

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,  
Martina Weixelbraun-Mohr

*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

April 2020

08

337 – 384

## Aktuelles

Die nächsten drei COVID-19-Gesetze ➔ 337

## Beiträge

**Aktuelle Änderungen durch  
COVID-19 im Strafrecht** *Martin Stricker* ➔ 350

**Bestandrechtliche Folgen der COVID-19-Pandemie**

*Alexander Edelhauser* ➔ 341

**Vom Übergang in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren**

*Eckart Ratz* ➔ 353

## Evidenzblatt

**Die Verfahrenskosten im Abschöpfungsverfahren**

*Birgit Schneider* ➔ 366

**Beachtlichkeit des Motivirrtums bei der Testamentserrichtung**

*Severin Kietaihl* ➔ 368

**Diversion** ➔ 373

## Sprache und Recht

**Folge gegeben voll gegeben** *Robert Fucik* ➔ 384

# Vom Übergang in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren<sup>1)</sup>

Eine Reihe jüngster Entscheidungen des OGH befasst sich grundlegend mit Sachverhaltsklärung und Tatverdacht beim Übergang in ein Ermittlungs- und Hauptverfahren. Strikte Beachtung ihrer Vorgaben ermöglicht präzise Gedankenführung vor Beginn und bei Leitung eines Ermittlungsverfahrens, bei der Entscheidung über das Einbringen, beim Abfassen und bei Vorprüfung einer Anklage und kann komplexe Strafverfahren entscheidend beschleunigen. StA, die ihre Darstellungspflichten bei der Anklageerhebung genau kennen, wissen am Ende auch, wie man UFeststellungen bekämpft oder ob man besser darauf verzichtet.

Von Eckart Ratz

## Inhaltsübersicht:

- A. Vom Verdächtigen zum Beschuldigten
- B. StA und Gerichtskontrolle
- C. Rechtsschutz gegenüber Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, und Anlassberichte nach § 100 Abs 2 Z 2 und Abs 3 a

1) §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der StPO; Schrifttum ohne Autorenbenennung stammt vom Autor; eingehend zum Ganzen WK-StPO Vor § 280 Rz 8/2 ff, § 281 Rz 3–6, 716 ff, § 292 Rz 7, 18/10 sowie Begrifflichkeiten und Strukturelemente des Straf(prozess)rechts im Lichte der Rechtsprechung des OGH, in *Le-wisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 119 (121 ff); zum einschlägigen Schrifttum umfassend und aktuell *Vogl*, WK-StPO §§ 91–94 und *Birkbauer*, WK-StPO §§ 210–215.

## ÖJZ 2020/48

§§ 1, 9, 48, 98, 100, 108, 210–215 StPO; Art 20 Abs 1 B-VG; Art 6 Abs 1 und 3 lit a und b EMRK

OGH 12. 12. 2018, 15 Os 113/18 h, 114/18 f; 5. 3. 2019, 14 Os 16/19 p; 25. 6. 2019, 14 Os 21/19 y; 5. 11. 2019, 11 Os 124/19 y

Rechtsschutz bei fraglichem Anfangsverdacht;

Zur-Kennnis-  
Nehmen und  
Ermitteln;  
Anordnungen;  
Anlassbericht;  
Tatverdacht;  
Verurteilungs-  
wahrschein-  
lichkeit;  
Anklage-  
erhebung;  
Anklage-  
begründung

- D. Ermittlungen gegen Berufsheimnisträger ohne „dringenden Tatverdacht“
- E. Verurteilungswahrscheinlichkeit
  - 1. Sachverhaltsklärung und Tatverdacht
  - 2. „Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“ in der Gerichtskontrolle
  - 3. Darstellungsmängel der Anklageschrift
  - 4. Zurückweisung der Anklageschrift (§ 212 Z 3) verlangt „Tenorierung“
  - 5. Anklage im Verfahren vor ER
  - 6. Recht und Pflicht der StA zur Anklage

**A. Vom Verdächtigen zum Beschuldigten**

Sobald StA oder KriminalPol gegen eine – von ihnen – (rechtlich) als „konkret verdächtig“ beurteilte Person ermitteln oder dazu Anordnungen erteilt wurden (§ 91 Abs 2 erster und zweiter Satz), ist diese statt als Verdächtiger als Besch zu bezeichnen. Das darf zwar nur bei konkretem Tatverdacht geschehen; geschieht es aber auch bloß faktisch (ob zulässig oder nicht – eine Art „normativer Kraft des Faktischen“) durch KriminalPol (ohne ggf Anordnung der StA; § 99 Abs 1) oder StA, so gilt die Person, gegen die ermittelt wird, als Besch (§ 1 Abs 2 erster Satz [zweiter Halbsatz, zweiter Fall], § 48 Abs 1 Z 2). Es geht bloß um eine Bezeichnung; eine Änderung der Rechtsstellung im Strafverfahren ist damit nicht verbunden (§ 48 Abs 2). Einspruch wegen Rechtsverletzung gegen die Führung des Strafverfahrens „als Besch“ steht in Ermangelung eines Einspruchsgrundes nicht zu: Überhaupt betrifft „Führung des Strafverfahrens“ (durch Strafverfolgungsorgane) nicht die „Ausübung eines Rechts“ iSd § 106 Abs 1 Z 1. Gegenstand von Gerichtskontrolle ist die Verdachtsdichte des Ermittlungsverfahrens (vgl aber 9. HptSt) erst nach Ablauf der in § 108 Abs 2 genannten Frist. Ein **subjektives Recht, ohne** (in tatsächlicher Hinsicht) **„bestimmte Anhaltspunkte“ (§ 1 Abs 3) zum Gegenstand eines Strafverfahrens zu werden, kann demnach frühestens drei Monate nach der ersten Erkundigung oder Beweisaufnahme** (§ 1 Abs 2 erster Satz, § 91 Abs 2 zweiter Satz) durch Antrag auf Einstellung **gerichtlich geltend gemacht werden** (auf die Stellung als Besch iSd § 48 Abs 1 Z 2 kommt es dabei nicht an).<sup>2)</sup> **Unterstellt die StA ohne „bestimmte Anhaltspunkte“ ein Verhalten, das zumindest einer strafbedrohten Handlung, welche auf vorsätzliche Begehung abstellt und einen Strafsatz von mehr als dreijähriger oder lebenslanger Freiheitsstrafe aufweist, subsumierbar ist** (§ 17 Abs 1 StGB), ist ein solcher Antrag **erst nach sechs Monaten** zulässig. Gegenüber § 38 Abs 1, § 92 Abs 3 idF vor BGBl I 2004/19 hat sich der gerichtliche Rechtsschutz gegen die Führung eines Strafverfahrens demnach verschlechtert. Umso wichtiger ist pflichtbewusste Wahrnehmung der Befugnisse zur Dienstaufsicht just in Betreff sorgsamer „Tenorierung“,<sup>3)</sup> die Schwachstellen im Gedankengang augenfällig macht und in kaum zu überschätzender Weise Schutz vor rechtsstaatlich bedenklichen Verfolgungsschritten bietet.<sup>4)</sup>

**B. StA und Gerichtskontrolle**

Der Prozessgegenstand beim Einstellungsantrag ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Voraussetzungen vorliegen, das Ermittlungsverfahren einzustellen, beim Einspruch wegen Rechtsverletzung hingegen geht es darum, ob der ASt durch die darin bezeichnete – tatsächliche oder rechtliche – Handlung der StA in einem konkreten subjektiven Recht verletzt wurde. Anders als vor dem 1. 1. 2008 **steht dem Gericht auf den Gegenstand von Ermittlungsverfahren kein Einfluss mehr zu**, und es gilt, was 14 Os 16/19 p EvBl 2019/102 mit den Worten auf den Punkt bringt: *„Gibt das Gericht dem Einspruch wegen Rechtsverletzung statt, kann es der StA – bindende – Anordnungen erteilen, wie der Rechtszustand vor der bekämpften Handlung oder Unterlassung wiederherzustellen ist. Als – einzig mögliche [...] – Konsequenz sieht § 108 Abs 1 StPO hingegen vor, dass das Gericht selbst das Verfahren unter den dort normierten Voraussetzungen mittels B einzustellen hat.“* Dass von 14 Os 16/19 p der **bindende Charakter gerichtlicher Anordnungen gegenüber der StA** (bei der Entscheidung über den Einspruch wegen Rechtsverletzung) besonders hervorgehoben wird, darf nicht als Pleonasmus – und damit Unsinn – missverstanden werden. Vielmehr wird so die **Pflicht zur Befolgung mit derjenigen an die Rechtsansicht einer kassatorischen Gerichtsentscheidung gleichgestellt (§ 293 Abs 2).**<sup>5)</sup> **Es geht also um Wirkung im Außenverhältnis, nicht – wie bei Weisungen – um interne Wirkung.**<sup>6)</sup> Mit Weisungen iSd Art 20 B-VG dürfen diese Anordnungen also ebenso wenig vermengt werden wie Anordnungen der StA gegenüber der KriminalPol (§ 98), für welche Ablehnung nach Art 20 Abs 1 letzter Satz B-VG gleichermaßen nicht in Frage kommt. Dass interne Weisungsbindung der StA und gerichtlicher Rechtsschutz keinen Widerspruch darstellen, hat *Thienel* klargestellt.<sup>7)</sup> Indem Art 90 a Staatsanwälte einerseits als Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit, andererseits als weisungsgebunden nach Maßgabe einfachgesetzlicher Regelungen definiert, wird klar, dass die **Unabhängigkeit der Staatsanwälte** (von [internen]<sup>8)</sup> **Weisungen der Gerichte**) **sich grundlegend von der Unabhängigkeit der Richter** (von *jeder* [internen] Weisung) **unterscheidet.**<sup>9)</sup>

