

Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach §§ 112f StPO

Der Beitrag schnell gelesen

Seit Inkrafttreten des StPRefG und dem damit verbundenen Wechsel von gerichtlicher zu staatsanwaltlicher Leitung des strafprozessualen Vorverfahrens sind die Wege zum Schutz der widerstreitenden Interessen von Beteiligten und Dritten verzweigt. Da „[n]iemand [...] seinem gesetzlichen Richter entzogen werden [darf]“ (Art 83 Abs 2 B-VG), ist es wichtig, diese klar erkennbar zu machen. Im Folgenden geht es um das Zusammenspiel unterschiedlicher Verfahren bei der „Auswer-

tung“ durch „Sicherstellung von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern“ gewonnener Information.¹

Strafprozessrecht

§ 4 Abs 1, § 111 Abs 2, §§ 112, 112a StPO
OGH 13 Os 94/17y, 13 Os 95/17w, 13 Os 96/17t,
13 Os 97/17i und 11 Os 56/20z

ÖJZ 2023/29



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. Einleitung
- B. Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach § 112 StPO
 - 1. Widerspruch
 - 2. Vorlage
 - 3. Aufforderung und „Beziehung des Betroffenen“
 - 4. „Anordnung“ und „Auswertung“
 - 5. „Einspruch“ und „Beschwerde“
 - 6. Nichtigkeitsdrohung
- C. „Unterlagen und Informationen [...] in der Verfügungsmacht des Beschuldigten“
- D. Der „Beschuldigte“ (§ 48 Abs 2 StPO) als „betroffene Person“ (§ 48 Abs 1 Z 4 StPO)
 - 1. Dilemma
 - 2. Bindend geregeltes Verhalten der StA
- E. Besonderheiten des § 112a StPO
 - 1. Abgrenzung zur Amtshilfe
 - 2. Spezielle Vorschriften

A. Einleitung

Rechtsschutz nach Art der §§ 112f StPO war im Vorverfahren bis 31. 12. 2007 nicht vonnöten.² Wohl deshalb tun sich manche damit und mit dem ebenfalls neuartigen Verlangen nach „Bestellung [des Sachverständigen] im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ (§ 126 Abs 5 erster Satz StPO) schwer.³ Während subjektive Rechte auf und gegen „Ermittlung“ von „Information“ (§ 91 Abs 2 erster Satz StPO) „im Ermittlungsverfahren“ mit Einspruch wegen Rechtsverletzung geltend gemacht werden können,⁴ stellen §§ 112f StPO Sonderverfahren für bestimmte „betroffene Person[e]n“ und „betroffene Behörde[n] oder öffentliche Dienststelle[n]“ gegen Verletzung spezieller Geheimnisse bereit, und zwar sowohl gegen „Ermittlung“ als auch gegen Sachverhaltsklärung nach Einbringen der Anklage;⁵ nur dass ein Antrag nach § 112 Abs 1 zweiter Satz StPO wegen des Stellungswechsels der StA ausscheidet.⁶ Durch § 112a StPO werden nun sogar staatlichen Organen im Hoheitsvollzug – von subjektiven Rechten („Rechte von Personen“)⁷ verschiedene – **Aussonderungs-**

rechte und ein besonderer, an § 112 StPO angelegelter **Rechtsweg** eröffnet. Darauf sollen sie nach dem Konzept der StPO – jedenfalls sonst – nicht angewiesen sein: Auch wenn § 155 StPO zum Schutz von Beicht- und Amtsgeheimnis, anders als bei bloßer „Aussagebefreiung“ und „Aussageverweigerung“ nach §§ 156f StPO, ein striktes „Verbot der Vernehmung als Zeuge“ aufstellt, wird zur Absicherung des Beichtgeheimnisses von § 144 Abs 1 StPO nachdrücklich dessen Umgehung verboten, während Umgehung der von § 155 Abs 1 Z 2 und 3 StPO angesprochenen Verschwiegenheit dem Gesetzgeber des StPRefG noch als „denk-unmöglich“ erschienen zu sein scheint.⁸ **Während der Schutz von Persönlichkeitsrechten Ausdruck der Führungs- und Leitungsbefugnis und gegen Interessen⁹ Beschuldigter** (§ 48 Abs 2 StPO) **und anderer Verfahrensbeteiligter abzuwägen ist**, die diese geltend machen können,¹⁰ **geht es §§ 112f StPO** gerade nicht um Brauchbarkeit der vom Widerspruch erfassten Information, vielmehr **darum, von einem berechtigten Widerspruch erfasste Information von vornherein – und** (außer nach § 86 Abs 2, § 87 Abs 1 StPO) **ohne Beteiligung von der „betroffene[n] Person“ und der „betroffene[n] Behörde oder öffentliche[n] Dienststelle“ verschiedener** natürlicher oder juristischer **Personen** am jeweiligen Sonderverfahren – **nicht** in das Ermittlungs-, Haupt- oder Rechtsmittelverfahren **einfließen zu lassen**. Schutz gegen nicht „notwendige [...] Ermittlungen“ (§ 4 Abs 1 zweiter Satz [§ 5 Abs 1 erster Satz] StPO) und Ver-

¹ Rz ohne Werkbezeichnung beziehen sich auf Ratz, Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO² (2023).

² Zur Entstehungsgeschichte instruktiv *Rebisant*, Versteckte Antworten zur Sicherstellung von Beweisgegenständen im Ermittlungsverfahren, in *Lewis* (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2013, 161.

³ Vgl Rz 42, 47, 196, 210f, 292, 373, 653, 695, 697, 700, 720, 725, 728, 745, 752f.

⁴ Vgl Rz 47–49, 86–93/1, 492–500.

⁵ Beim Vorschlag von Ausgeschlossenheit eines im Stadium der Hauptverhandlung (pflichtgemäß) scheidenden Vorsitzenden verzichten *Tipold/Zerbes*, WK StPO § 112 Rz 4/3, auf den Nachweis einer Planwidrigkeit: vgl *Lässig*, WK StPO § 43 Rz 21; vgl auch *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 237, zur Aktenkenntnis unter dem Aspekt von § 252 Abs 4.

⁶ § 210 Abs 2 zweiter Satz StPO.

⁷ § 5 Abs 1 erster Satz StPO.

⁸ Vgl Rz 191; vgl auch Rz 33 zu sog absoluter Nichtigkeit von Akten der Vollziehung.

⁹ Zum Begriff vgl Rz 297 ff.

¹⁰ Vgl Rz 492–499.

letzung von Persönlichkeitsrechten ist vom Schutz der §§ 112f StPO also kategorisch verschieden.¹¹

B. Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach § 112 StPO

1. Widerspruch

Bezugspunkt für den Widerspruch des jeweils ersten Satzes der §§ 112f StPO ist die „Sicherstellung von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern“. Dadurch kann der Eindruck entstehen, als richte er sich gegen die „Begründung der Verfügungsmacht über“ die „Gegenstände“ Schriftstück oder digitales Speichermedium (§ 109 Z 1 lit a StPO).¹² Stattdessen geht es um **Widerspruch gegen deren „Auswertung“** (§ 91 Abs 2 erster Satz [dritter Fall] StPO),¹³ wenngleich die aufgrund des Widerspruchs zu treffende Entscheidung „in der Sache“, nämlich die nach § 112 Abs 2 dritter Satz, § 112a Abs 3 zweiter Satz StPO zu treffende „Anordnung“, die – davon zu unterscheidende –¹⁴ **Rechtsfolge** nach sich ziehen kann, dass die sichergestellten Schriftstücke oder digitalen Speichermedien zur Gänze „auszufolgen“ sind (§ 112 Abs 2 vierter Satz, § 112a Abs 3 dritter Satz StPO). Mit dem Begriff „Sicherstellung von [...] Datenträgern“ nimmt § 112 Abs 1 StPO auf die Definition dieses Vorgangs in § 111 Abs 2 StPO Bezug; danach wird dieser Informationseingriff durch „Sicherstellung“ und „Auswertung“ (§ 111 Abs 2 StPO) oder bloß „Auswertung“ („Nutzung“)¹⁵ der Datenträger durchgeführt.¹⁶ Nichts anderes gilt allerdings für „schriftliche [...] Aufzeichnungen“, welche gleichfalls – nur nicht iSd § 111 Abs 2 StPO – „Datenträger [...]“ sind. Die gesetzliche Differenzierung soll nur vor Augen führen,¹⁷ dass der **von §§ 112f StPO eröffnete Rechtsschutz für die „Auswertung“ von Schriftstücken und digitalen Speichermedien gleichermaßen** gilt, sodass nachfolgend „Datenträger“ sowohl für Schriftstücke als auch für digitale Speichermedien verwendet werden kann.¹⁸ „[V]on der Sicherstellung betroffene [...] Person“ ist, wer durch „Begründung der Verfügungsmacht über“ die „schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträger[...]“, also nicht der daraus ersichtlichen „Informationen“,¹⁹ „unmittelbar beeinträchtigt“ wurde, nach 13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i also „jene Person, welche die sichergestellten schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträger in ihrer Verfügungsmacht hat“.²⁰ Geht es bei der Legitimation zum Widerspruch aber um den Datenträger, sind die angeblich guten Gründe, welche dafür sprechen sollen, „auch den Berufsgeheimnisträger als Betroffenen iSv § 48 Abs 1 Z 4 iVm § 112 Abs 1 StPO anzusehen, wenn er nicht ohnehin Inhaber der Unterlagen ist“, samt angeblicher Pflicht zur Verständigung von der Sicherstellung,²¹ unschwer als rechtspolitisches Desiderat, nicht aber als Ergebnis von Auslegung der geltenden Norm auszumachen.

