

I. Allgemeiner Teil

A. Zeichen

Wer „neue Kleider“ anlegt, erregt Aufmerksamkeit; wer Adressat*innen etwas vorschreibt, *verlangt nichts* von *inn, *kümmert sich* stattdessen um *inn – bezeichnet nicht, sondern setzt ein „Zeichen“. Wo es um keine Anordnungen geht, ist nichts zu verlieren, könnte man meinen – so ist dem aber nicht. Das weiß auch der Gesetzgeber, wenn er der Aufzählung anderswo zugestandener Rechte vorsichtshalber „insbesondere“ beifügt und damit das Gefühl der Erleichterung auslöst, zugleich aber Fehlschlüsse vermeidet. Will der Gesetzgeber unbewusst gefallen, denkt er nicht an solche Vorsicht und deklariert zB in § 23 Abs 2 „jedermann“ das „Jedermann“ garantierte „Petitionsrecht“ (Art 11 StGG) – und garantiert es so gerade nicht, stellt es vielmehr zur Schau, vermittelt den „Eindruck“ von Rechten „jedermann[s]“ gegenüber der Generalprokuratur, die „[a]uf Anregung des Rechtsschutzbeauftragten“ nur in den Fällen Abs 1a, von „jedermann“ aber in allen Fällen des § 23 „Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes erheben [kann]“. Dann liegt es am Adressaten, Anstoß von Gefühl und Erkenntnis zu scheiden. Denn „Zeichen“ bergen die Gefahr, vom Regelwerk ab- und zur „Überzeugung“ des „Interpreten“ hin zu lenken, ihn „mit gutem Gefühl“ zu ungültigen Schlüssen zu führen.¹ Was keinen normativen Gehalt hat, „darüber muss man“ als Anordnung „schweigen“, wie Wittgenstein sagt;² der sich über das Unsagbare keineswegs lustig macht, seine Existenz bestreitet oder das Unsagbare als schlecht bewertet. Schlecht ist nur, Unsagbares zu sagen. Mit BGBl I 2004/19 und mit dessen Anpassungsgesetzgebung wurden im Strafprozess – wie schon in den letzten Jahren davor – bewusst „Zeichen“ gesetzt.³ Wer anstelle von Gefühlen („Willkür“) Normen anwenden *will*, muss sie aufspüren; deshalb die zuweilen umständliche Analyse.⁴ Sie soll nicht als Kritik am Gesetzgeber missverstanden werden, der – anders als Grenzorgane –⁵ durch die Verfassung zu politischer Gestaltung berechtigt und verpflichtet (Art 18 Abs 1 B-VG),⁶ und dem es nicht verboten ist,

1

1 Vgl WK StPO Vor §§ 280–296a Rz 6/2, § 281 Rz 8, 354, 446, 493, 496, 511, 634, § 290 Rz 37 und den Hinweis zu 14 Os 5/20x EvBl 2020/77; Rz 555 f.

2 Der angesprochene Satz in seinem Vorwort zum Tractatus logico-philosophicus lautet: „Was sich überhaupt sagen läßt, läßt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muss man schweigen.“

3 Zu ganz anderer Sprache des Gesetzgebers vgl ÖJZ 2005, 705; ÖJZ 2020, 542.

4 Vgl nur Rz 66 ff, 230 ff.

5 Wiederin bezeichnet so „die wichtigste Legitimitätsreserve, über die ein Gericht verfügt: Achtet es das geschriebene Gesetz, leitet es seine Maßstäbe aus den Normen ab, legt es aus oder legt es unter?“ (Entgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit?, BayVbl. 2020, 583 [584]); vgl aber auch Grußworte zu 140 Jahre VwGH, ZVG 2017, 10.