2) Treffend und lesenswert zum Ganzen *Fuchs*, Beginn des Strafverfahrens und Beschuldigtenstellung, in *Lewis/Nordmeyer* (Hrsg), Liber Amicorum Eckart Ratz 31 (insb 37, 41 [in der Auseinandersetzung mit ggf Ansichten]).  
 3) Vgl § 8 Abs 1 a Z 1 und 3 StAG.  
 4) Für ausreichend Transparenz und Kontrolle verfahrensbeendender Weisungen sorgen § 29 Abs 3 zweiter Satz StAG, § 23 Abs 1 a, § 66 Abs 1 Z 2, § 77 Abs 1 (vgl dazu RIS-Justiz RS0126446 [ggT nur 12 Os 59/19x EvBl-LS 2019/182]) und §§ 193 ff.  
 5) § 293 gilt auch für BG, ER LG (Abs 2 nach §§ 447, 488 Abs 1; Abs 4 nach § 471 [§ 489 Abs 1]) und Geschworeneng (§ 344 zweiter Satz).  
 6) Grundlegend *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 70; eingehend zu Anordnungen und Aufträgen (§ 103 Abs 1 zweiter Satz) *Świdorski*, Die Leitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft im österreichischen und deutschen Ermittlungsverfahren in der de lege lata und de lege ferenda Perspektive, Diss der Universität Wien (2014) 75 ff (nv).  
 7) *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90 a B-VG – eine Zwischenbilanz, in *GS Walter* 819 (mwN).  
 8) Weisungen des Art 20 B-VG sind definitionsgemäß intern, weshalb „intern“ nur als Klarstellung gegenüber einem nicht idS verstandenen Weisungsbegriff beigefügt ist.  
 9) § 1 zweiter Satz StAG; höchst lesenswert zu dieser von jener der Richter strikt verschiedenen „Unabhängigkeit“: *Wiederin*, Der

### C. Rechtsschutz gegenüber Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, und Anlassberichte nach § 100 Abs 2 Z 2 und Abs 3a

14 Os 21/19 y EvBl 2019/116 hat auf der Grundlage der stRsp die herausragende Bedeutung klarer Gedankenführung bereits vor Beginn eines Strafverfahrens und zudem klargestellt, dass StA und KriminalPol eine besondere Schutzfunktion gegenüber potentiell Verdächtigen zukommt, die sogar zu strafrechtlicher Verantwortlichkeit ihrer Organwalter führen kann. **Selbst etwaige – vor Beginn eines Strafverfahrens liegende – Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt** (§ 91 Abs 2 dritter Satz), ist – so der OGH bemerkenswert deutlich – **unzulässig** und bedeutet demnach Fehlgebrauch von Befugnis iSd § 302 Abs 1 StGB für KriminalPol oder StA, **wenn von vornherein keine Anhaltspunkte für einen Sachverhalt vorliegen, der in Richtung eines Geschehens deutet, das – als erwiesen angenommen – (zumindest) einem Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumierbar ist.**

Seit 1Präs.2690 – 2113/12i EvBl 2012/100 ist der OGH nicht müde geworden, auf den – von § 2 Abs 1 übrigens exakt angesprochenen – **Unterschied zwischen Zur-Kennntnis-Gelangen der Möglichkeit eines Sachverhalts und Tätigwerden aufgrund eines zur Kenntnis gelangten Sachverhalts**, die daraus resultierende Schutzfunktion und damit den sog Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung als Ausgangspunkt jedweder Tätigkeit nach der StPO hinzuweisen.<sup>10)</sup> Um diesen Unterschied geht es auch bei der Frage, ob die Beischaufung des Aktes über ein Strafverfahren, in welchem ein Verfolgungsvorbehalt ausgesprochen worden war, die Frist des § 261 Abs 2 auslöst.<sup>11)</sup> **§ 1 Abs 2 erster Satz benennt** mit Ermittlungen von KriminalPol oder StA **nur eine hinreichende, keine notwendige Bedingung für den Beginn des Strafverfahrens** und spricht unmittelbaren Beginn des Hauptverfahrens durch Einbringen der Anklage nicht an,<sup>12)</sup> sodass Fälle des § 261 nur innerhalb, nicht außerhalb eines Strafverfahrens auftreten können und Ermittlungen nach § 261 Abs 2 das – demnach stets bereits begonnene – Strafverfahren niemals (erst) beginnen lassen, vielmehr immer (bloß) Fortführung des Strafverfahrens als Ermittlungsverfahren iS des 2. Teils der StPO bedeuten. Beischaufung des Aktes über das Strafverfahren, in dem das UnzuständigkeitsU ergangen ist, ist logisch gesehen aber nichts anderes als Beischaufung der Strafanzeige in einem Fall, wo diese gegenüber einem für das Ermittlungsverfahren nicht zuständigen Organwalter von KriminalPol oder StA erstattet wurde, zählt mithin zum Zur-Kennntnis-Gelangen, nicht zu darauf begründetem Ermitteln.<sup>13)</sup> Entsprechendes gilt für § 263 Abs 4.

So wie die StPO – aus diesen logisch-systematischen Gründen – nicht klarstellen muss, dass § 261 Abs 2, § 263 Abs 4 sich nicht (nur) auf nach § 1 Abs 2 erster Satz begonnene Strafverfahren beziehen, wird bei exakter Begrifflichkeit klar, dass § 91 Abs 2 dritter Satz mit „in diesem Sinn“ sich nicht auf den Rechtsschutz bezieht, den das Ermittlungsverfahren Besch (§ 48 Abs 2) garantiert. Stattdessen wird bloß Klärung, „ob

ein Anfangsverdacht (§ 1 Abs 3) vorliegt“ (§ 91 Abs 2 dritter Satz) und „Aufklärung eines Anfangsverdachts“ (§ 1 Abs 2 erster Satz), maW Strafverfolgung (§ 1 erster Satz) vor und nach Beginn eines Strafverfahrens (§ 1 Abs 2), unter dem Aspekt des Gegenstands von Fortführung nach § 193 auseinandergelassen.<sup>14)</sup> **Da nämlich Ermitteln „zur Aufklärung eines Anfangsverdachts“ von Ermitteln zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, verschieden ist, mangelt es bei Letzterem an einem Strafverfahren als Bezugspunkt für dessen Fortführung.** Fortgeführt kann maW nur ein Strafverfahren werden, (von einem Beginn als Hauptverfahren abgesehen) also Ermittlung zur Aufklärung eines von KriminalPol (ohne ggf Anordnung der StA; § 99 Abs 1, § 101 Abs 1 zweiter Satz) oder StA (in rechtlicher Hinsicht) angenommenen Anfangsverdachts (§ 1 Abs 3). So erklärt denn 15 Os 113/18 h, 114/18 f EvBl 2019/70, blickt man genau hin, treffend Einspruch wegen Rechtsverletzung nicht bloß nach, sondern auch vor einem Ermittlungsverfahren für zulässig („gerichtlicher Rechtsschutz – innerhalb der Einspruchsfrist – generell gewährleistet [...] nicht erklärt [...] weshalb [...] Rechtsschutz [nur mehr] dann ausgenommen werden sollte, wenn die StA die Ausübung eines in der StPO eingeräumten subjektiven Rechts erst nach Beendigung des Ermittlungsverfahrens durch Einstellung oder Rücktritt von der Verfolgung [...] verweigert“).<sup>15)</sup> In Betreff des Einspruchs wegen Rechtsverletzung ist nach Maßgabe der der StA zukommenden Rolle vor und nach Beginn eines Hauptverfahrens zu differenzieren (§ 98 Abs 1, § 101 Abs 1, § 210 Abs 2), sodass sich Personen, gegen die Erkundigungen nach § 91 Abs 2 dritter Satz angestellt werden, beim Einspruch wegen Rechtsverletzung nicht darauf berufen müssen, es lägen bestimmte Anhaltspunkte vor, dass sie eine Straftat begangen haben. Selbst dort, wo von Beschuldigtenrechten die Rede ist, ist ein solcher Umkehrschluss aus § 48 Abs 2, der diese ua (auch) auf Verdächtige ausweitet, weder zwingend noch angezeigt.<sup>16)</sup> Für Ermittlungen oder Beweisaufnahmen nach § 193 Abs 1 zweiter Satz kann nichts anderes gelten.<sup>17)</sup> Auch ein Antrag auf Einstellung ist nicht bloß deshalb als unzulässig zurückzuweisen, weil er mangelnden

Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28; vgl auch *ders.*, Die öffentliche Hand als Partei und Behörde, in FS Stolzlechner 741 (754).