Betroffenheit bezieht sich auf den Datenträger, nicht die Daten.

Verfehlt wäre es umgekehrt, für das Widerspruchsrecht Betroffener den Willen zu verlangen, den Datenträger als den seinigen zu behalten.²² Allerdings ist nach § 48 Abs 1 Z 4 StPO für die Zulässigkeit des Widerspruchs Betroffener ein **Recht zur Innehabung** zu verlangen. 13 Os 94/17y, 13Os 95/17w, 13Os 96/17t, 13Os 97/17i betont, dass die „Rechtsansicht, es seien auch andere als von der Sicherstellung betroffene Personen zu einem Widerspruch iSd § 112 StPO legitimiert, [...]verfehlt“ sei, und stellt damit klar, dass § 112 Abs 1 erster Satz StPO mit „anwesende Person“ **nur**

in „Vertretung“ **Betroffener anwesende Personen** erfassen will.²³ Als „Vertreter“ kommen alle gewillkürten und gesetzlichen Vertreter und Verteidiger²⁴ eines Betroffenen sowie im Rahmen der Durchführung des Zwangsmittels – demnach auch nach § 121 Abs 2 letzter Satz StPO – von Gesetzes wegen beizuziehende Personen in Frage. **Widerspruch nach dem ersten und „Antrag“ nach dem zweiten Satz des § 112 Abs 1 StPO sind rechtsgestaltende Erklärungen, die unmittelbar zur Befassung unterschiedlicher Organe** als gesetzlicher Richter nach Art 83 Abs 2 B-VG führen. Von Befassung durch Rechtsbehelfe²⁵ unterscheiden sie sich, indem sie sich – wie das Verlangen auf Sachverständigenbestellung „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ nach § 126 Abs 5 erster Satz StPO – nicht unmittelbar gegen eine Verfügung, hier die „Begründung der Verfügungsmacht über“ den Datenträger, richten.²⁶ Während ein „Antrag des Betroffenen“ bis zum vollständigen Abschluss der „Auswertung“ zulässig ist, kann der **Widerspruch der sonst „anwesende[n] Person“ nur bei** – also „im Rahmen“ – der „Begründung der Verfügungsmacht“ über den Datenträger ausgeübt werden.²⁷

2. Vorlage

Die – zur Durchführung der „Sicherstellung“ befugte –²⁸ **Kriminalpolizei trifft nur die „Aufgabe“ zur Vorlage²⁹ von Erklärungen, welche als Widerspruch** von der „Begründung der Verfügungsmacht über“ Datenträger Betroffener oder dabei anwesender Personen „unter Berufung auf ein gesetzlich anerkanntes Recht auf Verschwiegenheit, das bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Sicherstellung umgangen werden darf“, **für sie erkennbar sind.**³⁰ Ob und inwiefern „ein gesetzlich anerkanntes Recht auf Verschwiegenheit, das bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Sicherstellung umgangen werden darf“, vorliegt, ist Gegenstand der Entscheidung des Gerichts, im Fall von § 112 Abs 1 zweiter Satz

¹¹ Vgl auch 14 Os 48/21x, 50/21s.

¹² Vgl § 106 Abs 1 Z 2 StPO.

¹³ Vgl auch Stricker, Schutz von Berufsgeheimnissen, ÖJZ 2016, 539 (544).

¹⁴ Vgl Rz 52, 560, 568, 601, 651, 674, 720f, 725, 729.

¹⁵ Vgl § 91 Abs 2 letzter Satz StPO.

¹⁶ Vgl Rz 86, 689, 692–696, 704, 709.

¹⁷ Zur Methode vgl Rz 1.

¹⁸ §§ 112f StPO verwenden anstelle „von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern“ auch (bloß) „Aufzeichnungen oder Datenträger“ oder „Unterlagen“.

¹⁹ Anders Tipold/Zerbes, WK StPO § 112 Rz 10/2; weitere Nachweise bei Schmieder/Ortner, LiK § 112 Rz 18.

²⁰ Bei dem in einem obiter dictum (explizit „bloß zur Klarstellung“) von 14 Os 68/21p EvBl-LS 2022/130 unter Berufung auf § 6 Abs 2 StPO (vgl dazu Rz 236) ausgedrückten Verlangen nach Zustellung der Anordnung zur Sicherstellung von Datenträgern geht es um – hier nicht interessierende – Rechtsverletzung durch diese unter dem Aspekt eines effektiven (vgl Art 13 EMRK) Einspruchs wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 2 StPO und gerade nicht um eine Gegenposition zu 13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i, welche Entscheidung denn auch unerwähnt bleibt.

²¹ Stricker, ÖJZ 2016, 540.

²² Vgl § 309 zweiter Satz ABGB; vgl Stricker, ÖJZ 2016, 540, mit der auf „Inhaber“ bezogenen Einschränkung „regelmäßig“.

²³ IglS 1700 BlgNR 24. GP 2.

²⁴ Vgl Rz 10–14, insb Rz 11, wonach mangelnde Vertretungsbefugnis die Wirksamkeit prozessualer Handlungen Vertretener nicht beeinträchtigt, sodass auch nach § 73 letzter Satz StPO nicht geeignete Vertreter wirksam widersprechen können.

²⁵ Vgl Rz 142–145.

²⁶ Zu Eilkompetenzen im Verhältnis von staatlichen Organen zueinander vgl Rz 202.

²⁷ AM Stricker, ÖJZ 2016, 542, 544.

²⁸ Vgl Rz 690.

²⁹ Vgl Rz 278–280.

³⁰ Rechtswirksame Anordnung (§ 101 Abs 4 erster Satz StPO) von Nichtvorlage scheidet aus; vgl Rz 33.

StPO der StA.³¹ Die von § 112 Abs 3 erster Satz StPO normierte Legitimation Betroffener, „[g]legen die Anordnung der Staatsanwaltschaft [...] Einspruch“ zu „erheben“, stellt klar, dass „Auswertung“ trotz Widerspruch nach § 112 Abs 1 StPO Rechtsverweigerung nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO bedeutet. Es geht um einen von „Gewinnung“ und „Sicherstellung“ verschiedenen, speziell geregelten Teil der Durchführung des Zwangsmittels „Sicherstellung“, welcher rechtslogisch an die „Beendigung der Ermittlungsmaßnahme“ anknüpft; nur diese – nicht die „Auswertung“ – ist Gegenstand von Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 2 StPO.³²