6 Deshalb darf der Reformgesetzgeber seiner Überzeugung Ausdruck geben, dass Vorverfahrensleitung durch Staatsanwälte (Art 90a B-VG) anstelle von Richtern (Art 87 Abs 1 B-VG) gut und das Strafverfahren so besser ist; auch wenn er damit dem Ratschlag Wil-

Gefühle Normunterwerfener anzusprechen, wenn nur der Norminhalt – was Sache und was Altargerät ist – unterscheidbar bleibt.⁷ Nicht nur Tölpel und für Rechtsbruch offene Personen laufen angesichts der Fülle neuer Begriffe Gefahr, nicht zu erkennen, was „nach diesem Gesetz“ gilt; so ist seit 2008 fein ziseliert von „Erkundigung“, „Ermittlung“, „Ermittlungen“, „Ermittlungshandlungen“, „Ermittlungsmaßnahmen“, „Zwangsgewalt“, „Zwangsmittel“, „Zwangsmaßnahmen“, „Aufnahme von Beweisen“ und „Beweisaufnahme“ zu lesen, Verfügungen sind als „Beschluss“, Nichterledigung von Anträgen oder Verletzung „in einem subjektiven Recht“, Bewilligung von Zwangsmitteln als „Beschluss“, Abweisung als „bloß [...] auf den Fortgang des Verfahrens [...] gerichtete Verfügung“ anfechtbar, und „Beschuldigte“ nach § 71 sind nicht „Beschuldigte“ nach § 48 Abs 1 Z 2. Interpretieren ist Meinungsfreiheit garantiert (Art 10 EMRK),⁸ die allerdings nicht mit Richtigkeit der geäußerten Meinung zu verwechseln ist.⁹ Vollzugsorganen steht Meinungsäußerungsfreiheit allerdings nicht

helm von Ockhams, Komplexität aus Denkvorgängen herauszunehmen, diametral zuwiderhandelt und die Komplexität von Auslegung der StPO noch dadurch steigert, dass er das Regelwerk mit belehrenden Worten und Begriffen verflucht; zu Willkürgrenzen, welche der VfGH dem Gesetzgeber setzt, vgl. Grabenwarter/Frank, B-VG² Art 7 Rz 2 ff.

- 7 Im Schrifttum verhält es sich wie mit Gesetzesvorlagen: Diese sollen nicht manipulieren, tun es aber bisweilen – bewusst oder unbewusst. Die jüngere Gesetzgebung im Strafprozess ist vielfach ein Versuch, möglichst viele für einen Vorgang relevante Vorschriften für den Rechtsanwender möglichst übersichtlich zusammenzufassen und das Wichtigste hervorzuheben, was auf der anderen Seite zur Vermischung verschiedener Rechtsbereiche führt und das Herausheben just der prozessualen Vorschriften erschwert. Die Methode soll hier nicht kritisiert, Legisten und Vollzugsorgane sollen nur auf die Tücken aufmerksam gemacht werden.
- 8 Obwohl die Entscheidungsgründe ausdrücklich allein die Änderung des „zuvor“ geltenden Gesetzeswortlauts als Ursache gelten lassen, ist als Meinung nicht zu beanstanden, dass 12 Os 21/17 f (verstSen) bei der „Judikaturwende“ zu § 28a Abs 1 SMG „dem Schrifttum [folgte], welches das Wort ‚einer‘ schon zuvor als einen unbestimmten Artikel einordnete“ (vgl. Rösler, JBl 2020, 799 [Entscheidungsanmerkung]).
- 9 **Wer anders als in den gesetzlichen Kategorien redet, verweigert kategorisch den Dialog;** vgl. Schmoller, Gleichartige Deliktsmenge – insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht, in Lewisch (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, Jahrbuch 2020, 197, der nicht akzeptiert, dass die Rechtsprechung als „gleichartige Verbrechensmenge“ ein und denselben und gerade nicht mehrere Prozessgegenstände und auch nicht Taten im Sinn des § 260 benennt, sich sodann von Schlussfolgerungen „überrascht“ zeigt, in einem kategorisch missglückten, weil gerade kein Beispiel „gleichartiger Verbrechensmenge“ gebendes Beispiel von Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 9.205 einen – kategorisch unsinnigen – „Kompromiss“ erkennen und nicht bemerken will, dass die von ihm hinsichtlich des Angeklagten vermisste „realistische Möglichkeit, das Urteil wirksam zu bekämpfen“, um zu verhindern, „dass ihm bestimmte (miterfasste) konkrete Straftaten zu Unrecht angelastet wurden“ (Schmoller, Gleichartige Deliktsmenge 200 f), darin besteht, es mithilfe der richtigen Anfechtungskategorie zu tun (§ 281 Abs 1 Z 3 [§ 260 Abs 1 Z 1], 7 oder 8 anstelle von Z 5, 5a, 9 oder 10; vgl. WK StPO § 281 Rz 291 und ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 24, wo sich der Gesetzgeber des StPRefG ausdrücklich zum sogenannten prozessualen Tatbegriff bekennt), um so den (von Schmoller, Gleichartige Deliktsmenge 204 f, übersehen) Schutz von Art 2 7. ZPEMRK zu erwirken; vgl. WK StPO § 281 Rz 268; zu ähnlich strukturierter Kritik von Schmoller vgl. auch WK StPO § 281 Rz 222, 337, 584, 586, 589, 590, § 285 Rz 6, § 288 Rz 35, § 345 Rz 22; da es bei „gleichartiger Verbrechensmenge“ um eine von Nowakowski eingeführte dogmatische Kategorie und nicht um gesetzliche Begriff-