10) RIS-Justiz RS0127791.

11) Treffend *Vogl*, WK-StPO § 91 Rz 11.

12) Vgl auch § 71 Abs 1.

13) Im Ergebnis zutreffend OLG Linz 7 Bs 39/18 m.

14) Wie denn auch § 152 Abs 1 nur die *Umgehung* von Vernehmung durch Erkundigung nach Maßgabe von § 281 Abs 1 Z 2 unverwendbar macht.

15) Vgl § 35 c zweiter Satz StAG, gemeinsam mit § 91 Abs 2 dritter Satz eingeführt, und 181 BlgNR 25. GP 2, wo dem Vorteil des materiellen Beschuldigtenbegriffs (dass eine zum Bezugspunkt von Ermittlungen gewordene Person „unmittelbar in die Lage versetzt wird, von [...] Rechten auch Gebrauch zu machen“), der Nachteil der „*öff Brandmarkung*“ gegenübergestellt und ausdrücklich auf RIS-Justiz RS0127791 rekurriert wird, wonach „die StA kein Ermittlungsverfahren zu führen hat, so kein ‚Anfangsverdacht‘ vorliegt“.

16) Vgl aber *Fuchs*, Beginn 37, 41 f.

17) Mit analoger Zulässigkeit des Rechtsbehelfs ist noch nichts darüber gesagt, welche Rechte Personen, die zum Bezugspunkt von Informationsbeschaffung nach § 91 Abs 2 dritter Satz geworden sind, geltend machen können. In erster Linie kommen Grundrechte in den Blick, während die im § 49 aufgeführten Rechte idR gezielt auf Besch (§ 48 Abs 2) beschränkt sind.

Anfangsverdacht reklamiert. Nicht auf die Sicht *des* *StA* kommt es nämlich bei der Antwort auf die Frage an, ob tatsächlich ein nach § 1 Abs 2 erster Satz geführtes Ermittlungsverfahren vorliegt, welches eingestellt werden könnte, vielmehr darauf, ob *StA* oder KriminalPol zur Aufklärung eines *aus ihrer Sicht* (zumindest) vorliegenden Anfangsverdachts ermitteln.<sup>18)</sup> Informationsbeschaffung, die über das nach § 91 Abs 2 dritter Satz Zulässige hinausgeht, manifestiert allerdings unwiderlegbar die Annahme (zumindest) eines Anfangsverdachts durch KriminalPol oder auch *StA*, mithin ein nach § 1 Abs 2 geführtes Ermittlungsverfahren.

Zirkulär ist die Kritik *Birkbauers* am angeblich fehlenden Rechtsschutz bei derartiger Informationsbeschaffung durch die KriminalPol, weil es an „Zuständigkeit der *StA*“ mangle. Der OGH folgert aus § 91 Abs 2 dritter Satz gerade nicht, dass diese Vorschrift § 25 oder (was *Birkbauer* wohl meint) der im § 99 Abs 1 normierten Anordnungsbefugnis gegenüber der KriminalPol derogiert, sodass der Vorwurf eines „gewisse[n] ‚Sündenfall[s]‘“, indem § 35 c StAG „ein Verfahren zum ‚Nicht-Strafverfahren‘ erklär[e]“ und „sich diese Tendenz der Schaffung von Nicht-Strafverfahren durch die vorliegende Entscheidung fort[setze]“, einer Grundlage entbehrt.<sup>19)</sup> Stattdessen wird der unverkürzte Rechtsschutz der StPO durch denjenigen, den die ersuchte Beh bei der Kontrolle des Amtshilfeersuchens auf dessen Rechtmäßigkeit zu leisten hat – und deren Ausübung neben Verletzung des Amtsgeheimnisses (§ 310 StGB) ebenfalls Fehlgebrauch von Befugnis iSd § 302 StGB begründen kann –, im Gegenteil sogar noch gesteigert, worauf der Senat übrigens ausdrücklich aufmerksam macht. Auf den gegenseitigen Respekt von Gesetzgeber und OGH beim Gebrauch von Begrifflichkeiten wurde an anderer Stelle hingewiesen.<sup>20)</sup>

Dazu kommt die – von *Birkbauer* als Kontrollinstrument allerdings anerkannte – Berichtspflicht des § 100 Abs 3 a. Diese trifft die KriminalPol, „wenn aus ihrer Sicht kein Anfangsverdacht vorliegt, oder sie Zweifel hat, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, zu dessen Aufklärung sie berechtigt und verpflichtet wäre, Ermittlungen zu führen“. Dahin verstanden, dass die KriminalPol überhaupt alles, was einem ihrer Organwalter als Straftat angezeigt wurde, bei sonstiger Strafbarkeit nach § 302 StGB der *StA* zu berichten hätte, wäre schlicht unsinnig. **Besteht keinerlei Zweifel, dass der angezeigte oder sonst zu seiner Kenntnis gelangte Sachverhalt, als wahr unterstellt, keinem Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumierbar ist, oder der Sachverhalt** (wenngleich nicht bewusst) **wahrheitswidrig angezeigt wurde**, werden keine „Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“ wahrgenommen (§ 18 Abs 1), kriminalpolizeiliche Befugnisse demnach gar nicht ausgeübt, und es fehlt damit der **Bezugspunkt einer auf § 100 Abs 3 a gegründeten Berichtspflicht**. Wer aber an einem der beiden Tatumstände zweifelt, ist als Organ der KriminalPol zu einem Bericht nach § 100 Abs 3 a verpflichtet. § 100 Abs 3 a spricht rechtliche und tatsächliche Zweifel am Tatverdacht an, dieser aber bezieht sich auf Straftaten, nicht menschliches Verhalten schlechthin. Wer also Strafanzeige wegen störenden Lärms vom Nachbargrundstück erstattet,

kann damit zwar möglicherweise Organhandeln der örtlichen SicherheitsPol, nicht aber der KriminalPol auslösen; und nach § 302 StGB verantwortlich gemacht werden können Polizisten nur, wenn Zweifel an der Begehung einer Straftat iSd § 1 Abs 1 zweiter Satz angebracht sind, nicht schon, weil ein Sachverhalt *von Dritten* rechtlich als Straftat oder aufklärungsbedürftig eingestuft wird.

Während § 100 Abs 3 a der KriminalPol auch eine rechtliche Wertung aufträgt, verzichtet § 100 Abs 2 Z 2 darauf und verlangt von ihr allein die Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Anordnung oder Genehmigung der *StA*. **Während im Fall des § 100 Abs 3 a mithin nicht die Einschätzung Dritter das Organhandeln bestimmt, ändert die rechtliche Unzulässigkeit der für zweckmäßig gehaltenen Anordnung oder Genehmigung – anders als in der öff Debatte zuweilen geäußert – nichts an der Berechtigung der KriminalPol zu einem Anlassbericht**. Wer allerdings weiß, dass sein Bericht keinen Anlass zu einer Anordnung oder Genehmigung geben kann, ist dazu nicht (auch) verpflichtet.