3. Aufforderung und „Beziehung des Betroffenen“

Aufforderung nach § 112 Abs 2 erster Satz, § 112a Abs 2 erster Satz StPO ist „bloß eine auf den Fortgang des Verfahrens [...] gerichtete Verfügung“, bei Gerichtsbeurteilung also kein „Beschluss“.³³ Die Verfügung bindet das auffordernde Organ also nicht. Die StA ist zu beschlussförmiger Entscheidung ohnehin nicht befugt, was deren „Aufforderung“ allerdings keineswegs zu einer „Anordnung“ macht.³⁴ Kritik an unzureichendem rechtlichen Gehör – konkret an der Frist, „Teile [...] konkret zu bezeichnen“, und an unzureichender Gelegenheit, „in die hinterlegten Unterlagen Einsicht zu nehmen“ – ist Gegenstand des jeweils offenstehenden Rechtsbehelfs gegen die „Anordnung“ des § 112 Abs 2 dritter Satz StPO.³⁵ Die Obliegenheit, „konkret zu bezeichnen“, kann nicht bedeuten, dass nicht auch sämtliche auf dem sichergestellten Datenträger gespeicherten Informationen der reklamierten Verschwiegenheit unterliegen können.³⁶ „Konkret“ bedeutet also nicht „detailliert“, wo dies zum Erfassen des Gemeinten nicht erforderlich ist. Wie § 112 Abs 2 StPO dienen auch Abs 2 und 3 des § 112a StPO zur Klarstellung des Umfangs der Befassung. Auch mit der Obliegenheit, „anzuführen und zu begründen“, meint § 112a Abs 2 Z 1 StPO nichts anderes, als „deutlich und bestimmt“ zu bezeichnen, um den Gegenstand der Befassung klarzumachen.³⁷ Sollen durch § 112 Abs 2, § 112a Abs 2 StPO wirksame, nicht bloß theoretische oder scheinbare³⁸ Rechte garantiert werden, ist die Bezeichnungsobliegenheit auch in Relation zum Umfang der Sicherstellung und der davon abhängigen Übersicht Betroffener über erfasste Informationen zu beurteilen.³⁹ Die mit „konkret“ intendierte Anspannung Betroffener ist gegen jene von StA und Kriminalpolizei bei Bestimmung des Umfangs der Sicherstellung abzuwägen und nach Art einer Gefahrtragungsregel⁴⁰ ein Ausgleich zu finden. Im Umfang, in dem die Belastung Betroffener überwiegt, reduziert sich der Schutzzweck des Adverbs.⁴¹ Damit verbundene Verzögerungen der Auswertung begründen „eine der Staatsanwaltschaft anzulastende Verletzung des Beschleunigungsgebots (§ 9)“ nach § 108a Abs 3 erster Satz StPO, sind aber auch bei der Prüfung beachtlich, ob „Fortsetzung [des Ermittlungsverfahrens]“ verhältnismäßig ist.⁴² Nichtausübung der Berechtigung, „in die hinterlegten Unterlagen Einsicht zu nehmen“, hindert nicht die „bloß [...] auf den Fortgang des Verfahrens [...] gerichtete Verfügung“, „die Unterlagen zum Akt zu nehmen und auszuwerten“,⁴³ weil „der Betroffene“ die „Bezeichnung“ unterlassen habe.⁴⁴ 13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i betrachtet die Aufforderung systematisch als Teil des rechtlichen Gehörs, ohne welches die Verneinung des behaupteten Verweigerungsrechts nicht in Betracht kommt. Rechtliches Gehör verleiht weder ein Gestaltungsrecht noch eine Mitwirkungspflicht, soll bloß Gelegenheit zur Beteiligung am jeweiligen Verfahren geben.⁴⁵

4. „Anordnung“ und „Auswertung“

Die von § 112 Abs 2 dritter Satz StPO normierte „Anordnung“⁴⁶ kann auch in vollständiger Verneinung des reklamierten Verschwiegenheitsrechts bestehen. Gegenstand der Befassung und damit Gegenstand dieser „Anordnung“ ist allein das Verschwiegenheitsrecht, weder Beweisrelevanz, also Eignung als erhebliche Tatsache,⁴⁷ noch der Schutz von Persönlichkeitsrechten.⁴⁸ Auch Nichtbefolgung der Aufforderung nach § 112 Abs 2 erster Satz StPO entbindet die StA – wie 14 Os 48/21x, 50/21s klarstellt – nicht von ihrer „Aufgabe“, als Leiterin des Ermittlungsverfahrens aus Eigenem Rechtsschutz zu gewährleisten, und gegen ihr Verhalten in Ausübung dieser Befugnis steht in subjektiven Rechten verletzten Personen Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO offen.⁴⁹ Ausweislich der Entscheidungsgründe „hat nämlich erst die StA die von der Sicherstellung umfassten Aufzeichnungen und Datenträger (im Rahmen deren Auswertung) auf ihre Verfahrensrelevanz zu prüfen und nur solche Unterlagen zum Akt zu nehmen, welche im weiteren Verfahren als relevante Beweismittel in Frage kommen und nicht dem Umgehungsverbot des § 157 Abs 2 (§ 144 Abs 1) StPO unterliegen“. Nur soweit „Unterlagen“ aufgrund einer „Anordnung“ nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO nicht „zum Akt genommen werden dürfen“, soll diese „Aufgabe“ – nach Maßgabe des gleich unten zu 5. Gesagten – erledigt sein.

Gegenstand der „Anordnung“ ist nur das Geheimnis, weder Beweisrelevanz noch der Schutz von Persönlichkeitsrechten.

Über die Möglichkeit zum Verzicht auf das von § 112 Abs 1 erster Satz StPO angesprochene „Recht auf Verschwiegenheit“ ist damit nichts gesagt; ein solcher ist zwanglos möglich, kann aber aus unterlassenem Widerspruch ebenso wenig abgeleitet werden wie aus dem Verhalten des Betroffenen in dem nach § 112 StPO

³¹ 13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i; vgl Ratz, WK StPO Vor § 280 Rz 5; anders Stricker, ÖJZ 2016, 541.

³² Vgl Rz 322, 753f; vgl auch RIS-Justiz RS0131837.

³³ § 35 StPO; vgl Rz 5, 229–235, 238f; anders Stricker, ÖJZ 2016, 542 mwN.

³⁴ AM Stricker, ÖJZ 2016, 544 mwN; zur Rechtsnatur einer Anordnung der StA vgl Rz 29f, 64 (FN 312), 204, 229: Auch „Anordnungen“ der StA – ob einer „Bewilligung“ bedürftig oder nicht – sind stets verfahrensleitender Natur und binden daher, wie sonstige prozessleitende Verfügungen, nur das adressierte, nicht das entscheidende Organ. Einem Einspruch wegen Rechtsverletzung kann die StA ohne Bindung an ihr vorangegangenes Verhalten „entsprechen“ und Verlangen nach Gerichtsentscheidung betrifft dann nur noch die Frage, ob sie das auch getan hat.

³⁵ Gegenüber Tipold/Zerbes, WK StPO § 112 Rz 12/1, die von „Vorlage an das Gericht“ nach „Bezeichnung“ sprechen, ist klarzustellen, dass – außer im Fall eines nach § 112 Abs 1 zweiter Satz StPO gestellten Antrags – die Aufforderung nach § 112 Abs 2 erster Satz StPO in die Gerichtszuständigkeit fällt (vgl auch 13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i).

³⁶ Vgl 17 Os 3/17w EvBl 2017/158.

³⁷ Vgl Rz 41; vgl aber Stricker, ÖJZ 2016, 542.

³⁸ Zu § 112 vgl auch Meyer-Ladewig/Nettesheim, EMRK⁴ Einl Rz 26.

³⁹ 13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i steht dem nicht entgegen.

⁴⁰ Vgl Ratz, WK StPO § 281 Rz 743, § 285d Rz 10/1.

⁴¹ Vgl auch 17 Os 3/17w EvBl 2017/158.

⁴² Vgl Rz 191/1, 496, 565.

⁴³ Zur Wortfolge „zum Akt zu nehmen und auszuwerten“ ist anzumerken, dass „Auswertung“ als „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2 erster Satz [dritter Fall] StPO) Voraussetzung dafür ist, eine Information „zum Akt zu nehmen“, demnach mit „auszuwerten“ beweiswürdige Bewertung angesprochen wird; vgl Rz 747–750.

⁴⁴ AM Stricker, ÖJZ 2016, 543.

⁴⁵ AM Schmieder/Ortner, LiK § 112 Rz 45.

⁴⁶ Vgl Rz 29–32.

⁴⁷ Zur Differenzierung bei freiwilliger Übergabe eines Datenträgers vgl Rz 322 (FN 916).

⁴⁸ Vgl Rz 93–96; vgl auch Stricker, ÖJZ 2016, 543f mwN.

