

Im Mai dieses Jahres widmete sich eine vom Institut für Strafrecht veranstaltete Tagung an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien dem Thema „Aktuelle Fragen zur Justiz und Justizreform“. Die Veranstaltung unter der Leitung von Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch sollte, angesichts einer oftmals aufgeheizten tagespolitischen Diskussion, die maßgeblichen Sachfragen im akademischen Rahmen mit der gebotenen Distanz aus unterschiedlicher – interdisziplinärer und auch internationaler –

Perspektive beleuchten. Fragen der Richterbestellung oder der Organisation von Staatsanwaltschaften sind dabei eine Art „Zwischenfach“ zwischen Verfassungsrecht und Strafprozessrecht, bei dem zwar die jeweiligen Kernbestimmungen in den beiden Fächern aufgearbeitet sind, viele übergreifende Aspekte aber erst im Dialog (auch mit benachbarten Disziplinen) deutlich werden. Wesentliche Beiträge dieses Symposions werden nachstehend in diesem Heft und in loser Folge in den kommenden Heften veröffentlicht.

Eckart Ratz

„Unabhängigkeit“ ordentlicher Gerichtsbarkeit in Strafrechtssachen¹

- I. Staatsanwälte als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“
 - A. Instabile Terminologie
 - B. Gesetzliche Begrifflichkeit
 - C. Anpassungsbedarf
 - D. Rollenverschmelzung und Klarstellung im B-VG
 - E. Ordentliche Gerichte und Verwaltungsgerichte
 - F. „Staatsanwälte“ als Organe von „Staatsanwaltschaften“
 - G. „Staatsanwälte“ als „Organe des Bundes“ nach Art 53 B-VG
- II. Unabhängigkeit, Trennungs- und „Anklagegrundsatz“
 - A. Unabhängigkeit und ihre Absicherung
 - B. Unabhängigkeit und Trennungsgrundsatz
 - C. Unabhängigkeit und „Anklagegrundsatz“
- III. Trennung der „Staatsanwälte“ von „Verwaltung des Bundes“
 - A. „Ermittlung“ durch Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei
 - B. Abgrenzung von „Ermittlung“ und Sicherheitspolizei
 - C. Rechtsschutzbeauftragter
- IV. Ergebnis

Abstract: Seitdem das B-VG „Staatsanwälte“ als „Organe der [...] Gerichtsbarkeit“ bezeichnet und „Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ unterwirft, stellt sich die Frage von Verschmelzung oder Abgrenzung der „Staatsanwälte“ und „Richter“ und der „Tätigkeit“ von „Staatsanwaltschaft“ und „Gericht“ vor dem Hintergrund von „Unabhängigkeit“ der „Richter“ und „Staatsanwaltschaften“.

Deskriptoren: Gerichtsbarkeit; Staatsanwälte; Unabhängigkeit; Verwaltung.

Rechtsquellen: Art 87 Abs 1, 90a, 94 Abs 1 B-VG; § 1 StAG; §§ 4 Abs 1, 47 Abs 3, 101 Abs 1, 106 Abs 1 StPO; OGH 05.03.2019, 14 Os 16/19p; 13.10.2020, 11 Os 56/20z; 01.06.2021, 14 Os 35/21k; 08.02.2022, 11 Os 109/21w.

I. Staatsanwälte als „Organe der Gerichtsbarkeit“

A. Instabile Terminologie

¹ Rz ohne Werkangabe beziehen sich auf Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO (2021).

§ 17 des Grundgesetzes vom 22. November 1918 über die richterliche Gewalt hatte „[d]ie Rechtspflege [...]

von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt“ und klargestellt: „Die Staatsanwaltschaft gilt als Verwaltungsbehörde.“ Das ist vom B-VG 1920 nicht übernommen worden, nach *Wiederin* „wohl deshalb, weil diese explizite Einordnung in die Staatsfunktionen umgehend als überflüssig kritisiert worden war“. Bis 2008 sei denn auch, von vernachlässigbaren Außen-seiterpositionen abgesehen, in Rsp und Lehre außer Streit gestanden, „dass die Staatsanwaltschaft [...] zur Verwaltung zählte“, „ihre Mitglieder folglich gem Art 20 Abs 1 B-VG an Weisungen ihrer vorgesetzten Organe [...] gebunden waren“, „ihre Prozesshandlungen [...] der (schlichten) Hoheitsverwaltung zuzurechnen waren“ und „sie nach Art 148a Abs 1 B-VG der Kontrolle durch die Volksanwaltschaft unterlagen“.² *Jabloner* hält die mit BGBl I 2/2008 vorgenommene „Zuordnung der Staatsanwaltschaften zur Gerichtsbarkeit“ für „verfassungslegistisch verwegen[...]“, führe sie doch „dazu, dass die Öffentlichkeit die Funktionen der Justiz (im engeren Sinn) und der Gerichtsbarkeit unter Einschluss der Staatsanwaltschaft [...] nicht klar unterscheiden kann.“³ „[I]st“ – wie *Jabloner* beklagt – „die Terminologie [...] instabil“, darf man sich nicht wundern, wenn dieser Befund auch auf das Ergebnis der Suche nach dem Inhalt von Art 90a B-VG gilt. Wo eine Aussage und deren kontradiktorisches Gegenteil gleichermaßen als richtig akzeptiert werden, herrscht definitionsgemäß Willkür anstelle von positivem Recht: „Ex falso quodlibet!“

B. Gesetzliche Begrifflichkeit

Allerdings ist es *Thienel* gelungen, Art 90a B-VG widerspruchsfrei ins geltende Verfassungsrecht einzuordnen, sodass ich mich darauf beschränken kann, meine Zusammenfassung seiner Ergebnisse zu wiederholen:⁴ 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,⁵ bezeichnet Art 90a 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

² *Wiederin*, § 4, in: WK-StPO (Stand 01.02.2012, rdb.at) Rz 28 f.

³ *Jabloner*, Bewährungsfelder der richterlichen Unabhängigkeit, Festvortrag am „RichterInnentag 2021“, RZ 2022, 13 (17).

⁴ *Ratz*, Beweiswürdigung im Ermittlungsakt und Sicherstellung ohne Kriminalpolizei und durch Sachverständige, ÖJZ 2022, 58 (60).

⁵ 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 (1960) 37.

der [...] Strafrechtspflege“ und macht sie „von den Gerichten unabhängig“.⁶ Nach § 2 Abs 1 StAG 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.⁷ *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 90a B-VG [...] eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltentrennung dar.“ „Geht man aber davon aus, dass Art 94 –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.“⁸ Dass interne Weisungsbindung der Staatsanwaltschaft und „externe Rechtssphäre des Betroffenen“, auf der die Verwaltungsgerichtsbarkeit beruht, kein Widerspruch sind, hat *Thienel* ebenfalls klargestellt, stünde doch sonst die Weisungsbindung der gesamten Hoheitsverwaltung angesichts der Rechtskontrolle durch die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts in Frage.⁹ *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 Generalprokuratur an den Strafverfahren vor dem OGH. Derjenige, der als Rechtsprecher wirkt,

⁶ Schon weil die Ermittlungsfunktion von § 4 StPO als Teil der Anklagefunktion begriffen wird (vgl 25 BldNR XXII. 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 19/2004 angepasst.

⁷ Zur „Unabhängigkeit“ höchst instruktiv *Piska*, Art 87 Abs 1 und 2 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (14. Lfg 2018) Rz 7 ff.

⁸ *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, in: GS *Walter* (2013) 819 (831); vgl auch *Burgstaller*, Art 90a B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (9. Lfg Dezember 2009) Rz 33, 37; *Wiederin* (FN 2) Rz 40.

⁹ *Thienel* (FN 8) 830 f, 838 f.

ist nach *Walter* das verfassungsgesetzlich genau festgelegte Organ Richter. „Der Richter“, so *Walter*, „ist es also, der die Rechtsprechung zu bewirken hat“,¹⁰ andere Organe der Gerichtsbarkeit wirken mit. Ihre Stellung wird von der Verfassung der Stellung von Richtern keineswegs undifferenziert angenähert.

C. Anpassungsbedarf

Ein Blick auf den just mit Inkrafttreten von Art 90a B-VG vollzogenen Paradigmenwechsel im strafprozessualen Ermittlungsverfahren macht auch klar, warum – abgesehen von der standespolitisch geförderten „Bestandsgarantie“¹¹ für „Staatsanwälte“ – vor dem Hintergrund des Trennungsgrundsatzes nach Art 94 B-VG idF vor BGBl I 51/2012 „Staatsanwälte“ als „Organe der [seit BGBl I 51/2012: ordentlichen] Gerichtsbarkeit“ verfassungsrechtlich verankert werden mussten.¹² Die bei Inkrafttreten des B-VG und bis 2008 geltende¹³ StPO hatte auf strikte Trennung von „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ ganz speziell Wert gelegt. Dem Staatsanwalt¹⁴ wurde Ermittlungsbefugnis darin ausdrücklich versagt. Aufgrund der Richtungsentscheidung des StPRefG, BGBl I 19/2004, nimmt die Staatsanwaltschaft seit 2008 die „Interessen des Staates in der [...] Strafrechtspflege“¹⁵ vor Einbringen einer Anklage unmittelbar wahr. Zwar wird zur Begründung für die Umgestaltung der Staatsanwaltschaft von einer bloßen „Anklagebehörde“ in eine Behörde mit „Befehlsgewalt (imperium)“ – „zu einem behördlichen Vollzugsorgan“ im funktionellen Sinn¹⁶ – der Anklagegrundsatz des Art 90 Abs 2 B-VG beschworen¹⁷ und so der Eindruck von Anpassung der StPO an Vorgaben der Verfassung vermittelt. Tatsächlich aber wurden die „Ermittlungsbefugnisse“ der „Staatsanwälte“ dem Anklagegrundsatz nicht entnommen,¹⁸ diesem vielmehr untergeschoben.¹⁹ *Nicht das neue Ermittlungsverfahren wurde also am Verfas-*