#### D. Ermittlungen gegen Berufsgeheimnisträger ohne „dringenden Tatverdacht“

Nach § 144 Abs 3 erster Satz darf bei dringendem Tatverdacht gegen eine Person ermittelt werden, die, als Zeuge vernommen, von der Verpflichtung zur Aussage befreit (§ 155 Abs 1 Z 1) oder zur Verweigerung berechtigt wäre (§ 157 Abs 1 Z 2–4). Das erweckt den Eindruck, als bestünde gegen Geistliche, Verteidiger, RA, Patentanwälte, Verfahrensanwälte in Untersuchungsausschüssen des NR, Notare, Wirtschaftstreuhänder, Fachärzte für Psychiatrie, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer, eingetragene Mediatoren nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz BGBl I 2003/29, Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung, Medieninhaber (Herausgeber), Medienmitarbeiter und Arbeitnehmer eines Medienunternehmens oder Mediendienstes

18) War das nicht der Fall, ändert ein (aus – endgültiger [§ 89 Abs 2 b] – Sicht des Gerichts, mithin) bloß objektiv vorgelegener Anfangsverdacht nichts am Fehlen eines Ermittlungsverfahrens.

19) *Birkbauer*, JSt 2019, 460 (Anm zu 14 Os 21/19y). Unangebracht übrigens auch der kritische Unterton bzgl des von 14 Os 21/19y ausgesprochenen Rechtssatzes „Die Befugnis von KriminalPol oder *StA* zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, wird missbraucht, wenn von vornherein keine Anhaltspunkte für einen Sachverhalt vorliegen, der in Richtung eines Geschehens deutet, das – als erwiesen angenommen – (zumindest) einem Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumierbar ist“, womit „die zum Amtsmissbrauch nach § 302 Abs 1 StGB ergangene Entscheidung des OGH [...] dieses Delikt im Bereich der Nutzung behördeninterner Informationsquellen seitens der Pol zurück[dränge], indem es einen Befugnismissbrauch nur für den Fall annimmt, dass von vornherein keine Anhaltspunkte für einen Sachverhalt vorlagen, der unter einen Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumierbar war“. Denn die Befugnis zur Informationsbeschaffung nach § 91 Abs 2 dritter Satz setzt ja gerade voraus, dass ein Anfangsverdacht (noch) nicht vorliegt, sodass *Birkbauer* dem OGH vorzuwerfen scheint, die gesetzeskonforme Ausübung einer vom Gesetz ausdrücklich normierten Befugnis nicht zugleich als Missbrauch der Amtsgewalt für strafbar zu erklären. Davon abgesehen stellt er dem Rechtssatz ohne weiteres das Adverb „nur“ voran, wogegen der Rechtssatz unmissverständlich statt einer notwendigen eine hinreichende Bedingung für tatbestandsmäßiges Handeln nennt (zur Gültigkeit von Umkehrschlüssen vgl *Klug*, Juristische Logik<sup>4</sup> 142).

20) Vgl Wechselwirkungen zwischen Judikatur und Legislative im Strafprozessreformgesetz, ÖJZ 2005, 705.

bei Straftaten im Zusammenhang mit berufsbedingt erlangten Informationen ein Verfolgungshindernis, solange StA oder KriminalPol nicht bestimmte Tatsachen für einen zur Verhängung der Untersuchungshaft ausreichenden, also dringenden Tatverdacht zu benennen in der Lage sind, sodass auch die von § 91 Abs 2 dritter Satz angesprochene Klärung, ob (bloß) ein Anfangsverdacht vorliegt, unzulässig wäre. Ein Verfahren zur Aufklärung solcher Straftaten dürfte sonst nur bei einem Geständnis geführt werden (§ 1 Abs 2 erster Satz). In dem § 144 Abs 3 erster Satz für Verdächtige (§ 48 Abs 2, § 154 Abs 1) ein Verbot der Umgehung von Zeugenrechten beseitigt, Verdächtige – im Gegensatz zu Zeugen (§ 154 Abs 2) – aber keine Verpflichtung zur Aussage trifft, welche durch Befreiungs- oder Verweigerungsrechte eingeschränkt und deren Beschränkung durch ein Umgehungsverbot abgesichert werden könnte, ist die Aussage in sich widersprüchlich, vermittelt daher keinen Sinn und ordnet in Betreff Verdächtiger nichts Fassbares an. „Ex falso quodlibet“: Das Erfordernis dringenden Tatverdachts hängt gleichsam in der Luft. Zu dessen Bezugspunkt hilft ein Blick in die GMat, der zeigt, dass **keineswegs ein durch dringenden Tatverdacht auflösend bedingtes Verfolgungshindernis begründet**, vielmehr die fehlende Zustimmung des Inhabers eines zu überwachenden Teilnehmeranschlusses ausgeglichen werden sollte.<sup>21)</sup> Es geht also um den Schutz von Informanten des Inhabers eines Teilnehmeranschlusses, nicht um den Schutz vor Strafverfolgung. Auch insoweit ist die Aussage unbeachtlich, weil angesichts der ohnehin an anderer Stelle ausdrücklich getroffenen Regelungen überflüssig.<sup>22)</sup>

## E. Verurteilungswahrscheinlichkeit

### 1. Sachverhaltsklärung und Tatverdacht

Über den von § 212 Z 3 (primär) angesprochenen **Grad der Sachverhaltsklärung** wurde bis zum Inkrafttreten des StPRefG bereits vor Anklageerhebung gerichtlich entschieden,<sup>23)</sup> während die StA unter dem Aspekt der **Verdachtsdichte** – grundsätzlich –<sup>24)</sup> „entweder“ Anklage zu erheben oder einzustellen hatte.<sup>25)</sup> Über mögliche Verurteilung hinaus kann die Verurteilung (zudem) iSd § 210 Abs 1, § 212 Z 3, § 352 Abs 1 Z 2 nahe liegen, also iSd § 193 Abs 2 Z 2 eine „Bestrafung begründen“, wenn der Sachverhalt für eine solche Entscheidung nicht bloß hinreichend (§ 198 Abs 1 [§ 90 a Abs 1 aF], § 212 Z 2), sondern bereits „ausreichend“ (§ 210 Abs 1) geklärt ist. **Während „Tatverdacht“ die entscheidenden Tatsachen und die verlangte Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung im historischen Geschehen (Existenz) meint**, also im Obersatz des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung zum Ausdruck kommt, **zerfallen „Möglichkeit oder Naheliegen einer Verurteilung“ (§ 212 Z 2 und 3) in einen Verfahrens-** (hinreichende oder ausreichende Sachverhaltsklärung) **und einen Begründungsaspekt** („Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“). „Möglichkeit oder Naheliegen einer Verurteilung“ meint also Verfahrensstand und darauf bezogene Beurteilung der Verfahrensergebnisse und liegt auf der Metaebene des Syllogismus der Rechtsfolgebestim-

mung. Bleibt eine Verurteilung trotz umfassender Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten zu entlastenden Tatumständen (weiterhin) möglich, liegt eine Verurteilung jedenfalls näher als vor deren Ausschöpfung. Indem die EBRV StPRefG „*zunächst*“ und „*vor allem*“ den Verfahrensaspekt ansprechen,<sup>26)</sup> geht es **bei nahe liegender Verurteilung** aber **auch** um einen Aspekt der Verdachtsdichte, sodass das **Gewicht der Ermittlungsergebnisse über demjenigen für „einfachen Tatverdacht“** liegen muss.<sup>27)</sup>

§ 213 Abs 1 Z 2 idF vor BGBl I 2004/19 hatte als Schwelle für das Erreichen des HV-Stadiums „genügende Gründe“ verlangt, „den Besch der Tat für verdächtig zu halten“. Angesichts der offen zutage liegenden Wortlautdifferenz zwischen § 180 Abs 1 aF und § 213 Abs 1 Z 2 aF hatte 13 Os 46/05 x dafür „unqualifizierten“, nicht aber „dringenden“ Tatverdacht iSd § 180 Abs 1 (aF, nunmehr § 173 Abs 1) verlangt.<sup>28)</sup> Im Anschluss daran lässt 11 Os 124/19 y EvBl 2020/34 „(einfache) Verurteilungswahrscheinlichkeit“ für Anklageerhebung genügen. Demnach **liegt eine Verurteilung nicht erst bei dringendem Tatverdacht nahe**. So gesehen ist für Rechtswirksamkeit der Anklage unter dem Aspekt von Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts – als nahe liegende Verurteilung – einerseits in verfahrensrechtlicher Hinsicht ausreichende Sachverhaltsklärung, andererseits in Betreff der Sachverhaltsannahmen eine – vor die die entscheidenden Tatsachen beinhaltende Klammer gezogene – (Existenz-)Wahrscheinlichkeitsbehauptung erforderlich, welche über bloß möglicher, aber unterhalb dringend wahrscheinlicher Tatbegehung liegt (während § 260

21) ErläutRV BGBl I 2004/19, 25 BgNR 22. GP 194, wonach durch § 144 Abs 3 „iSd Judikatur und der durch die RV eines StFAG vorgeschlagenen Bestimmung des § 149 a Abs 3 Z 2 klargestellt werden [soll], dass ein Umgehungsverbot insoweit nicht besteht, als die geschützte Person selbst der den Anlass der Ermittlungsmaßnahme gebenden Tat dringend verdächtig ist“; es solle jedoch im „Fall der Überwachung von Nachrichten oder der optischen oder akustischen Überwachung [...] für die Bewilligung durch das Gericht eine Ermächtigung des Rechtsschutzbeauftragten vorliegen müssen“.