⁴⁹ Vgl Rz 492–499; richtungweisend 11 Os 56/20z EvBl 2020/159.

abgeführten Verfahren.⁵⁰ **Mangelnde Inanspruchnahme des von § 112 StPO eröffneten Verfahrens hat demnach keine Auswirkungen auf davon erfasste subjektive Rechte**, bedeutet auch keinen Verzicht darauf. Während 14 Os 48/21 x, 50/21 s also der unabhängig vom Verhalten Rechtsunterwerfener fortbestehende Rechtsschutzfunktion als Leiterin des Ermittlungsverfahrens hervorstreicht, war es dem OGH wichtig, durch Schreibfehlerberichtigung keinen Zweifel daran zu lassen, dass die StA bei der Durchführung der „Durchsuchung von Orten“ (§ 119 StPO) – mit der allein das HöchstG befasst worden war – zwar nach Abs 1, nicht aber nach Abs 2 des § 103 StPO befugt war, „sogar selbst dort tätig zu werden“. **Aus § 103 Abs 2 erster Fall StPO, wonach „[d]ie Staatsanwaltschaft [...] auch selbst Ermittlungen (§ 91 Abs 2) durchführen [kann]“, folgt demnach keine Befugnis der StA zur „Durchführung“ von „Zwangsmassnahmen“ anstelle der Kriminalpolizei.** Sie kann sich nach § 103 Abs 1 zweiter Satz StPO an deren „Durchführung“ – nur, aber immerhin – „beteiligen und dem Leiter der kriminalpolizeilichen Amtshandlung einzelne Aufträge erteilen“. Über Auswertung von Datenträgern kennt die StPO – weil deren Durchführung Sache der Kriminalpolizei ist (§ 110 Abs 2 StPO) – nur Berichte nach § 100 StPO, aber keine „Berichte“ einer StA oder darauf bezogene Amtsvermerke (§ 95 StPO).⁵¹

5. „Einspruch“ und „Beschwerde“

Der von § 112 Abs 3 erster Satz StPO gegen eine von der StA nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO getroffene „Anordnung“ eröffnete „Einspruch“ scheint auf den ersten Blick dem speziellen Einspruch nach dem zweiten Satz des § 126 Abs 5 StPO vergleichbar,⁵² ist rechtsdogmatisch angesichts des speziellen Befassungskalküls, wonach aufgrund des Einspruchs das Gericht „zu entscheiden hat, ob und in welchem Umfang [die Unterlagen] zum Akt genommen werden dürfen“, aber **ein der „betroffenen [...] Person“ zugestander Rechtsgestaltungsakt**, angesichts einer nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO getroffenen „Anordnung“ der StA **nunmehr** – wie nach § 126 Abs 5 erster Satz StPO – **Gerichtsbefassung zu „verlangen“, die „Anordnung“ der StA außer Kraft zu setzen und den von § 112 Abs 1 zweiter Satz StPO als „Antrag“⁵³ bezeichneten Rechtsgestaltungsakt unwiderruflich zu beseitigen.**⁵⁴ Der „Einspruch“ des § 112 Abs 3 erster Satz StPO zielt also auf Ersatz der Entscheidung der StA durch eine Gerichtsentscheidung erster Instanz.⁵⁵

Der „Einspruch“ zielt auf Ersatz der Entscheidung der StA durch eine Gerichtsentscheidung erster Instanz ab.

Da sich § 112 StPO über die dazu offenstehende Frist verschweigt, liegt Lückenfüllung durch die im § 126 Abs 5 erster Satz StPO genannte **Frist von 14 Tagen** ab Bekanntmachung nahe.⁵⁶ Bis zu deren Ablauf ist daher (außer bei Verzicht auf den Einspruch)⁵⁷ ein – spezielles –⁵⁸ subjektives Recht der „betroffene[n] [...] Person“ des Inhalts zu bejahen, dass die vom Widerspruch erfassten „Unterlagen [...] nicht zum Akt genommen werden“.⁵⁹ Das Gericht trifft seine „Anordnung“ (§ 112 Abs 2 dritter Satz StPO) mit „Beschluss“. Dafür gelten § 86 Abs 2, § 87 Abs 1 StPO, und nach § 112 Abs 3 zweiter Satz StPO kommt „[e]iner Beschwerde“ dagegen „aufschiebende Wirkung zu.“ Nach § 112a Abs 4 StPO steht auch „[d]er Behörde oder öffentlichen Dienststelle [...] Beschwerde“ gegen „den Beschluss des Gerichts“ (§ 112a Abs 3 zweiter Satz [§ 86 Abs 2, § 87 Abs 1] StPO) zu, und auch „diese hat aufschiebende Wirkung.“ Beschwerde gegen

„Beschlüsse“ iSd § 87 Abs 1 StPO zielt auf ein iudicium novum, sodass das Beschwerdegericht bislang unzureichendes rechtliches Gehör – konkret mit Bezug auf die Frist, „Teile [...] konkret zu bezeichnen“, und unzureichende Gelegenheit, „in die hinterlegten Unterlagen Einsicht zu nehmen“ – nachholen kann;⁶⁰ unter dem Aspekt von unzureichender Frist zur Bezeichnung trifft Beschwerdeführer die Obliegenheit, diese vor Ablauf der Beschwerdefrist vorzunehmen, wenn die Zeit bis dahin nach § 112 Abs 2 erster Satz, § 112a Abs 2 erster Satz StPO angemessen wäre.⁶¹

6. Nichtigkeitsdrohung

Zum Schutzzweck auf § 112 Abs 2 letzter Satz,⁶² § 112a Abs 3 letzter Satz StPO begründeter Nichtigkeit verschweigen sich die jeweiligen Erläuterungen.⁶³ Es geht dabei um die Legitimation zur Geltendmachung, nicht um Beschwer.⁶⁴ Anders gewendet, können Beteiligte durch die verbotene Information beschwert, aber am Verbot kein rechtlich anzuerkennendes Interesse haben. Auch die „Interessen des Staates in der Rechtspflege“, die die Staatsanwaltschaft wahrzunehmen hat, müssen sich keineswegs mit den im § 112a Abs 1 StPO genannten Interessen überschneiden, schon gar nicht decken. Beteiligte des Hauptverfahrens ist eine von Sicherstellung iSd § 112a Abs 1 StPO betroffene „Behörde oder öffentliche Dienststelle“ deshalb selbst dann nicht, wenn das Zwangsmittel im Hauptverfahren angeordnet wurde.⁶⁵ Schon weil die Nichtigkeitsdrohung mangels Schutzzweck für Beteiligte des Hauptverfahrens damit ins Leere ginge, geht es der Sache nach um kommissarischen Rechtsschutz durch anfechtungsbefugte Beteiligte, abhängig von deren Interesse an der Nichtverwendung der aus der Sichtung gewonnenen Erkenntnisse.⁶⁶ We-

⁵⁰ Vgl auch *Tipold/Zerbes*, WK StPO § 112 Rz 17.

⁵¹ Vgl Rz 42, 93, 756–758; ganz selbstverständlich auch *Marek*, Aktuelle Rechtsprechung zum Amtsmissbrauch, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2022, 151 (154f); „Auswertungsberichte“ der StA sind ein Missstand, der längst von der Dienstaufsicht aufzugreifen wäre.

⁵² Vgl Rz 642f.

⁵³ Was § 112 Abs 1 zweiter Satz StPO „Antrag“ nennt, nennt § 126 Abs 5 erster Satz StPO „[V]erlangen“ – die Rechtsnatur ist dieselbe, nämlich gesetzlich eingeräumte Befugnis zur Kompetenzbestimmung (Art 83 Abs 2 B-VG); vgl Rz 210, 727.

⁵⁴ Vgl Rz 637; vgl auch Rz 278, 728; dem für Einspruch wegen Rechtsverletzung geltenden Prüfungskalkül (vgl Rz 287f, 291) wird also von § 112 Abs 3 erster Satz StPO ausdrücklich derogiert; vgl auch *Stricker*, ÖJZ 2016, 544.

⁵⁵ Ohne „Einspruch“ wird Beschuldigten, die nicht „betroffene [...] Person“ sind (vgl C), kein Einfluss auf die von der StA getroffene „Anordnung“ (§ 112 Abs 2 dritter Satz [Abs 1 zweiter Satz] StPO) zugestanden (vgl auch § 52 Abs 1 erster Satz StPO); da solche „Anordnung“ nicht in Rechtskraft erwächst (vgl Rz 229), bleibt deren Recht auf „Beweisanträge“ (§ 55 StPO) jedoch unberührt.

⁵⁶ Bei Gesetzzerdung von BGBl I 2012/29 war der „Einspruch wegen Rechtsverletzung“ noch unbefristet (§ 106 StPO idF BGBl I 2011/1); auch analoge Anwendung von § 106 Abs 1 zweiter Satz StPO ginge am Schutzzweck – also am Plan – des § 112 StPO vorbei.

⁵⁷ Vgl Rz 361.

⁵⁸ Denn aufschiebend bedingtes Ergehen von Rechtsbehelfen kennt das Gesetz nicht; vgl Rz 309.

⁵⁹ Vgl auch Rz 728f.

⁶⁰ Die Gefahr trägt der Beschwerdeführer; zur vergleichbaren Obliegenheit vgl Rz 369f.

⁶¹ Die Gefahr trägt der Beschwerdeführer; zur vergleichbaren Obliegenheit zur Bezeichnung der Fundstelle eines geltend gemachten Verfahrensmangels vgl *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 302; ein Ausdrücklichkeitserfordernis für Obliegenheiten kennt die StPO nicht; vgl nur RIS-Justiz RS0124172; RS0115823; RS0127315; vgl auch die erst mit § 55 Abs 1 und 2 StPO ausdrücklich gemachten Obliegenheiten für aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO relevante Anträge.