sungsrecht ausgerichtet, vielmehr das Verfassungsrecht über Art 90a B-VG dem neuen Ermittlungsverfahren angepasst. Einordnung der Staatsanwälte als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ fungiert als unmissverständliche „Zuständigkeitsabgrenzung“ für den „Rechtsschutz“ gegenüber ihrem „Verhalten“²⁰ – wie bereits vorkonstitutionell in Anklagefunktionen –²¹ nunmehr auch in „Ermittlungsfunktionen“.²² Wie Art 18 Abs 1 B-VG nicht bloß die Verwaltung binden soll, entnimmt der VfGH Art 83 Abs 2 B-VG, wonach „[n]iemand [...] seinem gesetzlichen Richter entzogen werden [darf]“, eine Justiz und Verwaltung gleichermaßen beherrschenden Grundsatz, versteht also „unter dem ‚gesetzlichen Richter‘ jede staatliche Behörde“, woraus „ein verfassungsrechtlich gewährleistetetes Recht auf den Schutz und die Wahrung der gesetzlich begründeten Behördenzuständigkeit schlechthin [folgt]“, das „auch den Gesetzgeber bindet“ und „‘strengen Prüfungsmaßstäben‘ standhalten muss“.²³ Vergleichbares ist mit Art 87a B-VG „zur Besorgung [...] von Geschäften der Gerichtsbarkeit“ in Betreff der „nichtrichterlichen Bundesbediensteten“ geschehen, die ihrerseits dabei „nur an die Weisungen des nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richters gebunden“ sein sollen. Dass „Staatsanwaltschaften“²⁴ wegen der Einordnung der Staatsanwälte als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ nunmehr „Gerichte“ seien, davon ist nirgends die Rede. „Staatsanwaltschaften“ werden im B-VG nicht erwähnt, „Gerichte“ hingegen gar wohl. Nur im Verhältnis von Gerichten untereinander ist von „Instanz“, „Instanzenzug“,²⁵ nur bei „Gerichten“ ist „von Richtern nachgeordneter ordentlicher Gerichte beziehungsweise von Richtern des übergeordneten ordentlichen Gerichtes“,²⁶ nur dort ist von „der Rechtsprechung“²⁷ die Rede, während Art 90 Abs 2 B-VG dazu verpflichtet, „die Rollen des Verfolgenden und des Richtenden zu trennen“, also gerade nicht zu verschmelzen.²⁸

¹⁰ *Walter* (FN 5) 35 ff.

¹¹ Vgl *Wiederin* (FN 2) Rz 36.

¹² Vgl die subtile Differenzierung von *Nordmeyer*, WK-StPO Vor § 190 (Stand 01.04.2012, rdb.at) Rz 9, sowie *Burgstaller* (FN 8) Rz 7, 11 (zu dessen Hinweis auf 14 Os 108/08a vgl Rz 327 Fn 829 und unten I.E [FN 49]) 20; so denn auch die GMat (AB 370 BlgNR XXIII. GP 4 f), wo die beiden ersten Sätze des Art 90a B-VG allein mit den neuen Ermittlungsfunktionen und der „einfachgesetzliche[n] Regelung des Anklagegrundsatzes in § 4 StPO“ begründet werden – § 4 StPO hinwiederum *unterlegt* dem „Anklagegrundsatz“ die „Ermittlungsfunktionen“ der „Staatsanwälte“ (vgl *Ratz* [FN 4] 58 [59]).

¹³ Vgl auch VfGH G 259/09 ua.

¹⁴ Vgl § 29 StPO idF vor BGBl I 19/2004.

¹⁵ § 1 erster Satz StAG.

¹⁶ Zum Begriff „Behörde“ vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 549.

¹⁷ 25 BlgNR XXII. GP 27 f.

¹⁸ Vgl *Wiederin* (FN 2) Rz 12.

¹⁹ Vgl *Ratz* (FN 4) 59.

²⁰ Vgl § 106 Abs 1 letzter Satz StPO.

²¹ Vgl dazu nunmehr §§ 108 f (§ 87 Abs 1), 194 ff (§ 29c Abs 4 StAG) StPO.

²² Art 130 Abs 5 B-VG; während für „[Ermessen] der Verwaltungsbehörde“ Art 130 Abs 3 B-VG greift, gilt im „im Ermittlungsverfahren“ § 106 Abs 1 letzter Satz StPO, wo „das Gesetz von einer bindenden Regelung des Verhaltens“ der „Staatsanwaltschaft [...] absieht“; vgl VfSlg 19.281/2010, 19.991/2015; vgl auch *Ratz*, Zum Grundrecht auf den gesetzlichen Richter im österreichischen Strafverfahren, ÖJZ 2018, 351 (353).

²³ Instruktiv *Nordmeyer*, WK-StPO Vor § 25 (Stand 01.02.2017, rdb.at) Rz 5; vgl auch *Muzak*, B-VG⁶ (2020) Art 83 Rz 2 f.

²⁴ § 1 StAG.

²⁵ Art 92 Abs 1, 94 Abs 2 B-VG.

²⁶ Art 88a B-VG.

²⁷ Art 91 B-VG.

²⁸ *Wiederin* (FN 2) Rz 11; vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁷ (2021) § 24 Rz 39; vgl aber auch 13 Os

D. Rollenverschmelzung und Klarstellung im B-VG

Was Jabloner als „instabil[e] Terminologie“ beklagt, ist also nicht diejenige von B-VG und StPO. Soweit die „ihnen vorgesetzten Organe“ auf „Weisungen“ an „Staatsanwälte“ verzichten, um deren „Unabhängigkeit“ zu wahren, übersehen sie schlankerhand ihre gesetzliche Verpflichtung zu deren angemessener Kontrolle in „Ermittlungs- und Anklägefunktionen“.²⁹ „Weisungen [...] zur“ und „mündliche Erörterung der Sachbehandlung“ – im Fachjargon in Anlehnung an deutsche Begrifflichkeit gern als „Fachaufsicht“ bezeichnet –³⁰ erfahren denn auch im V. Abschn des StAG eine detaillierte Regelung nach der Vorgabe des Art 90a dritter Satz B-VG. Für Außenkontrolle und Transparenz sorgen nicht zuletzt § 29 Abs 3 zweiter Satz StAG und § 23 Abs 1a, § 66 Abs 1 Z 2, § 77 Abs 1, §§ 193 ff StPO sowie § 29a Abs 3 StAG. Zudem ist „[g]esetzlicher Druck [...], eine Sache in bestimmtem Sinne zu entscheiden, und sei es auch wider [...] innere Überzeugung, [...] in einer Demokratie der Sinn der Sache und kein Unabhängigkeitsproblem.“³¹ „Instabil“ ist die „Terminologie“ vor allem dort, wo „Auslegung“ mit Interessenverfolgung verschwimmt. Kann sich auch die Aussage, „Rechtsprechungsorgane müssen sich [...] auf ihre Rechtsprechungsaufgaben konzentrieren

24/20h EvBl 2021/42 = JBl 2021, 538 (Tipold), wo ein verstSen in der Vertretung von „Interessen des Staates in der Rechtspflege“ durch die Generalprokuratur nicht das Gleiche sieht wie in der Vertretung von „Interessen des Staates in der Rechtspflege“ durch die Staatsanwaltschaft; vgl aber § 19 Abs 3 [§ 1 erster Satz StAG], § 282 Abs 1 erster Satz und § 22 zweiter Satz StPO; dass die Generalprokuratur „der Dienstaufsicht, nicht aber der Fachaufsicht des BMJ [unterliegt]“, wird von Fabrizy/Kirchbacher, StPO¹⁴ (Stand 01.10.2020, rdb.at) § 90 Abs 2 Rz 1 zwar – ohne Begründung – behauptet, findet jedoch keine Grundlage im geltenden Recht, und aus dem Fehlen dem Abschn V des StAG vergleichbarer Vorschriften kann sie schon deshalb nicht abgeleitet werden, weil die Generalprokuratur keine Anklägefunktionen und nur nach §§ 28 f StPO „Ermittlungsfunktionen“ ausübt; treffend Schroll/Oshidari, WK-StPO, § 22 (Stand 11.05.2020, rdb.at) Rz 8.

²⁹ Vor 2008 konnten noch „[a]lle, die sich durch eine Verfügung oder Verzögerung des Untersuchungsrichters beschwert“ – auch bloß – „erach[te]ten“, einen Dreirichtersenat befassen – und das trotz verfassungsrechtlich garantierter Unabhängigkeit des Untersuchungsrichters (§ 113 Abs 1 StPO idF vor BGBl I 19/2004); seither ist das „Verhalten“ der „Staatsanwälte“ in „Ermittlungsfunktionen“ weitgehend Sache der Dienstaufsicht; vgl Rz 35, 267, 272, 283, 292, 478, 487, 502, 506.

³⁰ Vgl auch § 49 Abs 1 DV-StAG, während ansonsten in StAG und DV-StAG davon nicht, in der Geo (§ 280 Abs 2, § 282 Abs 4) nur im Zusammenhang mit Revisoren, die Rede ist.