zu; sie sind nicht Grundrechtsträger, sondern zu richtiger Erkenntnis verpflichtet,¹⁰ nicht zuletzt hinsichtlich ihrer Befugnisgrenzen.¹¹ Zuweilen ist der Plan des Geset-

lichkeit geht, ist deren von *Schmoller* (Gleichartige Deliktsmenge 198 f) in Vorschlag gebrachter Ersatz durch „gleichartige Deliktsmenge“ bloß dazu angetan, von Ursprung und Definition wegzuführen, ebenso wie durch Vermengung der von Z 1 und 2 des § 260 Abs 1 angesprochenen Kategorien (*Schmoller*, Gleichartige Deliktsmenge 208; vgl dazu eingehend Zur Unzulässigkeit einer Subsumtionseinstellung, JbL 2006, 291); geht es nicht bloß um Schulung von Brandermittlern, ist Mithilfe beim Versuch, einen selbst gelegten Brand zu löschen, gut, den Brand nicht zu legen, besser; rechtspolitische Forderung als rationale Kritik zu verkleiden (vgl *Schmoller*, Gleichartige Deliktsmenge 209 ff), wäre ein Täuschungsversuch, insbesondere wenn bewusst verschwiegen und nicht bloß übersehen wird, dass das „Gewicht“ des Schuldspruchs über die Sanktion entscheidet und kategorisch auf dieser Ebene erfasst wird. **Wer sich bei kategorischer Dialogverweigerung klar ausdrückt, verdient** („*ad hominem*“) die aufgrund möglicher Falsifikation seiner Gedankenführung gebotene **Achtung, wer sich unklar ausdrückt, entzieht sich einer Auseinandersetzung, und „ad personam“ muss man schweigen**; zum Erfordernis kategorisch übereinstimmenden Zugangs im rationalen Diskurs höchst lesenswert *Zerbes*, Und es gibt sie doch: die Gewaltenteilung im Strafprozess – Amtshilfe statt Zwangsmittel, in *Lewis* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, Jahrbuch 2020, 41. Dass bloß auf sinnliche Wahrnehmung und Denkgesetze bauende Erkenntnis (auf gleich mehreren Ebenen; man denke nur an die mangelnde Stringenz des Induktionsschlusses) zu Widersprüchen führt, ist alles andere als ein neuer Gedanke und braucht hier nicht vertieft zu werden. Nur so viel: **Was beim Interpretieren Kopfschütteln über den Gesetzgeber auslöst, wird nicht aus dem Gesetz abgeleitet, sondern dagegen in Stellung gebracht. Man geht davon aus, dass der Gesetzgeber, hätte er den weiten Blick des Interpreten gehabt, jene Regelung getroffen hätte, die man ihm nun als Programm** beim Füllen der (angeblich) planwidrigen Lücke **unterstellt**. Wo Verständniswilligen ein Plan erkennbar scheint, ist von Analogie, sonst von gesetzübersteigender Rechtsfortbildung die Rede. Organwahrer im Hoheitsvollzug (Art 18 Abs 1 B-VG) sollten sich vor Analogie jedenfalls die Frage stellen, ob sie der Gesetzesstruktur auf den Grund gegangen, sich über die Folgen im Klaren und mangelnder Eigeninteressen sicher sind. In Sonderfällen mag umgekehrt Anlass bestehen, mit Blick auf unverrückbare Rechtsprechung klare Vorgaben bewusst zu missachten: Da trotz gleichlautender Begriffe im II. Abschn des 14. HptSt von der ständigen Rechtsprechung „*zum Nachteil*“ in § 290 Abs 1 zweiter Satz enger als in § 282 Abs 2 verstanden wurde, wurde die Erreichung des klaren Ziels dem OGH vorbehaltener Eingriffe – auf Basis bestehender Rechtsprechung – zB dadurch (wieder) gesichert, dass (nur, aber immerhin) bei – explizit, gleichwohl ohne Aufhebung, solcherart formfrei – vom OGH deklarierten Subsumtionsfehlern zum Nachteil des Angeklagten (sozusagen punktgenau begrenzt) die von § 295 Abs 1 erster Satz normierte Bindung an den Schuldspruch zugunsten von Bindung an einen derart formfreien Ausspruch des OGH beseitigt wurde; gezielte Missachtung von Gesetzesbindung zur Wiederherstellung just dieser – durch die ständige Rechtsprechung zu § 290 Abs 1 verlassenen – Gesetzesbindung (vgl WK StPO § 290 Rz 22, 27/1).

