dass bei es bei der Aufgabe von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten, „personenbezogene Daten [...] zu löschen“¹⁰⁵ nur darum geht, nach Maßgabe vorrangiger¹⁰⁶ Beweiswerterwägungen Datenschutz zu gewährleisten.¹⁰⁷ Für dieses Auslegungsergebnis streiten neben diesen historisch-teleologischen Gründen (geradezu als argumentum ad absurdum) auch logisch-systematische,¹⁰⁸ ohne dass eine im Zeitpunkt des Inkrafttretens des StPRefG geltende Legaldefinition von Löschung dem entgegenstände, sodass

planwidrige Lückenhaftigkeit als Ausgangspunkt für – daher unnötige –¹⁰⁹ teleologische Reduktion der Lösungsverpflichtung nicht in den Blick kommt. Die Methode der technischen Einschränkung nach § 45 DSGVO (§ 74 Abs 1 zweiter Satz; vgl auch Art 16 Abs 3 lit b DSRL-PJ) – durch den datenschutzrechtlich Verantwortlichen – hat daher die Verwendungstauglichkeit im Strafverfahren zu gewährleisten; nur soll die „Weiterverarbeitung für andere als die spezifischen Beweiszwecke [...] technisch nicht mehr möglich sein“.¹¹⁰

F. Willkür im Diskurs

Eine eben erst veröff Entscheidungsanmerkung offenbart fortwährenden Bedarf, an die Bedeutung einheitlicher Begriffe für nutzbringenden Diskurs zu erinnern.¹¹¹ Unter Berufung auf Kier,¹¹² Schmoller¹¹³ und Bertel meint Tipold¹¹⁴ als Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 a ein „wirklich gehäuftes Maß an richterlicher Willkür“ zu erkennen und übergeht, dass Nichtigkeit, die sich in bloßer Steigerung von Nichtigkeit – hier nach § 281 Abs 1 Z 5 – erschöpft, keinen Sinn macht: Nichtigter als nichtig kann ein Urteil „nach diesem Gesetz“ nicht sein.¹¹⁵ „[E]rhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der“ Sachverhaltsannahmen einer angefochtenen Entscheidung erfordern keineswegs „Willkür“. „[W]illkürliches Verhalten, das in die Verfassungssphäre eingreift“,¹¹⁶ und Willkür als Prüfungskalkül „nach diesem Gesetz“ sind auseinanderzuhalten. Jenes mag „schillernd“ sich „einer allge-

⁹⁶ Vgl demgegenüber § 1 BAK-G.

⁹⁷ So aber Heißl in Heißl/Figl, SNG² § 6 Rz 53, wonach „[d]er Gesetzgeber [...] die – grundsätzlich nur für die Kriminalpolizei, somit für den Exekutivdienst, somit ausschließlich im Bereich Staatsschutz geltende – Berichtspflicht gemäß § 100 StPO, offenbar auf den Nachrichtendienst ausweiten“ wolle, es aber „[t]reffender wäre“, „für den Bereich des Nachrichtendienstes von einer Anzeigepflicht zu sprechen (Soyer/Marsch/Schäffler, AnwBl 2021, 374; Figl/Müller, JSt 2022, 141)“; immerhin betont auch Heißl in Heißl/Figl, SNG² § 6 Rz 57, dass „dieser Aufschub ausdrücklich auf Wahrnehmungen im Bereich der erweiterten Gefahrenerforschung (§ 6 Abs 1 SNG) und vorbeugenden Schutz vor verfassunggefährdenden Angriffen (§ 6 Abs 2 SNG) beschränkt“ sei und „Wahrnehmungen in Zusammenhang mit § 8 SNG [...] zum Beispiel nicht darunter“ fallen.

⁹⁸ Vgl § 78 Abs 2 Z 1.

⁹⁹ Zu rechtsförmiger, also willkürfreier Darstellung sinnlicher Wahrnehmungen vgl § 281 Abs 1 Z 5 und WK StPO § 292 Rz 7.

¹⁰⁰ Vgl auch WK StPO § 281 Rz 231 über die Vernehmung sog Zeugen vom Hörensagen anstelle deren Quelle.

¹⁰¹ Vgl WK StPO § 281 Rz 65, 182, 337.

¹⁰² Die Lösungsverpflichtung bezieht sich also nicht bloß auf die nach § 51 Abs 1 der Akteneinsicht unterliegenden „vorliegenden Ergebnisse“; vgl auch Rz 751.

¹⁰³ 25 BlgNR 22. GP 108.

¹⁰⁴ Vgl im Übrigen instruktiv Kristoferitsch/Bugelnig in WK StPO § 75 Rz 6ff.