³¹ Wiederin, Gedanken über die richterliche Unabhängigkeit, in: Neumayr (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung (2019) 1 (8).

können“, allgemeiner Zustimmung erfreuen; wenn sie aber mit „wieder“ als Forderung vorgetragen, von richterlicher Standespolitik auf den „Beruf der Richter*innen und Staatsanwält*innen“ gleichermaßen bezogen und dabei *gezielt nicht zwischen Organen der Rechtsprechung und der Gerichtsbarkeit unterschieden wird*,³² ist ein solches Verständnis von *justizieller Geschlossenheit für den Bürger nichts weniger als irritierend*: „Wahrung der Interessen des Staates“ bedeutet gerade nicht Entscheidung darüber und kollidierende „Interessen“³³ anderer Personen.³⁴ Im „Festvortrag“ über „Bewährungsfelder der richterlichen Unabhängigkeit“ am „RichterInnentag 2021“ hat sich Jabloner denn auch zu deutlicher Kritik an allzu überschwänglich zur Schau getragener Zusammengehörigkeit bestimmt gesehen und betont: „In unserem thematischen Rahmen bedeutet Unabhängigkeit [...], trotz der engen kollegialen und fachlichen Verbundenheit zwischen Richtern und Staatsanwältinnen, die funktionale Trennung zu wahren.“³⁵ Vielleicht würde er von Standespolitikern gern „weniger erhoben, und fleißiger gelesen sein!“³⁶ Bei der Suche nach materieller Wahrheit ist der Inquisitionsprozess zweifellos effektiv. Liberaler Strafprozess setzt jedoch gezielt auf „checks and balances“ und unterschiedliche Rollen bei der Aufarbeitung von Kriminalstraftaten.³⁷ Zudem müssen geltendes Verfassungsrecht, Rechtsschutz- und Gemeinwohlinteressen und Interessen von Standespolitikern auseinandergelassen werden. Hätte es noch einer Klarstellung im Verfassungsrecht bedurft, wäre diese mit der Neufassung von Art 53 B-VG durch BGBl I 101/2014 geschehen. Art 53 Abs 2 zweiter Satz B-VG schließt nämlich die „Rechtsprechung“ als Gegenstand von „Überprüfung“ durch Untersuchungsausschüsse des Nationalrats ausdrücklich aus. Vor 2008 war „Rechtsprechung“ nur für Mitwirkende aus dem Volk und Beschwerdeerledigung durch den VwGH verwendet worden,³⁸ – und nach wie vor besteht kein Zweifel, dass *Vollziehung durch Staatsanwälte nicht „Recht-*

³² Vgl Matejka, Wind of change, RZ 2021, 265 (266).

³³ Vgl nur § 87 Abs 1 StPO; Rz 150, 297-305; Ratz (FN 4) 58.

³⁴ Niemand kommt auf die Idee, aus dem Umstand, dass Verwaltungsorganen – wie der Staatsanwaltschaft nach § 106 Abs 1 dritter Satz StPO – „Ermessen“ im unmittelbaren Umgang mit Rechtsunterworfenen zugestanden wird (Art 130 Abs 3 B-VG), zu folgern, dass sie „Organe der Rechtsprechung“ sind.

³⁵ Jabloner (FN 3) 17.

³⁶ Vgl Gotthold Ephraim Lessing, Sinngedichte, 1757, Nr 1: „Wer wird nicht einen Klopstock loben? Doch wird ihn jeder lesen? – Nein. Wir wollen weniger erhoben, und fleißiger gelesen sein!“

³⁷ Zur Kompetenzaufteilung bei der Durchführung von Zwangsmaßnahmen vgl Ratz (FN 4) 62 ff.

³⁸ Art 91, 131 Abs 3 B-VG.

sprechung“ ist, womit diese als „Rechtsprechungsorgane“ sogar ausdrücklich ausschneiden. Ganz selbstverständlich kommt daher den GMat der VO-UA³⁹ als „Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden“⁴⁰ neben jener von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei diejenige von Richtern „in Ausübung ihres richterlichen Amtes“⁴¹ von vornherein nicht in den Blick.⁴²

E. Ordentliche Gerichte und Verwaltungsgerichte

Während das Verwaltungsgericht „als überadministrative Aufsichtsbehörde [fungiert], die zwar nur auf Beschwerde hin tätig werden darf, aber doch nach jeder Richtung hin prüfen und der Verwaltung selbst dort in die Parade fahren muss, wo es den Bürgern schadet“,⁴³ korrespondiert die von § 107 Abs 3 zweiter Satz StPO ausgedrückte Obliegenheit, „anzuführen, [...] auf welche Weise [dem Einspruch] stattzugeben sei“, mit § 86 Abs 1 dritter Satz, § 107 Abs 4 StPO und substituiert eine gesetzliche Anfechtungskategorie, indem sie dem Rechtsträger den Umfang der angestrebten Rechtsausübung überlässt und dem Klagebegehren des Zivilprozesses entspricht, dem Gericht also die Befugnis abspricht, dem Einspruchswerber „etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist“. ⁴⁴ Während nach der Rsp des VwGH „[w] ann immer ein Verwaltungsgericht einen Bescheid durch Erkenntnis berührt, und sei es auch bloß durch

³⁹ 719/A XXV. GP 31 und 440 BlgNR XXV. GP 14.

⁴⁰ § 24 Abs 3 letzter Satz, § 25 Abs 3 letzter Satz, § 27 Abs 2, § 58 VO-UA.

⁴¹ Vgl Art 87 Abs 1 B-VG.

⁴² Die auf das „Zusammenwirken von Staatsanwaltschaft und Polizei“ bezogene Relativierung „in der Regel“ ist ausnahmsweisem Handeln anderer Verwaltungsorganen anstelle der Kriminalpolizei geschuldet (zB § 196 FinStrG); vgl auch *Ratz*, Ermittlungen nach der StPO für Untersuchungsausschüsse, ÖJZ 2022, 271 (272 f).

⁴³ *Wiederin*, Der Umfang der Prüfung durch das Verwaltungsgericht, in: Holoubek/Lang (Hrsg), Verwaltung und Verwaltungs-/Finanzgerichtsbarkeit (2020) 219 (231).

⁴⁴ „[W]as [...] beantragt ist“, kann sich bereits klar aus der Bezeichnung von Anordnung oder Vorgang ergeben, sodass „und“ durch erforderlichenfalls zu ergänzen ist und für das Gericht zum Ausdruck bringt, dass es sich keine Kompetenz arrogieren, ohne angerufen zu sein, also nicht entscheiden darf. Es geht also um den Umfang der Gerichtsbeaufassung durch den eine Rechtsverletzung reklamierenden Einspruchswerber. Nur darum geht es bei (von 14 Os 16/19p EvBl 2019/102 [RIS-Justiz RS0132510] für zulässig erklärten) auf § 107 Abs 4 StPO gegründeten gerichtlichen „Anordnungen [...], wie der Rechtszustand vor der bekämpften Handlung oder Unterlassung wiederherzustellen ist (restitutio in integrum)“, also bloß, der Staatsanwaltschaft klar zu machen, was das Gericht als Begehren des Einspruchswerbers ausgemacht und durch Stattgebung des Einspruchs als berechtigt erkannt hat. Derartige „Anordnungen“ drücken also keine zusätzliche Entscheidung, vielmehr nur eine Verdeutlichung der in der Stattgebung liegenden Entscheidung aus. Vgl Rz 326 f.

Abweisung der dagegen erhobenen Beschwerde, [...] es den angefochtenen Verwaltungsakt in einen Akt der Gerichtsbarkeit verwandelt mit der Konsequenz, dass das erlassene verwaltungsgerichtliche Erkenntnis den angefochtenen Bescheid vollständig außer Kraft setzt“,⁴⁵ bedeutet Stattgebung von Einspruch wegen Rechtsverletzung bloß, dass „Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei den entsprechenden Rechtszustand mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln herzustellen [haben].“ *Auch wenn „das Gericht dem Einspruch stattgibt,“ geht es nur darum, nicht darum, das Verfahren just durch reformatorische Entscheidung zu beschleunigen, wie es sich der Verfassungsgesetzgeber von Art 130 Abs 4 B-VG erwartet.*⁴⁶ Gleiches gilt für begünstigendes Ermessen bei Stattgebung nach § 23 Abs 1a StPO ergriffener Nichtigkeitsbeschwerden.⁴⁷ Während das Rechtsmittelgericht bei der Behandlung von Beschwerden gegen Gerichtsentscheidungen „[a]n die geltend gemachten Beschwerdepunkte [...] nicht gebunden [ist]“ und zum Vorteil des Beschuldigten auch „Beschlüsse ändern [darf], „gegen die nicht Beschwerde erhoben wurde“,⁴⁸ kommen Gerichten – gegenüber untergeordneten Gerichten solcherart eingeräumte – Aufsichtsbefugnisse für strafprozessuales „Verhalten“ von Staatsanwälten „im Ermittlungsverfahren“ nicht zu. Auch hier und in § 1 zweiter Satz StAG, wonach Staatsanwaltschaften „bei der Erfüllung ihrer Aufgaben von den Gerichten unabhängig [sind]“, zeigt sich, dass es Art 90a B-VG neben der Bestandsgarantie nur um Zuweisung des Rechtsschutzes gegen „Verhalten“ der „Staatsanwälte“ in ihren „Ermittlungsfunktionen“ an die ordentliche Gerichtsbarkeit anstelle von Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte geht. So ist denn auch die Kritik, die *Jabloner* an der Bewilligung von Zwangsmitteln des 8. HptSt durch bloße „Stampiglie“ übt, erkennbar nicht rechtsdogmatisch,⁴⁹ vielmehr rechtspolitisch vor dem Hintergrund „einer vielleicht falsch verstandenen Kollegialität mit verwandten Organen als reiner Formalakt verstanden“, zu verstehen.⁵⁰

F. „Staatsanwälte“ als Organe von „Staatsanwaltschaften“

Auf den Punkt gebracht, *bedeutet Art 90a B-VG bloß, dass „Staatsanwälte“ – wie schon vor 1920*

⁴⁵ *Wiederin* (FN 43) 232.

⁴⁶ Vgl Rz 273; *Grabenwarter/Frank*, B-VG (2020) Art 130 Rz 14.

⁴⁷ Vgl *Ratz*, WK-StPO § 292 (Stand 01.12.2020, rdb.at) Rz 18/11.