10 So betont *Schütz* in einer Entscheidungsanmerkung, JbL 2023, 677, treffend: „*Dass kleine Unterschiede im Wortlaut des Gesetzes [...] vom Höchstgericht nicht als Zufälligkeiten, sondern als Varianten mit unterschiedlichem Sinngehalt verstanden werden, muss (entgegen der Einschätzung von Schmoller in FS Brandstetter 119 ff) nicht als unbefriedigend empfunden werden: Es bedeutet im Gegenteil sogar einen Gewinn an Rechtsstaatlichkeit.*“

11 Vgl 12 Os 140/20k EvBl 2021/62; 12 Os 139/20p, 22/21h, 23/21f EvBl 2021/83; anders 12 Os 82/15y EvBl 2015/160, 12 Ns 75/19d EvBl-LS 2020/79, 12 Os 3/19m, 4/19h EvBl 2019/64, 12 Os 4/20k EvBl 2020/62 (vgl dazu Rz 52), 12 Os 23/20d EvBl 2020/150, 12 Os 45/21s EvBl 2022/6 (vgl dazu Rz 51).

zes leichter erkennbar als der Ausdruck. Solange nur jener, nicht dieser erkannt ist, ist wegen des mit § 5 Abs 1 normierten Ausdrücklichkeitsgebots Rechtsgewährung zulässig, Rechtseingriff nicht.¹² Mancher Hahnenschrei fußt auf Mist anstelle von Ordnung; daher soll der Versuch unternommen werden, den österreichischen Strafprozess nur „nach diesem Gesetz“ zu ordnen.

B. Prozessrecht

1. Verschränkung mit Organisations- und Standesrecht

- 2 Wo das Prozessrecht nicht Vorschriften des Organisations- oder Standesrechts** konkrete Bedeutung „nach diesem Gesetz“ verleiht, indem es darauf verweist, sind die Rechtsbereiche auseinanderzuhalten. So hat Befangenheit im Sinn des § 47 keine Konsequenzen im Strafverfahren,¹³ ebenso wenig ist standesrechtlich untersagter Verzicht auf ein Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 2 und 3 prozessual von Bedeutung.¹⁴ Wer allgemein zugängliche Information im Internet anschaut, „verlangt“ keine Aufklärung, erkundigt sich also nicht im Sinn des § 151 Z 1 und betätigt sich auch nicht nach § 76 oder dem 8. HptSt der StPO, handelt vielmehr behördenintern. Gleiches gilt, wenn „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes“ eine „Anzeige“ (§ 80 Abs 1) nicht bloß zur Kenntnis nehmen, sondern nach § 74 Abs 1 erster Satz (pflichtgemäß) „verarbeiten“, obwohl es sich dabei um „Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“, demnach um „Tätigkeit der Kriminalpolizei“ (§ 18 Abs 1) handelt, „die der [...] Verarbeitung einer Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat dient“. Schon daraus wird klar, dass nach der StPO nicht „jede Tätigkeit der Kriminalpolizei, [...] die der Gewinnung, Sicherstellung, Auswertung oder Verarbeitung einer Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat dient“, „Ermittlung ist“ (§ 91 Abs 2 erster Satz), vielmehr zwischen Tätigkeit zur „Gewinnung, Sicherstellung, Auswertung oder Verarbeitung einer Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ – die als „Ermittlung“ den Beginn des Strafverfahrens (§ 1 Abs 2 erster Satz) nach sich zieht – und Informationsgewinnung, -auswertung oder -verarbeitung, welche nicht „Ermittlung“ ist, unterschieden werden muss. **§ 91 Abs 2 spricht mit „Ermittlung“ nur als „Verfahren“ geregelte „Tätigkeit“ an. Die „Strafprozessordnung regelt“ zwar vornehmlich, aber – wie schon § 47 zeigt – keineswegs nur „das Verfahren zur Aufklärung von Straftaten, über die Verfolgung verdächtiger Personen und über damit zusammenhängende Entscheidungen“** (§ 1 Abs 1 erster Satz). So sind gedankliche Verknüpfungen von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes keine „Tätigkeit der Kriminalpolizei, die“ als „Auswertung [...] einer Information zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ ein Strafverfahren beginnen ließe (§ 1 Abs 2 erster Satz), also „Ermittlung“ wäre. Dasselbe gilt für behördeninternes Verhalten¹⁵ wie die – von im 8. HptSt als „Verfahren“ geregeltem „Datenabgleich“ verschiedene – „bloße Nutzung von allgemein zugänglichen oder behördenin-