⁶² Vgl Rz 47.

⁶³ 25 BlgNR 22. GP 157f; 937 BlgNR 27. GP 23.

⁶⁴ Vgl Rz 297ff.

⁶⁵ Vgl Rz 226f.

⁶⁶ Vgl *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 58.

der Z 2⁶⁷ noch Z 4 des § 281 Abs 1 StPO stellen auf möglichen Widerspruch nach § 112 Abs 1 erster Satz StPO zur Geltendmachung davon erfasster Rechte ab, wie überhaupt Nichtigkeitsgründe nicht bloß subsidiär angelegt sind.⁶⁸ Geltendmachung nach § 112 Abs 2 letzter Satz StPO verbotener Beweisverwendung verlangt normative Zurechnung nach Maßgabe der „fruit-of-the-poisonous-tree-doctrine“.⁶⁹ Über die dazu nötigen Sachverhaltsannahmen entscheidet im kollegialgerichtlichen Verfahren grundsätzlich der befassete Spruchkörper in freier Beweiswürdigung im Freibeweisverfahren,⁷⁰ sodass nicht recht klar wird, was *Stricker* mit „ungeklärt“ ansprechen will.⁷¹ Für Ausschließung des im Stadium der Hauptverhandlung nach § 112 StPO befassten Vorsitzenden⁷² – samt Wiederholung der Hauptverhandlung mit veränderter Besetzung –⁷³ jedenfalls besteht nach der logisch-systematischen Struktur des Hauptverfahrens, die auch Kenntnis nicht in der Hauptverhandlung vorkommender Aktenteile aufseiten des Vorsitzenden schon zur Verfahrensleitung in Kauf nimmt, kein rechtlich fassbarer Grund.⁷⁴

C. „Unterlagen und Informationen [...] in der Verfügungsmacht des Beschuldigten“

Bei ihrer Kritik an 13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i zum Verbot von Umgehung des Aussageverweigerungsrechts von Verteidigern durch Auswertung von Kommunikationsgeräten Beschuldigter, über welche Verteidigerinformation zugänglich sein soll, führen *Zerbes/Ghazanfari*⁷⁵ einen Gesetzestext ins Treffen, der vom OGH nicht angewendet werden durfte. Erst mit BGBl I 2016/26 wurde nämlich § 157 Abs 2 StPO um die Aussage ergänzt, dass dieses Umgehungsverbot „ebenso für Unterlagen und Informationen [gilt], die sich in der Verfügungsmacht des Beschuldigten oder eines Mitbeschuldigten befinden und zum Zwecke der Beratung oder Verteidigung des Beschuldigten durch eine in Abs 1 Z 2 genannte Person von dieser oder vom Beschuldigten erstellt wurden.“ Im Zeitpunkt der vom OGH (auf allfällige Gesetzesverletzung) zu prüfenden Entscheidungen aus 2013 und 2014 stand die Vorschrift noch nicht in Geltung. Dazu kommt: Als von der Sicherstellung eigener Datenträger Betroffenen **steht Beschuldigten Widerspruch nach § 112 Abs 1 erster Satz StPO unter Berufung auf das Verschwiegenheitsrecht ihrer Verteidiger zwanglos zu.** Nach § 112 Abs 2 StPO aufgefordert, können sie sich nachfolgend rechtliches Gehör verschaffen und gegen nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO getroffene Anordnungen wirksame Rechtsbehelfe nach § 112 Abs 3 StPO ergreifen.⁷⁶

D. Der „Beschuldigte“ (§ 48 Abs 2 StPO) als „betroffene Person“ (§ 48 Abs 1 Z 4 StPO)

1. Dilemma

Waren nach § 112 StPO idF BGBl I 2004/19 und idF BGBl I 2009/52 jeweils „die von der Sicherstellung betroffene oder bei ihr anwesende Person“ zum Widerspruch berechtigt, sollte nach der RV BGBl I 2012/29 ausdrücklich nur noch „ein Betroffener [...]“, der nicht selbst der Tat beschuldigt ist,“ dafür in Frage kommen. Die zum Gesetz gewordene Widerspruchslegitimation – auch – für „Beschuldigte“ (§ 48 Abs 2 StPO) als „betroffene Person“ (§ 48 Abs 1 Z 4 StPO) ist Folge eines Abänderungsantrags im JA. Ausweislich der Erläuterung sollte durch die RV „ohne Verzicht auf gerichtliche Kontrolle und Schutz vor möglicher Umgehung von Aussageverweigerungsrechten eine Präzisierung jener Fälle erfolgen, in welchen tatsächlich die Möglichkeit der Erhebung eines Widerspruchs sinnvoll ist“,⁷⁷ wogegen der **JA Unsinn**

als Einwand gegen einen Gesetzestext nicht gelten lassen wollte und – ohne sich argumentativ einzulassen – schlankerhand deklariert, dass „[d]as Recht, Widerspruch zu erheben, [...] auch weiterhin den der Tat dringend verdächtigen Berufsgeheimnisträgern zum Schutz der ihnen anvertrauten Tatsachen, die in keinem Zusammenhang mit dem Verdacht stehen, zustehen (s auch § 144 Abs 3 StPO) [soll]“ – ein Lehrstück für nutzlose Behinderung der Vollzugsorgane und Verwirrung (bloß) angeblich berechtigter Berufsgruppen, samt offener Missachtung der methodischen Grundannahme bei der Gesetzesauslegung, dass Texten nicht unterstellt werden darf, keinen Sinn zu ergeben.⁷⁸ Der Sinn der Änderung lag offenbar darin, sich nicht oberflächlicher Kritik oberflächlich lesender Berufsvertreter ausgesetzt zu sehen – Gesetzgebung, die sich selbst nicht ernst nimmt und so der Gefahr Vorschub leistet, dass auch Gesetze nicht ernst genommen werden, sie ihres Regelungspotentials entkleidet und in flagranter Verletzung von Art 18 Abs 1 B-VG auf davon losgelösten Sachverstand der Richter vertraut, denen zugleich die Aufgabe zugemutet wird zu erklären, warum der angeblich eröffnete gerichtliche Rechtsschutz – zwangsläufig – leerlaufen muss. Dass ohnehin knappe Ressourcen vergeudet werden, kommt hinzu. Rechtswirkungen des Verfahrens aufgrund eines Widerspruchs nach § 112 Abs 1 StPO für „Beschuldigte“ (§ 48 Abs 2 StPO) als „betroffene Person“ (§ 48 Abs 1 Z 4 StPO) sind definitionsgemäß ausgeschlossen. Indem nämlich die Führungs- und Leitungsorgane eines als Strafverfahren gegen Beschuldigte (§ 48 Abs 2 StPO) geführten Ermittlungsverfahrens (§ 1 Abs 2 erster Satz StPO) unter bloß nachprüfender Kontrolle nach §§ 106f StPO über die Erheblichkeit einer Information – die nach § 4 Abs 1 zweiter Satz StPO „notwendigen Ermittlungen“ – und den Persönlichkeitsschutz entscheiden sollen, kann das nach § 112 Abs 1 erster Satz StPO befassete Gericht keinen sinnvollen Beitrag leisten: Für Umgehung eines nichtexistenten Aussageverweigerungsrechts gibt es keinerlei Raum. **Die nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO zu treffende „Anordnung“ darf daher nicht anders lauten, als dass „die Unterlagen“ vollumfänglich „zum Akt genommen werden dürfen.**“ Ob der für rechtlich einwandfreie Führung eines Strafverfahrens (§ 1 Abs 2 erster Satz StPO) erforderliche Anfangsverdacht, maW „Tatverdacht“, vorliegt,⁷⁹ unterliegt der Gerichtskontrolle nämlich nur aufgrund von „Antrag auf Einstellung“.⁸⁰ Ansonsten geht es vor Einbringen der Anklage nur um die Sachverhaltsannahme von „Tatverdacht“ – welcher Dichte auch im-

⁶⁷ Vgl *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 174; aM *Tipold/Zerbes*, WK StPO § 112 Rz 19; ungeachtet der unterschiedlichen Obliegenheiten in der HV nicht zwischen Z 2 und 3 des § 281 Abs 1 StPO differenzierend *Schmieder/Ortner*, LiK § 112 Rz 56.

⁶⁸ Vgl *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 634/1.

⁶⁹ Vgl *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 174.

⁷⁰ Eingehend *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 40ff; vgl auch Rz 413.