⁴⁸ § 89 Abs 2b letzter Satz StPO.

⁴⁹ Zu pauschalen Verweisen vgl *Ratz*, Der Tatverdacht im Grundrechtsbeschwerdeverfahren, JBl 2000, 536; vgl auch Rz 39; vgl demgegenüber § 174 Abs 3 Z 4 und Abs 4 letzter Teilsatz StPO als *lex specialis* für Verhängung und Fortsetzung der Untersuchungshaft.

⁵⁰ *Jabloner* (FN 3) 17.

in Anklagefunktionen – ihnen neben „Anklagefunktionen“ zu übertragende „Ermittlungsfunktionen“ nicht als „Verwaltung“,⁵¹ sondern als „Organe der Gerichtsbarkeit“ ausüben,⁵² dabei aber Weisungen „der ihnen vorgesetzten Organe“ unterliegen. Zur organisatorischen Einrichtung der Staatsanwaltschaft⁵³ findet sich in Art 90a B-VG nur die „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“, vergleichbar mit der von Art 20 Abs 1 B-VG angeordneten Weisungsbindung von Verwaltungsorganen und das konträre Gegenteil der von Art 87 Abs 1 B-VG angeordneten Unabhängigkeit von Richtern „in Ausübung ihres richterlichen Amtes“. Thienel hat darauf aufmerksam gemacht, dass „sich die Qualifikation als Gerichtsorgan im ersten Satz [...] nicht auf die StA als Organisation schlechthin bezieht, sondern auf die Staatsanwälte und damit die einzelnen Organe“;⁵⁴ das B-VG erwähnt zwar die „Organisation [...] der ordentlichen Gerichte“,

⁵¹ Vgl auch Thienel/Leitl-Staudinger, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 148a (18. Lfg 2017) Rz 5 f. „Nach dem Konzept der Bundesverfassung ist jede staatliche Tätigkeit entweder Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit oder Verwaltung. Die Abgrenzung dieser Staatsfunktionen hat – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht nach funktionellen, sondern nach organisatorischen Kriterien zu erfolgen, also danach, von welchen Organen die betreffende Tätigkeit jeweils ausgeführt wird. [...] zählen zur Verwaltung iS der Bundesverfassung allerdings auch – insofern nach funktionellen Kriterien – die abgeleiteten Verwaltungsfunktionen im Rahmen der Gerichtsbarkeit (Justizverwaltung durch Einzelrichter: Art 87 Abs 2 B-VG) [...] Hoheitliche Vollziehung außerhalb der Gerichtsbarkeit ist stets als Verwaltung zu qualifizieren. [...] hinsichtlich der hoheitlichen Verwaltung geht Art 148a B-VG [...] von einem funktionellen Begriff der Bundesverwaltung aus: Darunter ist jede Verwaltungstätigkeit zu verstehen, die dem Bund zuzurechnen ist. [...] Insbesondere zählen nach hA Handlungen von Exekutivorganen im richterlichen Auftrag oder mit richterlicher Bewilligung zur Gerichtsbarkeit im staatsrechtlichen Sinn [...] Nach der hL ist [...] die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft der Funktion Gerichtsbarkeit zuzurechnen“ [...] Als Ausnahme besteht die Kontrollbefugnis der VA nur im Bereich der „Staatsanwaltsverwaltung“.

⁵² Vgl auch Grabenwarter/Frank, B-VG (2020) Art 90a Rz 3 f, wonach „Art 90a [...] die Staatsanwaltschaften der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit zu[ordnet]“, weshalb „Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft fallen, [...] von der Zuständigkeit der VwG des Bundes und der Länder ausgeschlossen [sind]“.

⁵³ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger (FN 16) Rz 549.

⁵⁴ Thienel (FN 8) 824; vgl aber auch Lukan, Art 90a B-VG, in: Kahl/Khakhzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte (2021) Rz 1 mwN; im Gegensatz zu – in einem obiter dictum und ohne Begründung – VfSlg 19.952/2015 äußert sich 14 Os 108/08a nicht zur Organisation der Staatsanwaltschaft, stattdessen zur Funktion (den „Aufgaben“; vgl die Überschrift zu § 101 StPO; vgl auch Rz 15-18, 25-29, 31, 327) der Staatsanwaltschaft bei Stattgebung von Einspruch wegen Rechtsverletzung; VfSlg 19.350/2011 stellt aus-

nicht aber die Organisation der Staatsanwaltschaften. Bezogen sind die von Art 90a B-VG angesprochenen „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ auf die StPO. „Die Strafprozessordnung regelt das Verfahren“⁵⁵ – nicht nur, aber auch –⁵⁶ auf Entscheidung der Staatsanwaltschaft fußender Veranlassung,⁵⁷ „Ermittlung“ im „Strafverfahren“⁵⁸ „selbst“ durchzuführen,⁵⁹ zu erlauben,⁶⁰ anzuordnen⁶¹ oder Bewilligung oder Beweisaufnahme beim Gericht zu beantragen.⁶² Während aber Entscheidungsfindung durch eine Mehrheit richterlicher Organwalter von der StPO geregelt wird,⁶³ geht es bei Entscheidung, ein Ermittlungsverfahren als „Strafverfahren“ zu führen,⁶⁴ um einen nicht von der StPO, stattdessen vom Organisationsrecht erfassten, bloß das forum internum betreffenden Vorgang.⁶⁵ Auch begründet „Zur-Kenntnis-Nehmen“ einer „Anzeige“⁶⁶ weder „Ermittlung [...] zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht [...] vorliegt“, noch „Ermittlung [...] zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“, ist also nicht „Ermittlung“ nach der StPO.⁶⁷ In „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ üben „Staatsanwaltschaften [...] ihre Tätigkeit [...] durch Staatsanwälte aus.“⁶⁸ Da ohne „Wirkungsbereich[...]“ als „Verwaltungsbehörde“,⁶⁹ können „Staatsanwälte“ nicht nach Art 18 Abs 2 B-VG „Verordnungen erlassen.“ Funktional ist „Ermittlung“ als „Tätigkeit der [...] Staatsanwaltschaft“ nicht „Verwaltung des Bundes“ iSd Art 148a B-VG. Wo das Prozessrecht nicht Vorschriften des Organisations- oder Standesrechts konkrete Bedeutung nach der StPO verleiht, indem es darauf

drücklich klar, dass „Staatsanwaltschaften keine Gerichte“ sind.

⁵⁵ § 1 Abs 1 erster Satz StPO.

⁵⁶ So sind Anordnungen gegenüber der Kriminalpolizei „zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“, nicht ausgeschlossen.

⁵⁷ „Verfügung oder Verzögerung“; vgl § 113 Abs 1 erster Satz StPO idF vor BGBl I 19/2004.

⁵⁸ § 1 Abs 2 erster Satz StPO.

⁵⁹ § 103 Abs 2 StPO.

⁶⁰ § 101 Abs 1 zweiter Satz StPO.

⁶¹ § 99 Abs 1 zweiter Teilsatz StPO.

⁶² § 101 Abs 2 StPO.

⁶³ § 40 StPO; vgl §§ 17 ff StPO idF RGBl 119/1873.

⁶⁴ Vgl § 35c StAG.

⁶⁵ Vgl Rz 85; „Verhalten“ (§ 106 Abs 1 letzter Satz StPO) nach § 91 Abs 2 letzter Satz StPO wirkt prozessual, nicht aber zu solcher Veranlassung führende Vorgänge; vgl auch Rz 2, 33; 11 Os 109/21w EvBl 2022/56.

⁶⁶ Zu § 78 Abs 1, § 80 Abs 1 und § 100 Abs 3a StPO vgl Rz 92, 490.

⁶⁷ § 91 Abs 2 StPO; RIS-Justiz RS0127791; Wahrnehmung bei „Ermittlung“ ist von „Zur-Kenntnis-Nehmen“ einer „Anzeige“ also verschieden.

⁶⁸ Art 90a erster und zweiter Satz B-VG, § 19 Abs 2 StPO.

⁶⁹ Sodass keine „verfahrensrechtliche Verflechtung von Gerichten und Verwaltungsbehörden zu einer organisatorischen Einheit“ vorliegt; vgl VfGH G 259/09 ua.

verweist, sind die Rechtsbereiche auseinanderzuhalten.⁷⁰ Wo „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ der „Staatsanwälte“ in der StPO angesprochen werden, ist seit BGBl I 19/2004 anstelle des „Staatsanwalt[s]“ von der „Staatsanwaltschaft“ die Rede.⁷¹ „Staatsanwalt“ wird seither nicht mehr für „Organe“, vielmehr – mit Ausnahme von § 3 Abs 2 StPO, der „[a]lle Richter, Staatsanwälte und kriminalpolizeilichen Organe“ in die Pflicht nimmt – gezielt nur noch für „Organwalter“ verwendet.⁷² Darauf bezogen ordnet § 19 Abs 2 StPO an, dass „[d]ie Staatsanwaltschaften [...] ihre Tätigkeit als Organe der Rechtspflege durch Staatsanwälte aus[üben].“⁷³ Damit wird an § 1 erster Satz StAG über die „Aufgaben der Staatsanwaltschaft“ angeknüpft, die in der „Wahrung der Interessen des Staates in der Rechtspflege, vor allem in der Strafrechtspflege“ bestehen. Diese Aufgaben nehmen seit 2008 „Staatsanwälte“ in „Ermittlungsfunktionen“ für die Staatsanwaltschaft unmittelbar wahr.⁷⁴ Als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ werden sie in ihren „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ von ordentlichen Gerichten anstelle von Verwaltungsgerichten kontrolliert; eine Kontrolle, die Jabloner gegenüber der liberalen StPO idF vor BGBl I 19/2004 schon deshalb zu Recht als „verblässend“ bezeichnet hat,⁷⁵ weil „im Sinne des Gesetzes“ gebrauchtes Ermessen nicht Gegenstand von Einspruch wegen Rechtsverletzung ist.⁷⁶ Dass die Staatsanwaltschaft zur Objektivität verpflichtet ist, unterscheidet sie weder von den Gerichten noch von den Verwaltungsbehörden.⁷⁷ Eine Rolle als Gesetzeswächterin kommt ihr schon mit Blick auf das die gesamte Vollziehung bestimmende Legalitätsprinzip nicht zu.⁷⁸ Staatsanwälte sind weisungsgebundene Organe der Gerichtsbarkeit, unterliegen

beim Handeln im Rahmen der Gerichtsbarkeit aber keiner Kontrolle durch VwG oder Volksanwaltschaft.