22) Näher: WK-StPO § 281 Rz 222; s auch Kirchbacher, WK-StPO § 157 Rz 33; Tipold/Zerbes, WK-StPO Vor §§ 110–115 Rz 34; Rebisant, Zur systematischen Auslegung der Strafprozessordnung, in Liber Amicorum Eckart Ratz 119 (128).

23) § 111 aF.

24) Vgl aber § 112 Abs 3 erster Satz StPO aF.

25) § 112 Abs 1 zweiter Satz aF.

26) ErläutRV StPRefG 246.

27) Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 8.14, ist ohne weiteres zustimmen, dass für „Messung“ einer in Prozentpunkten angegebene Sollensanordnung (des verlangten Wahrscheinlichkeitsgrades) im beurteilten Einzelfall keine „naturwissenschaftliche“ Methode zur Verfügung steht; schon mangels empirischer Grundlagen kommt auch statistische Berechnung nicht in Betracht. Allerdings kann durch Prozentangaben das Verlangte durchaus anschaulich gemacht, beschrieben, überwiegende Wahrscheinlichkeit von Verurteilung anstelle von Freispruch daher ohne weiteres mit Verurteilungswahrscheinlichkeit von mehr als 50% angegeben werden. Aus dem Fehlen einer Mess- oder Berechnungsmethode kann auf das Fehlen des Gegenstands der Messung gültig nicht geschlossen werden (vgl aber Bertel/Vernier, Komm StPO § 210 Rz 3).

28) Darauf stellen auch Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 8.14 ab, die übrigens „dringenden Tatverdacht“ und „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ gleichsetzen, bei Verdachtsannahmen von „Vermutungen“ und „innerer Überzeugung“ sprechen (vgl aber § 258 Abs 2) und ihre Meinung ua auf Bertel/Vernier, Komm StPO § 210 Rz 3, stützen, nach deren Auffassung eine Verurteilung (allerdings) erst nahe liegt, „wenn das vorliegende Beweismaterial zur Begründung eines Schuldspruchs ausreicht“. 11 Os 124/19 y übernimmt die Position von Hinterhofer/Oshidari und bezeichnet den Verdachtsgrad als „(einfache) Verurteilungswahrscheinlichkeit“.

Abs 1 Z 2 für ein StrafU erwiesene Tatbegehung verlangt). Es geht also um Begründungsmängel und Verfahrensmängel iS unterlassener Beweiserhebung.

## 2. „Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“ in der Gerichtskontrolle

Während § 212 Z 1 die entscheidenden Tatsachen des Obersatzes der Rechtsfolgebestimmung anspricht und Einspruch<sup>29)</sup> zur Einstellung führt, wenn der angeklagte Sachverhalt (§ 211 Abs 1 Z 2), hypothetisch als wahr unterstellt, nicht zumindest einer strafbaren (im Fall des § 21 Abs 1 StGB mit Strafe bedrohten) Handlung subsumierbar wäre,<sup>30)</sup> bezeichnen die Worte „Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“ den Wahrscheinlichkeitsgrad im Obersatz, der – wenn im Untersatz bejaht – zur Rechtsfolge führt, maW die Verurteilungswahrscheinlichkeit. Reicht der Verdachtsgrad zwar aus, um eine Verurteilung des Angekl für möglich zu halten, liegt die Verurteilung aber noch nicht nahe, ist die Anklageschrift zurückzuweisen, wodurch das Ermittlungsverfahren wiedereröffnet ist (§ 215 Abs 3 [§ 212 Z 3]). Liegt hingegen eine Verurteilung bereits nahe,<sup>31)</sup> ist unter dem Aspekt von § 212 Z 1–3 der „Einspruch abzuweisen und die Rechtswirksamkeit der Anklageschrift festzustellen“ (§ 215 Abs 6). Erreicht der Verdachtsgrad nicht einmal die Möglichkeit einer Verurteilung, ist eine Prognose dahin anzustellen, ob weitere Ermittlungen dessen Intensivierung bis zu diesem Verdachtsgrad (Möglichkeit einer Verurteilung) erwarten lassen (§ 212 Z 2).<sup>32)</sup>

Da Schuld- und Freispruch abgeschlossene Beweisaufnahme voraussetzen, kann UAnfechtung über NG Verfahrens- und Begründungsaspekte trennen. Umgekehrt entziehen sich Beweisaufnahmen vor Abschluss der Sachverhaltsklärung derart aussagenlogischer Betrachtung,<sup>33)</sup> weil die Sachverhaltsklärung erst auf den UZeitpunkt hin abgeschlossen werden darf. Deshalb erlauben die Vorschriften über Anklageerhebung und Vorprüfung der Anklage eine nach Verfahrens- und Begründungsaspekten vollkommen getrennte Behandlung (noch) nicht und der Verfahrensaspekt beeinflusst damit die Verurteilungswahrscheinlichkeit. So steht zB der Annahme (sogar) dringenden Tatverdachts (als Grundlage für Untersuchungshaft) nicht entgegen, dass der StA oder der KriminalPol bekannte Entlastungszeugen noch nicht befragt wurden. Wenn deren Ergebnis nicht just das Potential zu unmittelbarer Beseitigung des Tatverdachts hat,<sup>34)</sup> erlaubt § 55 Abs 3 der StA sogar ausdrücklich, die Aufnahme von Beweisen der HV vorzubehalten. Dagegen kann die Beurteilung bereits vorliegender Ermittlungsergebnisse zur Begründung eines verlangten Wahrscheinlichkeitsgrades für die Verwirklichung der entscheidenden Tatsachen zu jedem beliebigen Zeitpunkt erfolgen.<sup>35)</sup> Während demnach die Sachverhaltsklärung erst nach deren Abschluss Gegenstand ausschließlich darauf bezogener Kontrolle nach Maßgabe von NG (§ 281 Abs 1 Z 4) sein kann, gilt dies nicht für Begründungsmängel nach § 281 Abs 1 Z 5, also Darstellungsmängel mit Bezug auf die Würdigung der Ergebnisse des (dem Beweisverfahren der HV entsprechenden) Ermittlungsverfahrens.

## 3. Darstellungsmängel der Anklageschrift

Indem § 211 Abs 2 zweiter Satz die Zusammenfassung des Sachverhalts „nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens“ verlangt, wird klar, dass Darstellungserfordernisse nur in Betreff der Sachverhaltsannahmen (also der Existenzbehauptung im Untersatz der Rechtsfolgebestimmung des Tatverdachts) und der darauf bezogenen Begründung, nicht aber der Sachverhaltsklärung, also des Verfahrensgangs, normiert, maW „Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“ neben den Sachverhaltsannahmen nur unter dem Begründungs-, nicht dem Verfahrensaspekt dargestellt werden muss.<sup>36)</sup> Nimmt man 11 Os 124/19 y EvBl 2020/34 wörtlich, wäre § 211 Abs 2 zweiter Satz nur bei gänzlich fehlender („inhaltsleerer“) Begründung verletzt. Die Aussage kann so jedoch nicht gemeint sein: Nicht nur, dass die Verschiedenheit zwischen (irgend-)einer Begründung und deren Fehlen und zwischen „gänzlich“ fehlender und (schlicht) fehlender Begründung logisch nicht zu fassen ist, könnten Mängel iSd § 212 Z 4 nur die Sachverhaltsannahmen der Anklageschrift betreffen, deren umfassendes Referat aber schon von § 211 Abs 1 Z 2 verlangt wird,<sup>37)</sup> sodass der von § 211 Abs 2 zweiter Satz erteilte Auftrag ins Leere ginge.

Die Konsequenzen des logischen Dilemmas liegen einerseits in der Einebnung des Unterschieds zwischen Strafantrag<sup>38)</sup> und Anklageschrift, indem bloß noch die „Zuständigkeit des angerufenen Gerichts [...] erforderlichenfalls zu begründen“ wäre.<sup>39)</sup> „Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“ hinwiederum wären

29) Vgl auch § 213 Abs 6 letzter Satz.