⁷¹ *Stricker*, ÖJZ 2016, 545.

⁷² Bei Sicherstellung nach § 111 Abs 2 StPO (vgl Rz 113) im Hauptverfahren ist § 112 StPO anzuwenden (§ 210 Abs 3 StPO); zweifelnd *Schmieder/Ortner*, LiK § 112 Rz 27.

⁷³ Vgl *Ratz*, Zur Sanierung von Verfahrensmängeln – zugleich ein Beitrag zu den Beweisverboten, ÖJZ 2019, 654.

⁷⁴ Vgl *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 126, 237.

⁷⁵ *Zerbes/Ghazanfari*, Stellungnahme im Auftrag des Instituts für Anwaltsrecht der Universität Wien zur Sicherstellung und Auswertung von Daten und Datenträgern, AnwBl 2022, 640 (646), iGls *Ghazanfari*, Sicherstellung von Mobiltelefonen und Berufsgeheimnisschutz, in *Lewis* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2022, 51 (64).

⁷⁶ Übersehen auch bei *Bertel/Venier*, Komm StPO² § 112 Rz 2.

⁷⁷ Vgl 1677 BlgNR 24. GP 11.

⁷⁸ Zur Methode vgl Rz 1, 451, sowie *Ratz*, Kontrolle der „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, ÖJZ 2022, 1056.

⁷⁹ Vgl § 108 Abs 1 Z 2 StPO.

⁸⁰ Vgl Rz 42, 106/1, 502, 683, 794.

mer – im Untersatz des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung⁸¹ für einzelne Rechteingriffe „im Ermittlungsverfahren“, an denen das Gericht von Gesetzes wegen mitzuwirken hat.⁸² **Was den Rechteingriff durch ein als Ermittlungsverfahren geführtes Strafverfahren anlangt, unterliegt maW die StA gerichtlicher Kontrolle nach §§ 108f StPO, nicht aber aufgrund von Entscheidung über „Zwangmaßnahmen“.** Schon deshalb geht es nicht an, bei einer „Anordnung“ nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO zu prüfen, ob die von der Sicherstellung „betroffene Person“ „selbst der Tat dringend verdächtig ist“, was § 144 Abs 3 erster Satz StPO für die Aufhebung der dort angesprochenen Umgehungsverbote zu verlangen scheint. **Dass auch die Dringlichkeitsschwelle des § 144 Abs 3 erster Satz StPO funktionslos ist,⁸³ interessiert hier also nicht.** Was bleibt, ist die Prüfung bloß der Frage, ob das Strafverfahren, in dem die Sicherstellung erfolgte, zur Zeit der „Anordnung“ nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO (auch) gegen die „betroffene Person“ geführt wird (§ 1 Abs 2 erster Satz StPO). Denn auch die Nichtigkeitsdrohung geht in Ermangelung des von § 112 Abs 1 erster Satz StPO gewählten Bezugspunkts⁸⁴ ins Leere. Im Schrifttum beschränken sich *Tipold/Zerbes* in ihrer ausführlichen Kommentierung auf den – zutreffenden – Hinweis, dass „[d]ie erfassten Geheimnisträger [...] sich auch dann auf § 112 berufen [können], wenn sie selbst der Tat beschuldigt sind“ und „[d]ie ihnen anvertrauten Tatsachen, die in keinem Zusammenhang mit dem Verdacht stehen, [...] dadurch weiterhin geschützt [sind]“ (*JAB 1700 BlgNR 24. GP in Abweichung von der RV*),⁸⁵ verweist *Venier* darauf und meint – ohne Begründung, in Verkennung der vorstehend erwähnten Struktur des Ermittlungsverfahrens und unter Vermengung von Begründung der Verfügungsgewalt und Prüfung der dadurch gewonnenen Unterlagen –,⁸⁶ „[d]er Betroffene“ könne „durch eine richterliche Prüfung nach § 112 klären lassen[, ob und welche Unterlagen mit dem Verdacht zusammenhängen und ob ihre Sicherstellung erforderlich und angemessen ist]“,⁸⁷ während *Kroschl*⁸⁸ und *Schmieder/Ortner*,⁸⁹ ersichtlich angesichts fehlender praktischer Konsequenzen, die vom JA veranlasste Änderung des Textes der RV für nicht erwähnenswert halten. Wer als Berufsgeheimnisträger seine Klienten schützen will, auch weil er standesrechtlich dazu verhalten ist, kann die Erheblichkeit der Information für das gegen ihn selbst geführte Strafverfahren bestreiten, dazu auch die Zulässigkeit von „Auswertung“ der durch die Verfügungsgewalt über den Datenträger gewonnenen Daten in Abrede stellen, um so zu verhindern, dass die seinem Schutz übertragene Information zu einem „Ergebnis“ iSd § 51 Abs 1 erster Satz StPO wird. Die Entscheidung darüber aber hat – als gesetzlicher Richter iSv Art 83 Abs 2 B-VG – die StA zu treffen, unter nachfolgender Kontrolle durch Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO.

2. Bindend geregeltes Verhalten der StA

Historisch-teleologisch kommt man um die – logisch-systematisch missglückte – Willenserklärung des JA allerdings nicht herum. Immerhin **hat sich der Gesetzgeber** von BGBl I 2012/29, **mit dem ausdrücklichen Ausschluss eines subjektiven Rechts** von Beschuldigten (§ 48 Abs 2 StPO) als „von der Sicherstellung [von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern] betroffene [...] Person“ **auf Aussonderung** von beruflicher Verschwiegenheit iSd § 157 Abs 2 StPO betroffener „Unterlagen“ im – speziellen – Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach § 112 StPO **konfrontiert**, ebenso **ausdrücklich dagegen verwahrt** und nur verkannt, dass ein solches Recht zwar über den Verfahrenszweck, nicht aber den Berufsgeheimnisschutz nach § 157 Abs 2 StPO

justiziabel ist.⁹⁰ Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte also auch einem Beschuldigten als „betroffene [...] Person“ ein von der sonst geltenden, der StA in ihrer Leitungsfunktion zustehenden Prüfung gewonnener Information darauf, welche Teile davon „zum Akt zu nehmen“ sind, abgesondertes Verfahren aufgrund eines Widerspruchs „unter Berufung auf“ Geheimnisse iSd § 157 Abs 2 StPO und die Möglichkeit⁹¹ unmittelbarer Befassung des Gerichts mit dieser Sonderprüfung offenstehen. Die prozessualen Mittel für eine derartige Sonderprüfung stehen der StA über die Beiziehung von SV zu Gebote: Verfügungen weder Kriminalpolizei noch StA über das zur „Auswertung“ erforderliche besondere Fachwissen, kann die StA solche „Ermittlung“ (§ 91 Abs 2 erster Satz StPO) nach § 103 Abs 2 zweiter Fall StPO „durch einen Sachverständigen durchführen lassen“, demnach aus Eigenem (§ 101 Abs 2 StPO) oder auf ein nach § 126 Abs 5 erster Satz StPO gestelltes Verlangen auch „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ (§ 104 StPO).⁹² Sie kann die „Auswertung“ auch unmittelbar „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“ beantragen.⁹³ Kann für Beschuldigte als „betroffene [...] Person“ aus dem Verhalten des Gesetzgebers historisch-teleologisch ein subjektives Recht darauf abgeleitet werden, ist die StA verpflichtet (§ 106 Abs 1 Z 1 StPO), einen der beiden Wege zu beschreiten. Es darf dabei nur um „Auswertung“ im Zusammenhang mit zuvor von der StA festzulegenden entscheidenden Tatsachen gehen, also nicht um unzulässige Bestellung eines SV zu Rechtsfragen.⁹⁴ Gegen – hier im Gegensatz zu Verfahren aufgrund eines Widerspruchs nach § 112 StPO zulässige – Verbindung der Prüfung auf Berufsgeheimnisse einerseits und auf Erheblichkeit und Persönlichkeitsverletzungen andererseits kann unter dem Aspekt des Schutzzwecks von § 112 StPO nichts eingewendet werden. Die Frage ist nur, ob das Vorgehen ausscheidet, wo besonderes Fachwissen nicht erforderlich oder nach § 126 Abs 1 StPO verfügbar ist. **Da mit Blick auf den klaren Willen des Gesetzgebers solche Sonderprüfung stattfinden soll** und die StPO – in § 165 Abs 3 zweiter Satz – Beiziehung von SV auch bei ausreichender Sachkunde des Gerichts erlaubt,⁹⁵ **kann die** durch 1700 BlgNR 24. GP 2 belegte **Planwidrigkeit der StPO beim Schutz von Geheimnissen Beschuldigter derart behoben werden, dass auch in diesen Fällen die Durchführung der „Auswertung“ SV übertragen werden muss.**⁹⁶ Wo also die nach § 112 Abs 2 dritter Satz StPO getroffene Entscheidung lautet, dass „die Unterlagen [...] zum Akt genommen werden dürfen“, weil das Strafverfahren, in dem die Sicherstellung erfolgte, (auch) gegen die „betroffene Person“ geführt wird, hat die StA die „Auswertung“ der strittigen Unterlagen durch einen SV durchführen zu lassen.