G. „Staatsanwälte“ als „Organe des Bundes“ nach Art 53 B-VG

Soweit „Staatsanwälte“ für die Staatsanwaltschaft als „Strafverfolgungsbehörde“ aufgrund von „Beweisanforderungen“ eines Untersuchungsausschusses⁷⁹ – nicht „zur Aufklärung von Straftaten, [...] Verfolgung verdächtiger Personen und“ für „damit zusammenhängende Entscheidungen“⁸⁰ Ermittlungsbefugnis nach der StPO für „Beweiserhebungen“ nach § 24 Abs 1 zweiter Satz VO-UA in Anspruch nehmen, also iSd § 91 Abs 2 StPO tätig werden, liegt solches „Verhalten“⁸¹ innerhalb des sogenannten Rechtsmittelkalküls, ist also nicht „absolut nichtig“.⁸² Es gilt nichts Anderes als bei „Ermittlung“, wo keine bestimmten Anhaltspunkte für einen Sachverhalt vorliegen, der – als wahr erwiesen – (zumindest) einem Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumierbar wäre – ob bewusst oder unbewusst, mit oder ohne Rechtsschädigungsvorsatz nach § 302 Abs 1 StGB.⁸³ Nehmen „Staatsanwälte“, wengleich bloß aufgrund von „Weisungen“ des BMJ – ihnen ausschließlich nach der StPO zukommende – „Ermittlungsfunktionen“ nach der StPO wahr, fungieren sie – ob zulässig oder nicht – als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, wie auch immer sie selbst oder der BMJ ihr „Verhalten“ rechtlich einordnen oder registermäßig (zB als Jv-Sache) erfassen.⁸⁴ Ihr – prozessual außenwirksames – „Verhalten“ in „Ermittlungsfunktionen“ wird also der „ordentlichen Gerichtsbarkeit“ zugerechnet,⁸⁵ zwar nicht der „Rechtsprechung“⁸⁶ und damit einem Gericht, aber auch nicht „der Verwaltung“. Rechtsschutz ist daher durch die ordentlichen Gerichte sicherzustellen und erfolgt durch die Rechtsbehelfe der StPO.⁸⁷

⁷⁰ Vgl Rz 2.

⁷¹ Mangelnde Anpassung von § 255 Abs 3, 282 Abs 2, § 373a Abs 8 StPO fußt auf Redaktionsversehen; vgl nur §§ 220, 282 Abs 1, § 285a Z 3, § 465 Abs 1.

⁷² Vgl § 20 Abs 2, § 39 Abs 1, § 43 Abs 1 Z 1, § 47 Abs 1 Z 2, § 47a Abs 2, § 230 Abs 2, § 301 Abs 1 StPO.

⁷³ Vgl auch § 3 Abs 1 und 3, § 4 StAG sowie Burgstaller (FN 8) Rz 13, 17.

⁷⁴ Vgl Ratz (FN 4) 59.

⁷⁵ Jabloner, Der Grundrechtsschutz in Strafsachen, in: Reindl-Krauskopf/Zerbes/Grafl (Hrsg), Jubiläumsjahr der Grundrechte (2021) 1 (20).

⁷⁶ Vgl § 106 Abs 1 letzter Satz StPO; zur Bewilligung von Zwangsmitteln vgl aber auch Rz 39; zum Antrag auf Einstellung vgl Rz 506.

⁷⁷ Die Zweckmäßigkeitkontrolle bei der Vertretung der „staatlichen Interessen in der Rechtspflege“ ist Sache des BMJ.

⁷⁸ Nach Wiederin, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28 (31), bloß eine „geniale Marketingmaßnahme, die bis heute wirkt.“ Versuche, die Rolle „verfassungsrechtlich auszubuchstabieren“, habe man im Nationalsozialismus und bei der Staatsanwaltschaft als Wächterin sozialistischer Gesetzlichkeit gesehen.

⁷⁹ §§ 24 ff VO-UA.

⁸⁰ § 1 Abs 1 erster Satz StPO.

⁸¹ Vgl § 106 Abs 1 StPO.

⁸² Vgl Rz 33; zur Unzulässigkeit vgl Ratz (FN 42) 278 f.

⁸³ Grundlegend 14 Os 21/19y EvBl 2019/116; Vgl Rz 43, 87, 184, 408, 509.

⁸⁴ Vgl Ratz, WK-StPO, Vor § 280 (Stand 01.04.2015, rdb.at) Rz 5; zum „Begriff der Justizverwaltung“ instruktiv Piska (FN 7) Rz 26 ff.

⁸⁵ Vgl Rz 88, 91, 566.

⁸⁶ Art 53 Abs 1 zweiter Satz (87 Abs 2) B-VG; vgl Grabenwarter/Frank, B-VG (2020) Art 53 Rz 5; vgl auch Rill, Art 90a B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2010) Rz 14.

⁸⁷ Jedenfalls, wenn Betroffene davon nicht samt Belehrung über offenstehende Rechtsbehelfe durch Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei informiert werden, liegt die von § 23 Abs 1a StPO angesprochene Subsidiarität gegenüber der „Einbringung von Rechtsbehelfen“ durch dazu Berechtigte außerhalb des gesetzlichen Plans;

II. Unabhängigkeit, Trennungs- und „Anklagegrundsatz“

A. Unabhängigkeit und ihre Absicherung

Was die ordentlichen Gerichte betrifft, entspricht das B-VG den Vorgaben von EU-Recht und Art 6 Abs 1 EMRK, indem es „[d]ie Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig“ stellt, die Gerichte – ebenso wie die „gesamte staatliche Verwaltung“ – an die Gesetze bindet, den Gerichten aber, wenn nicht Anwendungsvorrang von EU-Recht greift, Normanfechtung ermöglicht.⁸⁸ Soweit „unabhängig“ nach Art 6 Abs 1 EMRK als Weisungsfreiheit und Absicherung der darin liegenden Selbstbestimmung verstanden wird,⁸⁹ geht es um unterschiedliche Sprachebenen. Während die „Unabhängigkeit“ des Art 87 Abs 1 B-VG aussagenlogisch fassbar, also entweder gegeben oder nicht gegeben und diffuser Aufladung durch mehr oder weniger „Druck“ auf die Richter entzogen ist,⁹⁰ geht es bei deren Absicherung um bloß typologisches Erfassen, sodass mangelnde Ausprägung in einem Bereich mehr oder weniger durch stärkere Akzentuierung eines anderen Bereiches ausgeglichen werden kann. Solche Absicherung geht für „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ schon mangels Bezugspunkt ins Leere; sie sollen nach Art 90a B-VG ja gerade nicht weisungsfrei, sondern an „Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ gebunden sein. Während Art 83 Abs 2 B-VG bei Gericht durch Art 87 Abs 3 B-VG bewehrt wird, welcher die Abnahme einer „Sache“ nur durch Richter „in Ausübung ihres richterlichen Amtes“⁹¹ erlaubt, und der OGH in Strafrechtssachen Auslegung der Geschäftsverteilung sogar kollegialer Justizverwaltung entzieht und trennscharf der „Rechtsprechung“ zuschlägt,⁹² ist der Leiter einer Staatsanwaltschaft „im Einzelfall befugt, die Amtsverrichtungen aller ihm unter-

ebenso wie nach § 23 Abs 1a StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerden an der Zulässigkeit anderer Rechtsbehelfe nichts ändern, bleibt auch die Zulässigkeit nach § 23 Abs 1a StPO ergriffener Nichtigkeitsbeschwerden von danach eingebrachten Rechtsbehelfen unberührt; vgl 11 Os 109/21w EvBl 2022/56.

⁸⁸ Vgl Art 18 Abs 1, 89 B-VG.

⁸⁹ Vgl Grabenwarter/Pabel (FN 28) Rz 36.

⁹⁰ Grundlegend und unmissverständlich Piska (FN 7) Rz 7 ff; zuletzt S. Lendl, Unzulässiger Druck: Ein neues Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit?, JRP 2021, 205; was „unzulässigen Druck“ angeht, wird übrigens ein Problem, nicht dessen Lösung angesprochen (vgl Ratz, Dienstaufsicht, in: Neumayr (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung [2019] 45 ff); vgl auch Wiederin, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28.

⁹¹ Art 87 Abs 1 und 2 B-VG.