30) Grundlegend RIS-Justiz RS0127791.

31) Zur Übereinstimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades mit jenem der § 193 Abs 2 Z 2 erster Fall, § 352 Abs 1 Z 2 treffend Nordmeyer, WK-StPO § 193 Rz 38.

32) Da die Intensivierungserwartung (welche mit derjenigen beim Antrag auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens übereinstimmt; § 108 Abs 1 Z 2) nicht an ges Prognosekriterien anknüpft, ist sie nur dann rechtsfehlerhaft (und damit einer Kontrolle durch NBzWdG zugänglich), wenn deren Bejahung sich angesichts der der Prognose zugrunde gelegten bestimmten Tatsachen als willkürlich, maW nicht oder nur offenbar unzureichend begründet darstellt (wobei Beweisverwertungsverbote hinsichtlich der Sachverhaltsgrundlage für die Erwartung beachtlich sind), was dem Fehlerkalkül für Haftgründe im Verfahren nach dem GRBG entspricht (vgl RIS-Justiz RS0117806).

33) Missachtung von Beweisverboten kann dagegen in jedem Verfahrensstadium als Mangel festgemacht, maW bejaht oder verneint werden; allfällige „Sanierung“ (vgl Zur Sanierung von Verfahrensmängeln – zugleich ein Beitrag zu den Beweisverboten, ÖJZ 2019, 654) ändert daran nichts.

34) Oder Beweisverlust droht.

35) Ebenso wie die Zulässigkeit eines Vorbehalts nach § 55 Abs 3 stets mit Blick auf den jeweils gegenwärtigen Verfahrensstand sofort entschieden werden kann (vgl Initiative, Bestellung und Führung beim Sachverständigenbeweis der StPO, ÖJZ 2018, 951 [955 f]); vgl auch den Hinweis zu 11 Os 155/19 g EvBl 2020/48.

36) Vor Inkrafttreten des StPRefG war über den für Anklageerhebung erforderlichen Klärungsgrad nicht von der StA – vielmehr nach § 111 aF vom Untersuchungsrichter – entschieden worden, Sachverhaltsklärung daher auch nicht Gegenstand der Entscheidung über den Anklageeinspruch.

37) Zum Verhältnis von Spruch und Gründen eines StrafU vgl WK-StPO § 281 Rz 265–271.

38) § 451 Abs 1 erster Satz, § 484 erster Satz.

39) § 211 Abs 2 erster Satz (letzter Teilsatz); im § 212 entspricht die Z 5 den § 468 Abs 1 Z 2, § 281 Abs 1 Z 6 (vgl aber WK-StPO § 281 Rz 495), die Z 6 dem ersten Fall des § 468 Abs 1 Z 1, die Z 7 dem § 281 Abs 1 Z 9 lit c und erfasst die Z 8 Rechtsfehler aus dem Bereich der Z 10 a des § 281 Abs 1, womit das Prüfungsschema des Anklageeinspruchs insoweit demjenigen der NG vollends entspricht und darauf bezogene Verfügungen des OLG der Anfechtung mit NBzWdG erschlossen sind.

allein Gegenstand eigenständiger (zugleich nach Maßgabe von § 215 Abs 5 zweiter Satz beschränkter) Beurteilung durch das OLG (§ 212 Z 3 und 4) in der Sache selbst.<sup>40)</sup> Umgekehrt bräuchte die Anklageschrift einem grundlegenden Aspekt rechtmäßiger Gerichtsentscheidungen nicht zu genügen, der StA bliebe maW eine dem Willkürverbot – und damit § 281 Abs 1 Z 5 – entsprechende Darstellung geordneter Gedankenführung bei Sachverhaltsannahmen zum Tatverdacht in der Anklageschrift erspart; sie müsste ihre Würdigung der Ermittlungsergebnisse nicht rechtfertigen. Eine nachvollziehbare Begründung für die Rechtswirksamkeit der Anklage tauglicher Sachverhaltsannahmen wäre nur (aber immerhin) vom OLG zu bekommen und zur rechtzeitigen Vorbereitung der Verteidigung<sup>41)</sup> daran interessierte Angekl müsstens dazu Einspruch gegen die Anklageschrift erheben. Erstmals das OLG hätte demnach die Sachverhaltsannahmen der StA tragende Ermittlungsergebnisse iSd § 281 Abs 1 Z 5 (aus seiner Sicht) geordnet darzulegen und Defizite der Anklage auszugleichen, statt dies nach § 215 Abs 3 (§ 212 Z 4) der StA zu überlassen. **Wird rechtsförmige Darstellung der Ermittlungsergebnisse hingegen von der StA eingefordert**, der von § 211 Abs 2 zweiter Satz erteilte Befehl maW nicht schlechterdings negiert, kann sich das OLG bei Einschätzung einer Verurteilung als nahe liegend mit der Begründung begnügen, dass es an der von der StA angestellten Würdigung der Ermittlungsergebnisse keine Bedenken hegt<sup>42)</sup> und so § 215 Abs 5 zweiter Satz entsprechen, „mit seiner Begründung [...] der Entscheidung des erkennenden Gerichts in der Hauptsache nicht vor[zu] greifen“. Just darauf scheint es dem Gesetzgeber des StPRefG angekommen zu sein.<sup>43)</sup>

Vor dem Hintergrund der angestellten logischen Überlegungen lässt 11 Os 124/19 v EvBl 2020/34 ein solches Verständnis durchaus zu. Unter formellen Begründungsmängeln versteht man **Darstellungsfehler** bei Sachverhaltsannahmen, „dass eine Straftat begangen worden ist“ (§ 1 Abs 3), **im Gegensatz zum Ermessen bei der Würdigung von Ergebnissen** eines Ermittlungs- oder Beweisverfahrens. Zwingende Gründe sind daher weder für Feststellungen noch für Verdachtsannahmen erforderlich (§ 281 Abs 1 Z 5 vierter Fall). Mit dem Hinweis, wonach die StA „nach § 211 Abs 2 (anders als das UGericht – §§ 258 Abs 2, 270 Abs 2 Z 5 StPO) nicht verpflichtet [ist], sich im Rahmen der Anklagebegründung mit jedem der eigenen Würdigung der Ermittlungsergebnisse entgegenstehenden Umstand auseinanderzusetzen“, würde – so gesehen – nur ein Unterschied zwischen Feststellungen (im U) und Verdachtsannahmen (bei der Prüfung der Anklageschrift) als Bezugspunkt allfälliger Darstellungsmängel, maW ein Unterschied in der Erheblichkeit der unter dem Aspekt von Unvollständigkeit zu prüfenden Ergebnisse angesprochen: Nicht jedes Ergebnis, das eine Tatsachenfeststellung hindern könnte, steht demnach einer bloßen Verdachtsannahme entgegen. **Indem das Gebot, den „Sachverhalt“ nach den Ergebnissen „zusammenzufassen und zu beurteilen“ – bezogen auf das Ermittlungsverfahren – nichts anderes zum Ausdruck bringt als – bezogen auf das Beweisverfahren der HV (§ 258 Abs 1) – die von § 270 Abs 2 zweiter Satz verlangte Angabe, wel-**

**cher Sachverhalt als „Tatsache“ erwiesen oder nicht erwiesen angenommen wurde**, und jeweils bloß die Ergebnisse anzuführen sind und anzugeben ist, welche Gründe die Existenzbehauptung des Untersatzes von Anklage oder U veranlasst haben (in § 270 vom erkennenden Gericht, in § 211 vom Ankläger), **besteht aber kein Unterschied zwischen § 211 Abs 2 zweiter Satz und § 270 Abs 2 zweiter Satz**.<sup>44)</sup> Was das Gesetz als Darstellungsfehler begreift, ergibt sich – generell – aus den von § 281 Abs 1 Z 5 genannten Kriterien.<sup>45)</sup> Nichtverwirklichung von Ausnahmesätzen ist nicht Gegenstand von § 211 Abs 1 Z 2, wohl aber von § 211 Abs 2 zweiter Satz.<sup>46)</sup> StA, die die Prüfungskategorien der Darstellungsrüge (§ 281 Abs 1 Z 5 StPO) beherrschen, wissen auch, wie man UFeststellungen bekämpft oder ob man besser darauf verzichtet.