⁸¹ Vgl dazu *Ratz*, WK StPO § 281 Rz 3–5.

⁸² Vgl Rz 80ff, 145, 284, 519–534, 546ff, 553, 564f, 683, 746, 761.

⁸³ Vgl Rz 194–198.

⁸⁴ „Recht auf Verschwiegenheit, das bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Sicherstellung umgangen werden darf“.

⁸⁵ *Tipold/Zerbes*, WK StPO § 112 Rz 9.

⁸⁶ Treffend dagegen *Kroschl* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO² § 112 Rz 8, 14.

⁸⁷ *Bertel/Venier*, Komm StPO² § 112 Rz 1f, wo zudem die ausdrückliche Differenzierung zwischen „betroffene“ und „anwesende Person“ nicht beachtet wird.

⁸⁸ *Kroschl* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO² § 112.

⁸⁹ *Schmieder/Ortner*, LiK § 112.

⁹⁰ Vgl Rz 35, 112, 136, 154, 210–228, 238f, 292, 356, 697f.

⁹¹ Vgl § 112 Abs 1 zweiter Satz StPO.

⁹² Rz 697; auch bloß quantitativer Mangel an fachlichen Ressourcen verpflichtet nach § 126 Abs 1 erster Satz StPO zur Sachverständigenbestellung.

⁹³ Vgl Rz 40f, 745; vgl auch Rz 64, 109–112, 124.

⁹⁴ Vgl Rz 698.

⁹⁵ Vgl Rz 136, 208, 730.

⁹⁶ Instruktion zur Nutzung von privatem Sachverständigen *Jablonek*, Der Sachverhalt im Recht, ZÖR 2016, 199 (201).

Beschuldigte haben als „betroffene Person“ das Recht auf „Auswertung“ durch einen SV „im Rahmen gerichtlicher Beweisaufnahme“.

13 Os 94/17y, 95/17w, 96/17t, 97/17i⁹⁷ hat klargemacht, dass das „Aufforderungsverfahren“ nach § 112 Abs 2 erster Satz StPO auch dann nicht unterbleiben darf, „wenn das Gericht schon vorweg zur Ansicht gelange, dass ein gesetzlich anerkanntes Verschwiegenheitsrecht in concreto nicht vorliege“. Damit aber ergibt sich nicht einmal unnötiger Verfahrensaufwand, weil die „Auswertung“ des SV am abgeschlossenen „Aufforderungsverfahren“ anknüpfen kann, nur eben nicht auf Aussonderung von Geheimnissen betroffener Information beschränkt sein muss, wenn auch die Erheblichkeitsprüfung und der Persönlichkeitsschutz seitens der StA mit einbezogen wird.

E. Besonderheiten des § 112a StPO

1. Abgrenzung zur Amtshilfe

Der Frage, ob Art 22 B-VG und die Tatsache, dass derartige Eingriffe beim Inkrafttreten des B-VG in der StPO nicht vorgesehen waren, Zwangsmaßnahmen gegen Organe des staatlichen Hoheitsvollzugs – was mit „Behörde oder öffentliche Dienststelle“ im § 112a Abs 1 StPO angesprochen wird – entgegenstehen, entgehen die Erläuterungen⁹⁸ mit dem rechtsstaatlich bemerkenswerten⁹⁹ Hinweis auf eine angebliche, jedoch nicht konkret benannte „Praxis“.¹⁰⁰ Aus § 112a StPO folgt allerdings – ungeachtet verfassungsrechtlicher Überlegungen, also auf der Ebene logisch-systematischer Auslegung bloß der StPO – keineswegs ohne Weiteres die Zulässigkeit von Sicherstellung anstelle von Amtshilfe, weil die Vorschrift zwanglos auf „Aufzeichnungen oder Datenträger [...]“ anwendbar ist, die bei Privatpersonen sichergestellt wurden. Die verfassungsrechtliche Frage staatsorganisatorischer Abgrenzung, also der – schieren – Möglichkeit der Exekutive, dem Verfassungsbefehl des Art 20 Abs 3 B-VG nachzukommen, über allfällige Amtsgeheimnisse selbst zu entscheiden, können betroffene Dienstnehmer nach § 106 Abs 1 (§ 5 Abs 1 erster Satz) StPO und nachfolgenden Antrag nach Art 140 Abs 1 lit d B-VG¹⁰¹ mit der Behauptung geltend machen, der Staat gebe seine von Art 20 Abs 3 B-VG angeordnete Stellung als zum Schutz bestehender Amtsgeheimnisse – grundsätzlich auch gegenüber Strafverfolgungsorganen – Verpflichteter zum Nachteil daraus Berechtigter auf, da die ordentliche Gerichtsbarkeit das spezielle Amtsgeheimnis nicht mehr schützen kann.¹⁰² Umgekehrt können ersuchte Organe die Ausübung strafprozessualer Befugnis gestatten, soweit ihnen Befugnis zum Eingriff in subjektive Rechte fehlt. Weigern sich Beamte oder Vertragsbedienstete unter Berufung auf Dienst- oder Privatrecht, Gegenstände zur Übermittlung an Strafverfolgungsorgane herauszugeben, können ersuchte Organe anstelle dienst- oder privatrechtlich problematischer Abnahme Sicherstellung in Dienststräumlichkeiten als Amtshilfe ermöglichen.¹⁰³ Sie verzichten so nicht auf staatliche Rechte, ermöglichen vielmehr bloß Ausübung von Befugnis, wo eigene fehlt;¹⁰⁴ Art 83 Abs 2 B-VG wird davon nicht berührt.¹⁰⁵

2. Spezielle Vorschriften

§ 112a StPO ist eng an § 112 StPO ausgerichtet, sodass nur die prozessualen Unterschiede interessieren. So ist der erste Teilsatz des § 112a Abs 4 StPO erforderlich, weil § 87 StPO nur subjektive und der StA zugestandene Rechte erfasst.¹⁰⁶ Zusätzlich zur

§ 112 Abs 2 erster Satz StPO entsprechenden Obliegenheit zu deutlicher und bestimmter Bezeichnung der vom Widerspruch betroffenen „Teile der Unterlagen“, normiert in § 112a Abs 2 StPO dessen Z 1 „im Falle eines Widerspruchs aus dem Grund des Abs 1 Z 1“ des § 112a StPO, die weitere Obliegenheit, „das überwiegende Interesse an der Geheimhaltung im Einzelnen anzuführen und zu begründen“ und damit eine Bindung des Gerichts an diese Gründe, die § 290 Abs 1 erster Satz StPO vergleichbar ist. Ohne die von § 112a Abs 2 Z 2 StPO verlangte Mitteilung schließlich ist nach § 112a Abs 3 erster Satz StPO vorzugehen, der zutreffend auch Begründung nach Z 1 und Mitteilung nach Z 2 des § 112a Abs 2 StPO als „Bezeichnung“ erfasst, weil sich das Gericht im ersten Fall nur mit deutlich und bestimmt bezeichneten Gründen für „das überwiegende Interesse“ und im zweiten nur bei erfolgter Mitteilung mit dem Widerspruch auseinandersetzen darf, dass „die ausländische Sicherheitsbehörde oder Sicherheitsorganisation der Verarbeitung für die in der Anordnung der Sicherstellung genannten Zwecke [nicht] zugestimmt hat“. „Sicherstellung von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern“ bei einer „Behörde oder öffentlichen Dienststelle“ durch die Kriminalpolizei „von sich aus“ (§ 110 Abs 3 StPO) konnte sich der Gesetzgeber des § 112a StPO offenbar gar nicht vorstellen: Ganz selbstverständlich nimmt § 112a Abs 2 Z 2 StPO nur auf „in der Anordnung der Sicherstellung genannte[n] Zwecke“ Bezug und macht so die – bei Gesetzwerdung des § 112a StPO gezielt ausgeblendete – staatsorganisatorische Problematik und den damit verbundenen Bruch selbst innerhalb des systematischen Gefüges der StPO offensichtlich.¹⁰⁷ Aus der Stellung der „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“ (Art 90a B-VG) ist für eine solche Differenzierung nämlich nichts zu gewinnen.¹⁰⁸ Genehmigung nach § 99 Abs 2 zweiter Satz StPO ist als nachträgliche Anordnung

⁹⁷ Punkt 3 der Entscheidungsgründe.