⁹² Instruktiv zuletzt 11 Os 125/19w, EvBl 2020/100, 683.

geordneten Organe selbst zu übernehmen oder mit der Wahrnehmung staatsanwaltschaftlicher Aufgaben aus schwerwiegenden Gründen einen anderen als den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Staatsanwalt zu betrauen“,⁹³ also „Staatsanwälte“ ihrer „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ zu entheben. Von Art 20 des Strafrechtsübereinkommens über Korruption⁹⁴ verlangte – vertragskonform zu interpretierende – „Unabhängigkeit“ für „[s]pezialisierte Behörden“⁹⁵ ähnelt der Unabhängigkeit der Richter und ihrer Absicherung nur im Wortklang.⁹⁶ Soweit sie „Spezialisierung von Personen oder Einrichtungen auf die Korruptionsbekämpfung“ und „im Rahmen der Grundprinzipien der Rechtsordnung der betreffenden Vertragspartei die erforderliche Unabhängigkeit, um ihre Aufgaben wirksam und frei von jedem unzulässigen Druck wahrnehmen zu können“, verlangt, zeigt bereits die im Wort „erforderlich“ zum Ausdruck kommende Abstufung, dass gerade nicht Unverantwortlichkeit, sondern deren kontradiktorisches Gegenteil gemeint und bloß Transparenz und Angemessenheit der Kontrolle eingefordert wird. Dass das Übereinkommen iSd Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG „gesetzesergänzenden Inhalt“ hat, bedeutet bloß, dass es „Bestimmungen enthält, die in Österreich mangels gesetzlicher Grundlage iSd Art 18 Abs 1 und 2 nicht als V, sondern nur als Gesetz erlassen werden können“,⁹⁷ nicht dass es unmittelbar anwendbar – „self executing“ – wäre.⁹⁸

B. Unabhängigkeit und Trennungsgrundsatz

Im Abschn B des Dritten HptSt des B-VG finden sich Bestandsgarantien für die „ordentlichen Gerichte“, „die Richter“, „Staatsanwälte“, „Geschworene“ und „Schöffen“ sowie den „Oberste[n] Gerichtshof“ als „[o]berste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen“ sowie die Trennung der „Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen“. Weder „Staatsanwälte“ noch die „Staatsanwaltschaft“ sind „Instanz“ der „ordentlichen Gerichtsbarkeit“. Die ordentlichen Gerichte, der Oberste Gerichtshof und die untereinander in einem Instanzenzug verbundene, gegenüber der Verwaltung aber „in allen Instanzen“ getrennte Justiz sind Behörden im organisatorischen Sinn;⁹⁹ „die Richter“, „Staatsanwälte“, „Geschworene“ und

⁹³ § 2 Abs 2 letzter Satz StAG.

⁹⁴ BGBl III 1/2014.

⁹⁵ Also auch Sicherheitsbehörden; vgl das BAK-G, BGBl I 72/2009 idGF.

⁹⁶ Vgl auch Burgstaller (FN 8) Rz 39 f.

⁹⁷ Grabenwarter/Frank, B-VG (2020) Art 50 Rz 4.

⁹⁸ Vgl Grabenwarter/Frank (FN 97) Rz 11; zu § 2a Abs 1 und 3 StAG vgl 299 BlgNR XXIII. GP 19 und 669 BlgNR XXV. GP 2, wonach es mit Blick auf BGBl I 96/2015 bei Berichtspflichten einer „speziellen Ausnahmeregelung für die WKStA [...] nicht mehr [bedarf]“.

⁹⁹ Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger (FN 16) Rz 549.

„Schöffen“ sind es nicht.¹⁰⁰ Ebenso wenig wie nach dem B-VG zwischen „Verwaltungsbehörde[n]“ und „Verwaltungsgerichte[n]“ ein Instanzenzug besteht, ist ein solcher zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht eingerichtet. Einspruch wegen Rechtsverletzung und Gerichtskontrolle mit Bezug auf Einstellung, Fortführung und Wiederaufnahme bedeuten keine Unterordnung im Instanzenzug. *Nicht die „Staatsanwälte“, sondern deren Kontrollorgane sind „von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt“*¹⁰¹ – „Staatsanwälte“ und „Staatsanwaltschaften“ sind im Verhältnis zu Gerichten keine „Instanz“:¹⁰² Weder stehen Gerichten „Staatsanwälte[n]“ oder der „Staatsanwaltschaft“ gegenüber Aufsichtsbefugnisse¹⁰³ oder Fehlerbereinigung „von Amts wegen“¹⁰⁴ zu, noch dürfen sie „Verhalten“ der „Staatsanwälte“ in „Ermittlungsfunktionen“ – wie im „Instanzenzug“ typisch –¹⁰⁵ kassieren oder ersetzen,¹⁰⁶ und Befangenheit der „Staatsanwälte“ ist nicht Gegenstand des Rechtsmittelkalküls,¹⁰⁷ was bei Gerichten gegen Art 6 Abs 1 EMRK verstieße, der – auf der Verfassungsebene – ausdrücklich von einem „unparteiischen“ Gericht die Rede sein lässt.

C. Unabhängigkeit und „Anklagegrundsatz“

Kontrolle der „Rechtsprechung“, also der „Richter [...] in Ausübung ihres richterlichen Amtes“¹⁰⁸ erfolgt im Nachhinein durch übergeordnete Gerichte¹⁰⁹ im Instanzenzug, Kontrolle der „Staatsanwälte“ in „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“ sowohl durch „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“¹¹⁰ als auch im Nachhinein durch ordentliche Gerichte aufgrund von Rechtsbehelfen der StPO. Unter dem Aspekt von Art 94 B-VG gehören „Staatsanwälte“ in „Ermittlungs- und Anklagefunktionen“

gleichwohl zur ordentlichen Gerichtsbarkeit. Während aber „Staatsanwälte“ auch als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ in ihren „Ermittlungsfunktionen“ nach den Vorgaben der Verfassung „an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ durch „Bundesgesetz“ zu binden sind, „sind [die Richter] in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig“, und zwar selbst in kollegial ausgeübten „Justizverwaltungssachen“ (Art 87 Abs 1 und 2 B-VG), sodass von vorgesetzten Organen Richtern „in Ausübung ihres richterlichen Amtes“ erteilte Weisungen unwirksam – absolut nichtig – sind.¹¹¹ „Unabhängigkeit“ für „Staatsanwälte“ kennen weder B-VG noch Art 6 EMRK und Art 47 GRC. Ihre „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ – auch der „Verwaltung“ – *fußt darauf, dass „[d]ie Staatsanwaltschaften [...] zur Wahrung der Interessen des Staates in der Rechtspflege, vor allem in der Strafrechtspflege, berufen“ sind, sie also Gemeinwohlinteressen und damit für die „Verwaltung“ typische Aufgaben wahrzunehmen haben, die demokratisch verantwortlich ausgeübt werden sollen.*¹¹² Zur Entscheidung über „die Interessen des Staates [...] in der Strafrechtspflege“ und widerstreitende Interessen von Privaten aber sind allein die ordentlichen Gerichte berufen – nur deren Organen sind dabei „unabhängig“.¹¹³ Von „Unabhängigkeit“ für

¹⁰⁰ Art 90a B-VG stellt demnach nicht auf „Organkomplexe ab“; vgl aber auch *Wiederin* (FN 2) Rz 34.

¹⁰¹ Vgl *Ratz* (FN 4) 60.

¹⁰² Zum Begriff vgl Art 15 Abs 3 und 4, 78c, 78d Abs 2, 87a Abs 1, 92 Abs 1, 94, 115 Abs 2, 118 Abs 4, 132 Abs 5, 139 Abs 1 Z 4, 140 Abs 1 Z 1 lit d, 151 Abs 51 Z 8 und 9 B-VG.

¹⁰³ Vgl § 89 Abs 2b letzter Satz; vgl auch § 15 StPO idF vor BGBl I 19/2004, §§ 74 Abs 1, 76 f GOG.

¹⁰⁴ Vgl § 290 Abs 1 zweiter Satz (§ 471 [§ 489 Abs 1 zweiter Satz], § 344 erster Satz, § 362 Abs 1 Z 1 StPO.

¹⁰⁵ Vgl auch § 113 StPO idF vor BGBl I 19/2004.

¹⁰⁶ Zur Erledigung von Einspruch wegen Rechtsverletzung vgl Rz 206 f, 272, 338, 594, 648, insb Rz 327; zum Beginn des Ermittlungsverfahrens Rz 203; zu Säumnis der Staatsanwaltschaft Rz 273, zur Befassung der Staatsanwaltschaft anstelle eines Rechtsbehelfs gegen Verhalten der Kriminalpolizei Rz 265.

¹⁰⁷ § 47 Abs 3 StPO; vgl aber Art 130 Abs 1 Z 1 (§ 7 AVG) B-VG.

¹⁰⁸ Art 87 Abs 1 B-VG.

¹⁰⁹ Art 83 Abs 1 erster Satz B-VG.

¹¹⁰ Nach § 1 zweiter Satz StAG demnach nicht eines Gerichts.

¹¹¹ *Markel*, Rspr, JBl 2014, 407, hält Dienstaufsicht (§§ 74-77 GOG) und innere Revision (§ 78a GOG), sowie „unparteiisch“ und „unabhängig“ iSd Art 6 EMRK nicht auseinander und scheint beim Versuch, mit Regelungen über Rechtsschutzbeauftragte just Weisungsfreiheit als aliud gegenüber Unabhängigkeit darzustellen, das paradoxe Ergebnis eines Umkehrschlusses aus Art 87 Abs 1 B-VG (der Richtern „nur“ Unabhängigkeit, aber nicht „dazu ausdrücklich auch“ Weisungsfreiheit garantiert) zu übersehen; vgl auch *Rill* (FN 86) Rz 13.

¹¹² Vgl dazu *Wiederin*, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in: *Stolzlechner-FS* (2013) 741 (753 f): „Neben dem Gesetz ist die Verwaltung auch dem Gemeinwohl verpflichtet. Anders wäre weder erklärbar, weshalb Verwaltungsorgane an die Weisungen ihrer Vorgesetzten gebunden sind, noch rechtfertigbar, dass die obersten Organe der Verwaltung dem Parlament gegenüber verantwortlich sind [...] Was das Gemeinwohl erfordert, wird durchwegs politisch entschieden, in den Weisungen der Verwaltungsspitzen an die untergeordneten Organe, durch parlamentarische Interpellation, durch Funktionsenthebung der Verwaltungsspitzen, durch Abstimmung an der Urne. [...] Der Richter ist ausschließlich dem Gesetz unterworfen; ihm ist nicht das Gemeinwohl anvertraut“.