¹⁰⁵ Vgl 25 BlgNR 22. GP 106f.

¹⁰⁶ Vgl Rz 472–503.

¹⁰⁷ Vgl auch Rz 328, 353, 488, 721.

¹⁰⁸ Im Ergebnis treffend M. Cepic/D. Gilhofer, JBl 2023, 419, die sodann allerdings teleologische Reduktion des § 75 für erforderlich halten.

¹⁰⁹ Vgl auch § 5 Abs 1 erster Satz.

¹¹⁰ Instruktiv M. Cepic/D. Gilhofer, JBl 2023, 418ff; nach Rohregger, LiK-StPO § 75 Rz 4, ist mit Löschung „die Auflösung der Verknüpfung einzelner Suchkriterien zu personenbezogenen Daten“ gemeint; vgl auch Divjak, Datenschutz und Strafprozess, 99ff.

¹¹¹ Vgl WK StPO § 281 Rz 1.

¹¹² Kier in Kier/Wess (Hrsg), HB Strafverteidigung² Rz 14.109.

¹¹³ Nach Schmoller, LiK 281 Abs 1 Z 5 und 5a, Rz 67, „erscheint“ im Fall von § 281 Abs 1 Z 5 a „die Überzeugung des Gerichts [...] in hohem Maß willkürlich“.

¹¹⁴ Tipold, Anm zu 14 Os 39/23a, JBl 2024, 401.

¹¹⁵ Fehlbezeichnung eines als verwirklicht reklamierten NG ist ohne Bedeutung (vgl Rz 160); dass § 281 Abs 1 Z 5 (§ 345 Abs 1 Z 10 a) sich von § 362 Abs 1 Z 1 nur darin unterscheidet, dass so (seit BGBl 1987/605) auch Angekl – und nicht nur die GenProk (§ 362 Abs 1 Z 2) – „Anspruch“ auf Erledigung haben und nicht mehr auf „Anzeige“ (Anregung) verwiesen sind, ist eine andere Sache.

¹¹⁶ Vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 7 Rz 9f.

mein verbindlichen Definition entzieh[en]“;¹¹⁷ Willkür als Prüfungskalkül „nach diesem Gesetz“ aber hat exakte prozessuale Konturen in stRsp.¹¹⁸ Wer bis hierher mitgegangen ist, erkennt nicht nur mühelos, dass „Willkür“ vom Prüfungskalkül des Einspruchs wegen Rechtsverletzung erfasst ist, wogegen „erhebliche Bedenken“ außerhalb dieser Gerichtskontrolle liegen, sondern auch die Struktur von Rechtsbehelfen¹¹⁹ „im Ermittlungsverfahren“: Während § 106 Abs 1 Z 1 und Beschwerde gegen Rechtsverweigerung nach § 87 Abs 2 zweiter Satz der Z 4¹²⁰ und § 106 Abs 1 Z 2 den Z 3 und 5 des § 281 entsprechen, ist der Prüfungskalkül von Beschwerden gegen die „Bevilligung von

Zwangsmitteln“ und deren Verweigerung (§ 87 Abs 1 und 2 erster Satz) um Beweiswürdigungsermessen des RMG erweitert.¹²¹ Um Ermächtigung, „Tätigkeit“ des § 91 Abs 2 erster Satz „selbst“ durchzuführen, und Ermächtigung, „Tätigkeit [jeder Art]“¹²² des § 91 Abs 2 erster Satz „selbst“ durchzuführen, unterscheiden zu können, genügt die Bereitschaft, die Partitivfunktion des Genetiv zu respektieren.¹²³ Wer „selbst Ermittlungen“, also Tätigkeiten, „die der Gewinnung, Sicherstellung, Auswertung oder Verarbeitung einer Information“ dienen, durchführen darf, darf – wenn man Logik und Grammatik gelten lässt – mindestens zwei Tätigkeiten dieser Art durchführen; andere können anderen Vollzugsorganen vorbehalten sein.¹²⁴

¹¹⁷ Vgl Lendl, Der OGH und die Hauptverhandlung, ÖJZ 2021, 725 (732f), der nicht unterscheidet.