#### 4. Zurückweisung der Anklageschrift (§ 212 Z 3) verlangt „Tenorierung“

Ist der Sachverhalt – als erwiesen unterstellt – (zumindest) einer strafbaren Handlung subsumierbar und nach „Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“ eine Verurteilung zumindest möglich (oder lassen weitere Ermittlungen diese Verdichtung erwarten), ist das Verfahren bei der Entscheidung über einen Anklageeinspruch nicht einzustellen (§ 215 Abs 2 [§ 212 Z 2]). Solange der Anklagekalkül des § 210 Abs 1 noch nicht erfüllt ist, dass nämlich eine Verurteilung (für das OLG) nahe liegt, muss die Anklageschrift allerdings zurückgewiesen werden, womit das Ermittlungsverfahren wieder eröffnet ist. Entspricht die Anklageschrift dem „**Tenorierungserfordernis**“ des § 211 Abs 1 Z 2, das sich von demjenigen eines StrafU (§ 260 Abs 1 Z 1 und 2) nur im Wahrscheinlichkeitsgrad für die Verwirklichung der entscheidenden Tatsachen unterscheidet, indem an die Stelle der für ein StrafU verlangten „Überzeugung“ (§ 258 Abs 2) von der Verwirklichung der entscheidenden Tatsachen im historischen Geschehen<sup>47)</sup> die Beurteilung des Entscheidungsorgans (StA [§ 210 Abs 1] bzw OLG [§ 212 Z 3]) tritt, dass die Verwirklichung der entscheidenden Tatsachen im historischen Geschehen „nahe liegt“, erfolgt die Zurückweisung nach § 215 Abs 3 (§ 212 Z 3), sonst nach § 215 Abs 3 (§ 212 Z 3 und 4). Bejahung von § 212 Z 3<sup>48)</sup> ohne gleichzeitige Bejahung von § 212 Z 4 bedeutet (für den Zeitpunkt der Entscheidung über die Anklageschrift) abgeschlossene „Tenorierung“, verlangt maW eine rechtlich unmissver-

40) Das einer Entscheidung „in der Sache“ nachgestellte Wort „selbst“ wird in der StPO auf die „Sache“, nicht das Entscheidungsorgan bezogen und spricht den Unterschied zur Entscheidung über das RM an (vgl § 285 e).

41) Vgl auch Art 6 Abs 3 lit a und b EMRK.

42) Vgl RIS-Justiz RS0124017.

43) § 212 Z 3, § 215 Abs 6 StPO, vgl auch EBRV StPRefG 244.

44) Vgl auch 15 Ns 44/15 m EvBl 2015/150.

45) RIS-Justiz RS0123668; RS0118412; RS0096557.

46) Siehe auch FN 48.

47) MaW im Prozessgegenstand, maW in der „Tat im prozessualen Sinn“, vgl WK-StPO § 281 Rz 502 ff, insb 509.

48) Für Ausnahmesätze (vgl WK-StPO § 281 Rz 602) kommt es darauf an, ob Zweifel an deren Verwirklichung nahe liegen, in welchem Fall eine Verurteilung nicht nahe liegt; die Unterscheidung zwischen Rechtsfehler mangels Feststellungen und Feststellungsmangel (WK-StPO § 281 Rz 600–605) spielt bei der Vorprüfung der Anklage keine Rolle.



ständige Klarstellung des OLG, wohin nach Maßgabe des in der Anklageschrift zum Ausdruck gebrachten Anklagewillens<sup>49)</sup> die Ermittlungen zu führen, die Verwirklichung welches Sachverhalts, maW welcher entscheidenden Tatsachen, im wieder eröffneten Ermittlungsverfahren zu klären wären. Zurückweisung wegen mangelhafter „Tenorierung“ (§ 215 Abs 3 [§ 212 Z 4 {§ 211 Abs 1 Z 2}]) hinwieder verpflichtet das OLG, den Tenorierungsmangel in der Begründung seiner Entscheidung präzise anzusprechen.<sup>50)</sup> Es geht dabei zwar bloß um eine Wissenserklärung, weil auch wieder eröffnete Ermittlungsverfahren von der StA geleitet und über den Gegenstand einer etwaigen neuen Anklage von dieser entschieden wird. **Verletzt aber ein Auftrag zur Sachverhaltsklärung ohne Nennung des rechtlichen Bezugspunkts das Gesetz, so wird unmittelbar einsichtig, welches Potential – spätestens – gegen Einspruchsentscheidungen ergriffene NBzWdG zu abstrakter Rechtssatzbildung und vorzeitiger Abklärung von Rechtsfragen in Großverfahren in sich tragen.**<sup>51)</sup>

### 5. Anklage im Verfahren vor ER

Da ER die Rechtswirksamkeit der Anklage nicht mit B<sup>52)</sup> feststellen (vgl § 215 Abs 6), besteht bei ihnen keine Gefahr, durch Begründung, weshalb „eine Verurteilung des Angekl nahe liegt“ (§ 212 Z 3), „der Entscheidung des erkennenden Gerichts in der Hauptsache [...] vor[zugreifen“ (vgl § 215 Abs 5 zweiter Satz). Umgekehrt wird von Anklägern nicht verlangt, den „Sachverhalt nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens zusammenzufassen und zu beurteilen“ (§ 211 Abs 2 zweiter Satz),<sup>53)</sup> sodass **Darstellungsmängel (E/3) nicht in Frage kommen.** Von Unzuständigkeit abgesehen,<sup>54)</sup> unterscheidet sich Vorprüfung der Anklage im Verfahren vor dem ER LG vom Prüfungsschema für eine Anklageschrift insoweit, als Zurückweisung wegen mangelhafter Darstellung der die Sachverhaltsannahmen des Strafantrags (§ 211 Abs 1 Z 2) tragenden Ermittlungsergebnisse (§ 211 Abs 2 zweiter Satz) ebenso wenig in Frage kommt wie Zurückweisung eines Strafantrags der StA mangels Begründung der Zuständigkeit des ER (§ 211 Abs 2 erster Satz [letzter Teilsatz]). Im bg Verfahren sind die von § 212 Z 3, 4 und 7 angesprochenen Umstände nicht Gegenstand von Vorprüfung des Strafantrags, während an die Stelle der Prüfungskategorie des § 212 Z 2 die „Überzeugung“ (vgl § 258 Abs 2 zweiter Satz) von mangelnder Verwirklichung zumindest einer entscheidenden Tatsache für einen Schuldspruch oder der Verwirklichung eines Ausnahmesatzes tritt;<sup>55)</sup> zu Unrecht erfolgter nachträgliche Fortsetzung (§ 212 Z 8) kann das BG – auch außerhalb der HV – durch Vorgehen nach § 199 auf der Grundlage des Vorschlags der StA oder einen eigenen – in diesem Sonderfall günstigeren – Vorschlag Rechnung tragen.<sup>56)</sup> **In Betreff der „Tenorierung“ gilt das zu E/4 Gesagte vor dem ER LG, nicht aber im bg Verfahren.**

### 6. Recht und Pflicht der StA zur Anklage

Mit dem StPPrefG und der Anpassungsgesetzgebung sollte das Ermittlungsverfahren vollkommen neuge-

staltet und der StPO ein AT über das Strafverfahren und seine Grundsätze vorangestellt werden. „Versetzung in den Anklagestand“, „Vorbereitungen zur HV“ und diese selbst sollten aber bloß an diese Änderungen angepasst werden. Blickt man genau auf die just aufgrund der neuen Vorschriften über nunmehrige Ermittlungsverfahren, die damit verbundene Rolle der StA und den Wegfall des Untersuchungsrichters vorgenommene Anpassung, genügen daher logische Überlegungen für ein eindeutiges Ergebnis in Betreff der von § 210 Abs 1 normierten „Anklageverpflichtung“ der StA. War „der“ StA nach § 112 Abs 1 idF vor BGBl I 2004/19 nach gerichtlicher Schließung der Voruntersuchung gehalten, entweder die Anklage einzubringen oder die Einstellung zu veranlassen, „verpflichtet“ § 210 Abs 1 die StA nunmehr – auf den davor gerichtlich determinierten Zeitpunkt ausreichender Sachverhaltsklärung bezogen –<sup>57)</sup> zur Anklage, wenn eine Verurteilung nahe liegt. Diese Verdachtsdichte hinwiederum verpflichtet ein LG zur Anordnung der HV,<sup>58)</sup> wenn die Anklage den formalen Voraussetzungen des § 212 Z 4 entspricht, das zuständige Gericht angerufen wurde, eine allenfalls nötige Ermächtigung vorliegt und die StA das Verfahren nicht zu Unrecht fortgesetzt hatte.