¹¹³ Ausübung von „Befugnis“ nach der StPO geschieht gegenüber Rechtsunterworfenen im hoheitlichen Gesetzesvollzug durch Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte, bei Mitwirkung „an der Rechtsprechung“ durch „[d]as Volk“ (Art 91 B-VG; § 11 Abs 2 StPO), aber auch durch Vertretung. Ausübung von Vertretungsbefugnis zerfällt in Vertretung von „Interessen des Staates“ durch Staatsanwaltschaften als Amtspartei im hoheitlichen Gesetzesvollzug und Vertretung anderer „Interes-

die Erhebung der „strafrechtlichen Anklage“ ist weder in Art 6 EMRK noch in Art 90 Abs 2 B-VG die Rede. Auch wer dem Anklagegrundsatz eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Übertragung von Ermittlungsbefugnis entnehmen will,¹¹⁴ findet keine verfassungsrechtliche Grundlage, für deren Ausübung „Unabhängigkeit“ zu verlangen.

III. Trennung der „Staatsanwälte“ von „Verwaltung des Bundes“

A. „Ermittlung“ durch Staatsanwaltschaft anstelle der Kriminalpolizei

Leitung, Führung und Durchführung von „Ermittlung“ sind auseinanderzuhalten. Aufgrund ihrer Befugnis zur Leitung kann die Staatsanwaltschaft nach § 98 Abs 1, § 101 Abs 1 StPO Anordnungen zur Führung des Ermittlungsverfahrens erteilen und nach § 103 Abs 2 erster Fall StPO „auch selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2) durchführen oder durch einen Sachverständigen durchführen lassen.“ Eine Befugnis der Staatsanwaltschaft zur „Durchführung“ von „Zwangmaßnahmen“ anstelle der Kriminalpolizei folgt daraus nicht.¹¹⁵ Vielmehr „kann sich [die Staatsanwaltschaft]“ nach § 103 Abs 1 zweiter Satz StPO an deren „Durchführung“ – nur, aber immerhin – „beteiligen und dem Leiter der kriminalpolizeilichen Amtshandlung einzelne Aufträge erteilen“. § 103 StPO nimmt augenscheinlich Maß an dem seit der Stammfassung der StPO¹¹⁶ bestehenden, demnach vorkonstitutionellen Verhältnis von OStA und Staatsanwaltschaft. Neben der „Aufsicht über die ihr unterstellten Staatsanwaltschaften“ ist die eine OStA nach § 21 Abs 2 StPO „berechtigt, sich an jedem Verfahren in ihrem Zuständigkeitsbereich unmittelbar zu beteiligen“ und kann „[i]m Einzelfall [...] die Aufgaben und Befugnisse einer Staatsanwaltschaft übernehmen.“ Während eine OStA anstelle einer Staatsanwaltschaft tätig werden darf, verzichtet § 103 StPO auf ein Recht „der Staatsanwaltschaft“, „Aufgaben und Befugnisse“ der „Kriminalpolizei“ zu „übernehmen“.¹¹⁷ Auch kennen weder Art 138

sen“ durch „Vertreter in Strafsachen“ (näher Rz 10). Während „[d]ie Staatsanwaltschaften [...] ihre Tätigkeit“ nach § 19 Abs 2 StPO „als Organe der Rechtspflege durch Staatsanwälte ausüben“ sind Beschuldigten und Privatbeteiligten Rechtsanwälte zur Vertretung ihrer „Interessen“ nach § 61 Abs 2, § 67 Abs 7 StPO „im Interesse der Rechtspflege“ beizugeben; vgl auch § 363c Abs 1 StPO.

¹¹⁴ Instrukтив Wiederin (FN 2).

¹¹⁵ Mit Blick auf §§ 88 Abs 3, 141, 149c Abs 1 erster Satz, 149g Abs 1, 149l erster Satz StPO idF vor BGBl I 19/2004 ist planwidrige Unvollständigkeit staatsanwaltlicher Ermittlungsbefugnis auszuschließen.

¹¹⁶ Vgl § 32 idF RGBl 119/1873.

¹¹⁷ Vgl Ratz (FN 4) 64 f; Ratz, „Auswertung [...] einer Information“ im Ermittlungs-, Haupt- und Rechtsmittel-

B-VG noch die StPO Kompetenzkonflikte zwischen Staatsanwaltschaften und Kriminalpolizei.¹¹⁸

B. Abgrenzung von „Ermittlung“ und Sicherheitspolizei

1. Eilkompetenz

Staatsanwaltschaft und Gerichte sind zu Sicherheitspolizei¹¹⁹ nicht befugt, während umgekehrt die Kriminalpolizei bei der „Aufklärung von Straftaten“, bei „Verfolgung verdächtiger Personen“ und „damit zusammenhängende[n] Entscheidungen“ gar wohl Notkompetenzen auszuüben haben. „Genehmigungen“ nach § 99 Abs 2, § 100 Abs 2 Z 2, § 102 Abs 1 erster Satz, § 210 Abs 3 erster Satz StPO sind nachträglich erteilte „Anordnungen“ von Staatsanwaltschaft oder Gericht gegenüber der Kriminalpolizei, rechtsgestaltende Entscheidungen des zur Leitung des jeweiligen Verfahrensabschnitts befugten Organs der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Staatsanwaltschaft oder Gericht) bei in Anspruch genommener¹²⁰ Eilkompetenz des Adressaten, dass unmittelbar ausgeübte verwaltungsbehördliche Befehls- oder Zwangsgewalt als mittelbare Ausübung strafprozessualer Befugnis gilt¹²¹ und so ex tunc der Kontrolle von Verwaltungsgerichten¹²² entzogen ist.¹²³ Notwendige Bedingung ist der zum Ausdruck kommende Wille der Kriminalpolizei, „um Genehmigung anzufragen (§ 100 Abs 2 Z 2)“.¹²⁴ Rechtsschutz gegen Genehmigung und Inanspruchnahme der Eilkompetenz sind auseinanderzuhalten. Sie betreffen unterschiedliche Prozessgegenstände. Während der „Rechtseingriff“¹²⁵ aufgrund erteilter Genehmigung in die Kompetenz der ordentlichen Gerichtsbarkeit fällt, ist unbefugte Inanspruchnahme von Eilkompetenz durch die Kriminalpolizei von Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG erfasst und vor dem Verwaltungsgericht

verfahren – „Ergebnisse“ als „Beweismittel“, ÖJZ 2022, 565.

¹¹⁸ Zu § 18 Abs 2, § 20a Abs 2 vgl Ratz (FN 117) 571.

¹¹⁹ § 3 SPG.

¹²⁰ Ob der Eilkompetenz ausübende Organwalter sich dessen bewusst war oder nicht, ist insoweit ohne Bedeutung; vgl Ratz, WK-StPO, Vor § 280 (Stand 01.01.2020, rdb.at) Rz 5; vgl auch Burgstaller (FN 8) Rz 18.

¹²¹ § 5 Abs 1 StPO.

¹²² Zu Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG vgl Grabenwarter/Frank (FN 46) Rz 6.

¹²³ AM Bertel/Venier, § 106, Komm StPO (2012) Rz 1d f, unter Berufung auf den „Trennungsgrundsatz (Art 94 B-VG)“; vgl nun aber Art 94 Abs 2 B-VG; die „Verantwortlichkeit“ von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft für ihr Handeln oder Unterlassen, hat zudem mit der Überprüfungscompetenz nichts zu tun.

¹²⁴ § 99 Abs 2 zweiter Satz (§ 210 Abs 3 zweiter Satz) StPO.

¹²⁵ § 5 Abs 1 StPO.

geltend zu machen.¹²⁶ Daher besteht auch keine Befugnis von Organen der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sich zu dieser Frage im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Genehmigung zu äußern.¹²⁷

2. Gefahrenabwehr

Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit haben zwar Befugnis zu – mittelbar die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit“¹²⁸ betreffenden – „Ermittlungsmaßnahmen“,¹²⁹ Festnahme und Untersuchungshaft, aber nur zur „Aufklärung“ bereits begangener „Straftaten“, zur „Verfolgung“ solcher Straftaten „verdächtiger Personen“ und zu „damit zusammenhängende[n] Entscheidungen“. *So weit Organen der Gerichtsbarkeit Befugnis zu „Ermittlungsmaßnahmen“ bloß zur Verhinderung von „im Rahmen einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung oder einer kriminellen Organisation (§§ 278 bis 278b StGB) geplanten Straftaten“¹³⁰ und Fahndung und Festnahme bloß zum Schutz vor Gefahren zukommt,¹³¹ treffen Staatsanwaltschaft und Gericht mit der „Aufklärung von Straftaten [...] zusammenhängende[...] Entscheidungen“ zur Abwehr einer „Gefahr für die öffentliche Sicherheit“,¹³² aber nur so lange, als Straftaten noch nicht aufgeklärt, das Strafverfahren also nicht beendet ist. Wo es nicht um – allein deshalb erforderliche und angemessene –¹³³ Maßnahmen zur Aufklärung von Straftaten geht, sind Organe der Gerichtsbarkeit auf Initiative einer Sicherheitsbehörde in dem Sinn verwiesen, dass diese die jeweilige Anordnung – wie es § 100 Abs 2 Z 2 StPO ausdrückt – für „erforderlich oder zweckmäßig“ hält, womit die Zulässigkeit der Anordnung von der solcherart zum Ausdruck kommenden Ermächtigung einer Sicherheitsbehörde abhängt.¹³⁴*

C. Rechtsschutzbeauftragter

Nicht erst seit BGBl I 19/2004 ist unter der Leitung des BMJ ein „in Ausübung [dieses] Amtes“ nicht

¹²⁶ Vgl Rz 200-202; zur Notkompetenz des Gerichts nach § 104 Abs 2 StPO vgl Rz 175.