⁹⁸ 937 BlgNR 27. GP 22.

⁹⁹ Er mag sogar als Hilfeschei rechtsstaatlich einwandfreier Sacharbeit sich verpflichtet sehender Legisten gelesen werden.

¹⁰⁰ Vgl Rz 680 und *Tipold*, Hausdurchsuchung oder Amtshilfe – was für eine Frage? Hausdurchsuchung! JSt 2021, 461.

¹⁰¹ Zur Zulässigkeit vgl G 46/2015.

¹⁰² Vgl Rz 191 (FN 624).

¹⁰³ Nach VfSlg 3005/1956 haben „Parteien [...] kein subjektives öffentliches Recht, daß Beamte vom Amtsgeheimnis entbunden werden. Insbesondere kann aus [Bundes-Verfassungsgesetz Art 20, Art 20 B-VG] ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Entbindung von der Amtsverschwiegenheit nicht abgeleitet werden. Denn bei dieser Bestimmung handelt es sich um Organisationsrecht, das eine Verpflichtung der Verwaltungsorgane, nicht aber Rechte der Einzelpersonen festlegt“. VfSlg 7455/1974 schließt sich an, ergänzt, dass „[d]ie Bestimmung [...] keinerlei subjektives Recht der normunterworfenen Staatsbürger oder sonstigen Staatsbewohner zum Inhalt [hat]“ und führt weiter aus: „Es besteht auch keine andere Norm, aus der ein subjektives Recht des Bf auf Wahrung der Amtsverschwiegenheit abgeleitet werden kann, daher fehlt iS der Rechtsprechung die Voraussetzung dafür, daß Umfang und Ausmaß der Amtsverschwiegenheit Gegenstand eines Feststellungsbescheides sein können“. In Klammer wird beigefügt: „Die Regelung des § 17 AVG 1950 hatte im vorliegenden Fall außer Betracht zu bleiben, weil es sich nicht um die Verwendung von Akten in einem Verwaltungsverfahren handelt.“ Gar wohl „Anspruch auf Geheimhaltung“ gewährt jedoch § 1 DSG.

¹⁰⁴ Vgl nur § 110 Abs 1 Z 2 und 3 StPO in einem Fall von § 371 ABGB; insoweit aM *Zerbes*, Und es gibt sie doch: die Gewaltentrennung im Strafprozess – Amtshilfe statt Zwangsmittel, in *Lewis* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2020, 41 (46).

¹⁰⁵ Rz 47; vgl Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG; *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 130 Rz 15 und § 88 Abs 2, § 89 SPG.

¹⁰⁶ Vgl Rz 359.

¹⁰⁷ Datenträger sind geradezu klassisch „geringwertig“ iSv § 110 Abs 3 Z 1 lit d StPO.

¹⁰⁸ Vgl *Ratz*, „Unabhängigkeit“ ordentlicher Gerichtsbarkeit in Strafrechtssachen, JRP 2022, 116; *ders*, Kontrolle der „Staatsanwälte“ als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit“, ÖJZ 2022, 1056.

zwanglos erfasst. Das Ausdrücklichkeitsgebot des § 5 Abs 1 erster Satz StPO betrifft ohnehin nur „*Rechte von Personen*“, also subjektive, nicht hingegen öffentliche Rechte.¹⁰⁹

Plus

ÜBER DEN AUTOR

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

VOM SELBEN AUTOR ERSCHIENEN

Rechtsmittel gegen Urteile und Grundlegendes zum Rechtsschutz im Strafverfahren² (2020); Verfahrensführung und Rechtsschutz nach der StPO² (2023).

LINK

Ausgewählte Aufsätze der letzten Jahre zum Nachlesen: <https://strafrecht.univie.ac.at/team/weitere-professoren-und-dozenten/ratz-eckart/>

¹⁰⁹ Vgl Rz 23; 937 BlgNR 27. GP 22 hält verhältnismäßiges Einschreiten just durch § 5 StPO garantiert, weshalb denn auch – so die ErläutRV – „[a]uf die Implementierung einer entsprechenden – lediglich klarstellenden – Regelung [...] vor dem Hintergrund des in § 5 StPO als strafprozessuales Grundprinzip geregelten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verzichtet“ worden sei; immerhin spricht § 5 Abs 2 erster Satz „*Rechte der Betroffenen*“ und nicht – wie § 5 Abs 1 erster Satz StPO – „*Rechte von Personen*“ an.

Kurzbeitrag

Regress und Anrechnung, Sozialhilfe und Sozialversicherung

Anmerkung zu OGH 30. 5. 2022, 2 Ob 228/21z EvBl 2023/43 (in diesem Heft auf Seite 174).



Univ.-Prof. Dr. CHRISTIAN HUBER ist Rechtsanwalt in Berlin und Mondsee und Lektor der Johannes-Kepler-Universität Linz.

Schadenersatzrecht

§ 324 Abs 3, § 332 ASVG; §§ 1321, 1358 ABGB; § 42 NÖ SHG OGH 30. 5. 2022, 2 Ob 228/21z

ÖJZ 2023/30

A. Legalzession

Es gibt viele Drei-Personen-Verhältnisse, bei denen der Gläubiger nicht nur vom Schuldner, sondern auch einem Dritten Leistung verlangen kann. Bei der Bürgschaft geht es zB um die Einbringlichkeit der Forderung; mit Leistung des Bürgen an den Gläubiger erlischt die Forderung nicht, vielmehr geht sie in diesem Moment auf den Bürgen im Weg der Legalzession des § 1358 ABGB über. **Legalzessionsnormen** finden sich auch und gerade **im Sozialversicherungsrecht**, wenn ein Dritter für den beim unmittelbar Geschädigten eingetretenen Schaden einzustehen hat. Der Zeitpunkt des Anspruchsübergangs ist dabei unterschiedlich, bei § 332 ASVG mit Entstehen der Leistungspflicht, nach dem in concreto auch bedeutsamen § 42 NÖ SHG erst nach Leistungserbringung und Anzeige an den Ersatzpflichtigen. Bei Kfz-Unfällen ist eine Kfz-Haftpflichtversicherung neben dem Schädiger (Halter oder Lenker des Kfz) einstandspflichtig. In solchen Fällen spielt das Einbringlichkeitsrisiko wegen fragwürdiger Bonität des Schuldners keine Rolle; sehr wohl geht es aber darum, dass der Verletzte rasch Leistungen benötigt, der Kfz-Haftpflichtversicherer aber erst nach geraumer Zeit leistet,

weil die Prüfung des Anspruchs häufig nicht von jetzt auf dann möglich ist bzw erfolgt.

Gerade so verhält es sich im hier zu beurteilenden Sachverhalt: Der Geschädigte wurde am 13. 11. 2015 bei einem Verkehrsunfall (offenbar schwer) verletzt. Seit 18. 12. 2015 befindet er sich in einem Pflegeheim des klagenden Sozialhilfeträgers. Die dabei bis zum 30. 11. 2018 anfallenden Kosten der stationären Pflege belaufen sich auf € 166.154,43, somit mehr als € 4.500,- pro Monat. Diese Kosten will der Sozialhilfeträger nach der Legalzessionsnorm des § 42 NÖ SHG beim Kfz-Haftpflichtversicherer regressieren. Dabei sind indes mehrere Fallstricke zu beachten:

B. Differenzierungen ...

1. ... zwischen Pflege und „Hotelkomponente“

Zu differenzieren ist zwischen Verpflegung einerseits, nämlich der Hotelkomponente bestehend aus **Unterkunft** und **Verköstigung** sowie **Wohnraum- und Wäschereinigung** (2 Ob 228/21z Rn 28), und Pflege andererseits. Der Sozialhilfeträger wird nach einer möglichst präzisen **Kostenrechnung** diese Kategorien auseinanderzuhalten haben, was nicht immer einfach sein wird. Das einmalige Aufbetten ist der Hotelkomponente zuzurechnen, das allenfalls mehrmalige Umbetten (auch in der Nacht) jedoch der Pflege. Die Bereitstellung von Verpflegung ist Hoteldienstleistung, die Hilfe beim „Füttern“ jedoch Pflege. Das Augenmerk soll in der Folge allein der Hotelkomponente gelten.

2. ... zwischen Sozialhilfe- und Sozialversicherungsregress

Eine weitere Komplikation ergibt sich daraus, dass bezüglich des Erwerbsschadens einem Sozialversicherungsträger nach § 332