Just auf diesen Zeitpunkt „zureichender“ Sachverhaltsklärung bezogen,<sup>59)</sup> hatte die StA<sup>60)</sup> nur zwei (weil im kontradiktorischen Gegensatz zueinander stehende) Optionen, nämlich entweder die Anklageerhebung oder Verfahrenseinstellung. Übernimmt man

49) Der (angeklagten) „Tat im prozessualen Sinn“, maW des Prozessgegenstands.

50) Der Entscheidung in der Hauptsache kann dadurch nicht vorgegriffen werden (§ 215 Abs 5 zweiter Satz).

51) Vgl Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes und Wirtschaftsstrafverfahren, ÖJZ 2016, 592.

52) Zur Entscheidung über rechtswirksame Anklagen ist eine HV anzurufen, in Verfahren vor ER als *contrarius actus* zu einem B, womit diese abgelehnt wird, sei es aufgrund von Unzuständigkeit (§ 450 erster Satz, § 485 Abs 1 Z 1), Zurückweisung des Strafantrags (§ 485 Abs 1 Z 2) oder Einstellung (§ 451 Abs 2, § 485 Abs 1 Z 3). Da ein solcher B im kontradiktorischen Gegensatz zur „Anordnung der HV“ steht, ist „Anordnung der HV“ **keine Entscheidung, sondern ein Realakt**, also eine tatsächliche Handlung, die angesichts eingetretener Rechtswirksamkeit der Anklage die Rechtswirkung auslöst, dass das HV Stadium erreicht ist. In einem auf Durchführung der HV gerichteten Verfahrensschritt zeigt sich in Verfahren vor ER bloß die Tatsache, dass dieser einen solchen B nicht gefasst, die Anklage mithin (bereits) als rechtswirksam beurteilt hat (11 Os 78/19h EvBl 2019/122; RIS-Justiz RS0132157; 13 Ns 44/09p EvBl 2009/161). Straffestsetzung durch schriftliche Strafverfügung (§ 491) bedeutet nicht Rechtswirksamkeit der Anklage und Erhebung eines zulässigen Einspruchs nicht Auftrag zur Anordnung der HV (vgl 11 Os 116/19x EvBl 2020/20).

53) § 451 Abs 1 erster Satz, § 484 erster Satz; da hinsichtlich strafbarer Handlungen, deren Begehung nur auf Verlangen des Opfers zu verfolgen ist, „ein Ermittlungsverfahren [...] nicht statt[findet]“, zählt § 211 Abs 2 zweiter Satz nicht zu den nach § 71 Abs 3 zweiter Satz für PA geltenden Erfordernissen einer Anklageschrift; nur „die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts“ kann mangelhaft begründet sein (§ 211 Abs 2 erster Satz [letzter Teilsatz]).

54) Zu örtlicher und sachlicher Unzuständigkeit s 13 Ns 44/09p EvBl 2009/161.

55) Vgl auch *Bauer*, WK-StPO § 450 Rz 5 f.

56) Vgl Zum Rechtsschutz in Betreff des 11. HptSt der StPO, ÖJZ 2019, 759 (761) sowie WK-StPO § 281 Rz 634/1, 659.

57) Dem UR war durch § 111 aF aufgetragen, die Voruntersuchung zu schließen, „sobald die gepflogenen Erhebungen zureichen, um die Anordnung der HV zu begründen“.

58) Zu Abweichungen im bg Verfahren s oben E.5.

59) § 111 aF; ihre Berechtigung, einen „Antrag auf Ergänzung der Voruntersuchung“ zu stellen (§ 112 Abs 3 aF), ändert daran nichts.

60) § 112 Abs 1 zweiter Satz aF.

diesen kontradiktorischen Gegensatz – angesichts der erwähnten Ziele des historischen Gesetzgebers – ins neue Recht, folgt daraus, dass **Berechtigung und Verpflichtung zur Anklage zusammenfallen, die StA maW nur bei nahe liegender Verurteilung zur Anklage berechtigt ist**, was nur zutreffen kann, wenn kein Fall des § 212 Z 1 vorliegt. Die Antwort auf die im Schrifttum zuweilen geäußerte Frage, ob sich die StA an einer zum angeklagten Sachverhalt bestehenden Rsp des OGH auszurichten habe,<sup>61)</sup> ist dieselbe wie die Antwort darauf, was eine Geschworenen erteilte Rechtsbelehrung zu einer „richtigen“ macht. Diese Rechtsbelehrung ist nämlich nichts anderes als eine (nach Maßgabe der – nach für möglich gehaltenen Sachverhaltskonstellationen – strukturierten Fragestel-

lung erfolgende) Erklärung der entscheidenden Tatsachen des Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung und dann „richtig“, wenn dieser demjenigen des RMG entspricht. Bei Abweichungen von einer stRsp geht es also darum, ob dieser entgegengesetzte Argumente das Potential besitzen, zu einer Änderung dieser Rsp im Verfahren, in dem die Rechtsbelehrung erteilt wird, zu führen.<sup>62)</sup> Just in einem solchen Fall „darf“ denn auch ein SchöffenG und die StA bei Erhebung der Anklage ohne Befugnisfehlgebrauch<sup>63)</sup> von stRsp abweichen.

61) Statt aller *Birkbauer*, WK-StPO § 210 Rz 7 mwN.

62) WK-StPO § 345 Rz 60.

63) Siehe oben C (14 Os 21/19y).

### → In Kürze

Besteht keinerlei Zweifel, dass der zur Kenntnis gelangte Sachverhalt, als wahr unterstellt, keinem Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumierbar ist, oder der Sachverhalt wahrheitswidrig angezeigt wurde, werden keine „Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“ wahrgenommen (§ 18 Abs 1), kriminalpolizeiliche Befugnisse demnach nicht ausgeübt, und es fehlt damit der Bezugspunkt einer auf § 100 Abs 3a gegründeten Berichtspflicht. Umgekehrt darf auch ohne dringenden Tatverdacht gegen die in § 155 Z 1, § 157 Abs 1 Z 2–4 genannten Berufsgeheimnisträger ermittelt und geklärt werden, ob gegen sie ein Anfangsverdacht vorliegt. Einspruch wegen Rechtsverletzung ist nicht bloß nach, sondern auch vor einem Ermittlungsverfahren zulässig (auch ein Antrag auf Einstellung ist nicht bloß deshalb als unzulässig zurückzuweisen, weil er mangelnden Anfangsverdacht reklamiert). Anordnungen des Gerichts gegenüber der StA sind ebenso bindend wie Anordnungen der StA gegenüber der KriminalPol. § 1 Abs 2 erster Satz benennt mit Ermittlungen von KriminalPol oder StA nur eine hinreichende, keine notwendige Bedingung für den Beginn des Strafverfahrens und spricht unmittelbaren Beginn des Hauptverfahrens durch Einbringen der Anklage nicht an. Während „Tatverdacht“ die entscheidenden Tatsachen und die verlangte Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung im historischen Geschehen (Existenz) meint, zerfallen „Möglichkeit oder Naheliegen einer Verurteilung“ (§ 212 Z 2 und 3) in einen Verfahrens- (hinreichende oder ausreichende Sachverhaltsklärung) und einen Begründungsaspekt

(„Dringlichkeit und Gewicht des Tatverdachts“). Die StA hat in der Anklageschrift die Ergebnisse der Sachverhaltsklärung iSd § 211 Abs 2 zweiter Satz mängelfrei darzustellen und so das OLG in die Lage zu versetzen, ohne der Entscheidung des erkennenden Gerichts „mit seiner Begründung“ vorzugreifen, den Sachverhalt als so weit geklärt zu beurteilen, dass eine Verurteilung nahe liegt. Zurückweisung der Anklageschrift (§ 212 Z 3) verlangt (auf diesen Zeitpunkt bezogene) „Tenorierung“. Verpflichtung und Berechtigung zur Anklage fallen für die StA zusammen. Die richtige Rechtsauffassung (auch) dabei ist jene, die – auf den UZeitpunkt bezogen – Geschworenen als Rechtsbelehrung zu erteilen wäre.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

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

#### Vom selben Autor erschienen:

Rechtsmittel gegen Urteile und Grundlegendes zum Rechtsschutz im Strafverfahren<sup>2</sup> (2020); Zum Rechtsschutz in Betreff des 11. HptSt der StPO, ÖJZ 2019, 759; Neues zum Disziplinarverfahren gegen Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte und Notare, ÖJZ 2019, 346; Dienstaufsicht, in *Neumayer* (Hrsg), Unabhängigkeit der Rechtsprechung – nach außen und nach innen (2018); Der OGH als Hüter der Grundrechte in Strafsachen, in *Kert/Lehner* (Hrsg), FS Höpfel (2018) 229.