¹²⁷ AM Vogl, WK-StPO, § 99 (Stand 11.05.2020, rdb.at) Rz 8 und Fabrizy/Kirchbacher (FN 28) § 99 Rz 4, jeweils unter Berufung auf 25 BlgNR XXII. GP 130, sowie Pilnacek/Stricker, WK-StPO (Stand 13.11.2017, rdb.at) § 105 Rz 19.

¹²⁸ Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG.

¹²⁹ 1. und 2., 4.- 6. Abschn des 8. HptSt der StPO.

¹³⁰ Vgl § 131 Abs 2 zweiter Fall, § 135 Abs 3 Z 3 dritter Fall, § 136 Abs 1 Z 3 vierter Fall StPO.

¹³¹ Vgl § 169 Abs 1 letzter Satz (letzter Fall), § 170 Abs 1 Z 4, § 173 Abs 2 Z 3 StPO.

¹³² Vgl § 136 Abs 4 zweiter Satz StPO.

¹³³ Vgl § 5 Abs 1 StPO.

¹³⁴ Eingehend Rz 50.

an „Weisungen gebundenes“¹³⁵ Verwaltungsorgan als „Rechtsschutzbeauftragter“ samt „Stellvertretern“¹³⁶ eingerichtet, die „zur Wahrnehmung besonderen Rechtsschutzes nach diesem Bundesgesetz“ befugt sind.¹³⁷ Ein von Thienel angesprochenes „Spannungsverhältnis zum Gewaltenteilungsgrundsatz“ von „Kontrolle der Staatsanwälte durch den Rechtsschutzbeauftragten“ als „weisungsfreies [...] Verwaltungsorgan“¹³⁸ sehe ich nicht, schon weil „Ermächtigung“ zu Anordnung und „Anregung“ von Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes weder Weisung noch Anordnung bedeutet.¹³⁹ Nichtigkeitsbeschwerde nach § 23 Abs 1a StPO ist nach Art 94 Abs 2 B-VG verfassungsrechtlich unbedenklich. Keineswegs steht „den von solchen kriminalpolizeilichen Akten Betroffenen die Anrufung der Verwaltungsgerichte bis hin zu den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts offen“, weil *Beschwerde an das Verwaltungsgericht* „wegen Verletzung subjektiver Rechte“ *nur in Betreff von* „Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ nach „Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG“ – also „verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ –¹⁴⁰ und bei „Besorgung der Sicherheitsverwaltung“,¹⁴¹ nicht aber wegen Verletzung subjektiver Rechte nach der StPO zukommt,¹⁴² womit von „Befassung“ unterschiedlicher Gerichte „in derselben Sache (abgesehen von der wenig wünschenswerten Möglichkeit höchstgerichtlicher Judikaturdivergenz)“ keine Rede sein kann und angesichts unterschiedlicher Prozessgegenstände durchaus kein „gewisses Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlichen

¹³⁵ Art 20 Abs 1 erster Satz und Abs 2 B-VG; dass der Rechtsschutzbeauftragte „in Ausübung seines Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden“ ist, ist ein Pleonasmus – mehrfach unabhängig, ist einfach unabhängig; Richter wären sonst nicht *wirklich* unabhängig (Art 87 Abs 1 B-VG; vgl Ratz [FN 90] 51 [FN 78]).

¹³⁶ § 47a Abs 1 erster Satz und Abs 4 erster und letzter Satz StPO; zur „Weisungsfreiheit“ der Stellvertreter bloß „nach außen“ vgl Musak (FN 23) Art 83 Rz 11; soweit § 47a Abs 4 erster Satz StPO das Verwaltungsorgan als „unabhängig“ bezeichnet, ist die Vorschrift ohne normativen Gehalt, spricht also nur – wenngleich insoweit durchaus wirksam – Gefühle an; vgl Ratz, Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2016, 492 (494; Fn 17); Ratz (FN 90) 36 f sowie Rz 1.

¹³⁷ Zu Befugnissen und dem Verwaltungsorgan zustehenden Rechtsbehelfen vgl Rz 45 f.

¹³⁸ Thienel (FN 8) 833.

¹³⁹ Vgl Rz 26 f, 33, 45 f, 75, 508; vgl auch Rill (FN 86) Rz 13.

¹⁴⁰ Vgl Grabenwarter/Frank (FN 46) Rz 6.

¹⁴¹ Vgl § 22 Abs 3 zweiter Satz, § 88 Abs 1 und 2 SPG.

¹⁴² Auch § 89 SPG betrifft nur „Verletzung einer gemäß § 31 festgelegten Richtlinie“, also „Sicherheitsverwaltung (§ 2 Abs 2 SPG)“; vgl § 1 SPG; § 1 Abs 1 RLV.

Gebot klarer Zuweisung von Zuständigkeiten; Art 83 Abs 2 iVm Art 18 B-VG“ zu befürchten ist.¹⁴³

IV. Ergebnis

„Staatsanwälte“ haben als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit [...]n Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen“ – „von der Verwaltung getrennt“, aber mit „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ nach Maßgabe der „näheren Regelungen [durch Bundesgesetz]“ – „Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr[zunehmen]“. Über Beschwerden gegen ihre Tätigkeit in diesen Funktionen – welche nach § 19 Abs 2 StPO durch Staatsanwaltschaften geschieht – haben also ordentliche Gerichte im Instanzenzug oder der Oberste Gerichtshof unmittelbar zu entscheiden. Das weisungsfreie¹⁴⁴ Verwaltungsorgan „Rechtsschutzbeauftragter“ ist „zur Wahrnehmung besonderen Rechtsschutzes“ nach der StPO Staatsanwaltschaften gegenüber auf „Ermächtigung“¹⁴⁵ und Gerichtsbefassung beschränkt, sodass es weder mit diesen noch den ordentlichen Gerichten „verfahrensrechtlich [...] zu einer organisatorischen Einheit“ verflochten ist. „Staatsanwälte“ sind nicht „Richter“, Staatsanwaltschaften keine „Gerichte“, und „Tätigkeit“ von Staatsanwaltschaften „als Organe der Rechtspflege durch Staatsanwälte“ ist nicht „Rechtsprechung“, sodass „ihre Akten und Unterlagen“, von Art 53 Abs 2 zweiter Satz B-VG

nicht erfasst und – nach Maßgabe „nähere[r] Bestimmungen“¹⁴⁶ – „einem Untersuchungsausschuss auf Verlangen im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung [...] vorzulegen“ sind. Ohne gesetzliche Befugnis dürfen sie aber „dem Ersuchen eines Untersuchungsausschusses um Beweiserhebungen“ nicht Folge leisten.¹⁴⁷ „Unabhängigkeit“ als Ausdruck von Selbstbestimmung vermittelt ein gutes Gefühl. Wo es um staatliche Machtausübung geht, dürfen aber „checks and balances“ nicht zu kurz kommen. Mit gutem Gefühl zu rechtlich ungültigen Schlüssen führt die Vorstellung einer „institutionellen Unabhängigkeit der Rechtsprechung“ auf der Grundlage „interessierte[r] Stellungnahmen“,¹⁴⁸ wie Wittreck in seinem Gutachten zum 73. Deutschen Juristentag 2020 in aller Klarheit nachgewiesen hat.¹⁴⁹ Wenn ordentliche Gerichte und Staatsanwaltschaften „unabhängige Gerichtsbarkeit“ ausüben,¹⁵⁰ folgt daraus kein Gewinn für den Rechtsstaat, wenn „die in Form von Kurations-, Mitwirkungs-, und Kontrollrechten zu Ausdruck gelangenden gewaltenverbindenden Elemente“¹⁵¹ durch ständische ersetzt werden, keiner für die Demokratie.

Korrespondenz: Hon.-Prof. Dr. Eckart Ratz, Präsident des OGH iR, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Wien, Schenkenstraße 4, A-1010 Wien; eckart.ratz@univie.ac.at

¹⁴³ Rz 270; aM Schroll/Oshidari, WK-StPO, § 23 (Stand 11.05.2020, rdb.at) Rz 13, deren Behauptung, dass „die Bedingungen für ein Tätigwerden der Generalprokuratur gar nicht eintreten können (arg: ‚sofern‘)“, ein logischer Zirkel ist, der auf der unbelegten Annahme beruht, dass nur „nach diesem Gesetz“ bekämpfbare Vorgänge Gegenstand der „Anregung“ und damit des Rechtsbehelfs sein können.

¹⁴⁴ § 47a Abs 4 StPO; vgl Art 20 Abs 2 Z 1 B-VG, 314 BlgNR XXIII. GP 8, aber auch Rill (FN 86) Rz 13; vgl auch Rz 45.

¹⁴⁵ Vgl auch § 92 StPO, § 117 Abs 2 StGB; zu § 23 Abs 1a StPO vgl Rz 46.

¹⁴⁶ Art 53 Abs 5 erster Satz B-VG.

¹⁴⁷ Art 53 Abs 3 erster Satz und Abs 5 B-VG.

¹⁴⁸ Vgl Zinkl, Auf dem Weg zur Autonomie, in: Pilgermayr (Hrsg), Wandel in der Justiz (2013) 521; vgl dazu Görg, Die Presse“ 15.02.2022 in Betreff der derzeitigen Präsidentin der richterlichen Landesvertretung: Sie verfolgt mit diesem Vorschlag („mehr Transparenz bei der Auswahl von Spitzenpositionen in der Justiz“) auch ein ganz anderes Ziel: der Schaffung eines selbstreferenziellen Systems, bei dem Exekutive und Legislative nur mehr dafür gebraucht werden, der Justiz die geforderten Ressourcen zur Verfügung zu stellen.

¹⁴⁹ Wittreck, aaO, 91.

¹⁵⁰ Vgl Matejka, „Festansprache“ beim „RichterInnentag 2021“, RZ 2022, 5 (passim).

¹⁵¹ Vgl Piska (FN 7) Rz 7.