¹¹⁸ Vgl nur RIS-Justiz RS0116733, RS0120232, RS0123668, RS0132725, RS0118317, RS0117806, WK StPO § 292 Rz 7–8/1 und ÖJZ 2024, 540; zum sowohl von NBzWdG als auch demjenigen des VfGH verschiedenen Prüfungskalkül nach § 363a vgl Rz 445 und ÖJZ 2024, 547f; zu Unrecht unterstellen Soyer/Pollak, Dannecker-FS, 852ff, der Rsp des OGH einen am (ursprünglich) subjektiven Willkürmaßstab des VfGH ausgerichteten Begriff des Verfahrensmangels, um davon ausgehend – anstelle von Gesetzesbindung – Ausrichtung am „Willkürbegriff im Rahmen des Gleichheitsgrundsatzes“ in Vorschlag zu bringen (vgl dazu U. Wagrاندl, Willkür: Geschichte und Gestalt eines verfassungsgerichtlichen Maßstabs, JBl 2021, 569, 637 [572, 645]), welche dann allerdings im Ergebnis just auf die von der Rsp verlangte – bloß – objektive Sorgfaltswidrigkeit der jeweiligen Organwalter hinausläuft (weil nur Organwalter, nicht aber Organe, sinnlich wahrnehmen können).

¹¹⁹ Zum Begriff WK StPO Vor § 280 Rz 3.

¹²⁰ Nach § 87 Abs 2 zweiter Satz ist Beschwerde auch gegen sonstige Rechtsverletzung zulässig, was Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 3 entspricht; vgl Rz 354, 357 und ÖJZ 2024, 541.

¹²¹ Vgl Rz 332–334, 340, 346, 374f.

¹²² Vgl § 161 Abs 1 erster Satz d StPO.

¹²³ Nach dem – ohne Erwägungen veröff – Verdikt einer „Expertinnen- und Expertengruppe Strafprozessreform“ (<https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/254663/> [Stand 17. 7. 2024]) „kann“ dieser „vereinzelt vertretenen Ansicht [...] nicht gefolgt werden“.

¹²⁴ Vgl Rz 42, 756–758; iG S die zu 14 Os 48/21x, 50/21s erfolgte Berichtigung der Absatzbezeichnung von „2“ auf „1“ hinsichtlich der „Möglichkeit“ der StA, „als Leiterin des Ermittlungsverfahrens sogar selbst“ bei einer Durchsichtung von Orten nach § 112 „tätig zu werden (§ 103 Abs [...]“; ganz selbstverständlich auch Marek, Aktuelle Rechtsprechung zum Amtsmissbrauch, in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2022, 151 (154f); zur Anwendung von „Zwang“ und Anordnung „Zwangsmaßnahmen“ vgl Rz 104–106, zur Anordnung von „Zwangsmitteln“ und „Fahndung“ durch das Gericht vgl Rz 113–122; zu § 103 Abs 1 zweiter Satz (§ 210 Abs 3 zweiter Satz) vgl Rz 124.

Kurzbeitrag

§ 1489 Satz 2 ABGB: Auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts kommt es doch an!

Neuerlicher Appell an den OGH aus Anlass der jüngsten EGMR-Judikatur in Asbestfällen



RAIMUND MADL ist Rechtsanwalt in Wien.

Verjährungsrecht; Schadenersatzverjährung

§§ 1478, 1489 ABGB; Art 6 EMRK

EGMR 11. 3. 2014, Bsw 52067/10, 41072/11; 13. 2. 2024, Bsw 4976/20

ÖJZ 2024/130

A. Der Meinungsstand in Österreich

Seit einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1941 wird in Österreich ständig judiziert, dass die 30-jährige Verjährungsfrist in Satz 2 des § 1489 ABGB bereits von dem Zeitpunkt an zu laufen beginnt, zu dem die Handlung begangen ist, die den Schaden herbeigeführt hat, mag der Eintritt des Schadens auch später erfolgt sein; der Eintritt des Schadens kann demnach spä-

ter liegen, als der Ablauf der Verjährungsfrist.¹ Diese alte Rechtsprechung steht freilich im Gegensatz zur neueren Judikatur, wonach die dreijährige Verjährungsfrist in Satz 1 dieser Verjährungsbestimmung nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen beginnt, weil nach § 1478 Satz 2 ABGB auch die Verjährung von Schadenersatzansprüchen nicht vor der objektiven Möglichkeit zu klagen beginnen kann, die aber voraussetzt, dass der Ersatzanspruch bereits entstanden ist.² Obwohl man meinen möchte, dass für die zweite Frist des § 1489 ABGB nichts anderes gelten kann, hat der OGH zuletzt in einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 an der alten Rechtsprechung festgehalten und erneut ausgesprochen, dass es auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts nicht ankommt, sondern mit Ablauf dieser langen, ob-

¹ RIS-Justiz RS0034504.

² StRsp seit OGH 1 Ob 621/95 (verstSen) ecolex 1996, 91 (Wilhelm) = JBl 1996, 311 (Apathy); RIS-Justiz RS0083144.