12 Vgl WK StPO Vor §§ 280–296a Rz 8/3, 14 Os 54/20b EvBl 2020/149 und 12 Os 23/20d EvBl 2020/150.

13 Vgl Rz 267.

14 Vgl auch Rz 283.

15 Im Sinn von 12 Os 92/21b (verstSen).

ternen Informationsquellen“, was der mit BGBl I 2024/157 aufgehobene dritte Satz des § 91 Abs 2 noch ausdrücklich klarzustellen unternommen hatte, ohne freilich zwischen solchem Verhalten und im 8. HptSt als „Verfahren“ geregelter „Erkundung“ zu unterscheiden.¹⁶ Die Aufhebung der Klarstellung berechtigt nun keineswegs zum Schluss auf Klarstellung des Gegenteils.¹⁷ **Indem § 18 die Sicherheitsbehörden als „Kriminalpolizei“ zur „Wahrnehmung von Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“ und zu „Ermittlung“ im Sinn des § 76 und des 8. HptSt „zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ selbst bloß zur Klärung, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, ermächtigt,** § 2 Abs 1 die „Kriminalpolizei [...] im Rahmen ihrer Aufgaben“ darüber hinausgehend sogar „verpflichtet, jeden“ ihr „zur Kenntnis gelangten Anfangsverdacht einer Straftat [...] in einem Ermittlungsverfahren von Amts wegen aufzuklären“, kann kein Zweifel bestehen, dass **auch behördeninterne „Tätigkeit“ im Sinn von Art 18 Abs 1 B-VG „auf Grund der Gesetze ausgeübt“ wird.**¹⁸ „[Z]ur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ hinwiederum ermächtigt die StPO seit BGBl I 2024/157, wenn irgendein Anhaltspunkt für einen Sachverhalt vorliegt, der in Richtung eines Geschehens deutet, das – als erwiesen angenommen – (zumindest) einem Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumierbar ist.¹⁹ Da dies erst zulässig ist, wenn „auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass ein Sachverhalt einem gesetzlichen Tatbild entspricht“, wird die Kriminalpolizei sogar zu einer im 8. HptSt geregelten „Ermittlung“ ermächtigt „zur Klärung, ob auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass ein Sachverhalt einem gesetzlichen Tatbild entspricht“, ohne dass es dabei bereits um die „Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ geht. Mit der von § 18 Abs 1 und 2 angesprochenen Aufgabe zur „Wahrnehmung von Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“ ist primär die „Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ gemeint. Auf den Punkt gebracht, werden die Sicherheitsbehörden durch § 18 Abs 1 jedenfalls „zur Aufklärung von Straftaten“ als Kriminalpolizei ausdrücklich und gezielt ermächtigt. Das ermächtigt – wenn polizeirechtliche Vorschriften das nicht verbieten – zum Zugriff auf „behördeninterne Informationsquellen“ und zur „Nutzung von allgemein zugänglichen Informationen“, weil solches „Verhalten“ von BGBl I 2024/157 nicht untersagt wird. Zum Beginn eines Strafverfahrens führt es nicht, weil es nicht als „Verfahren“ nach § 1 Abs 1 erster Satz begriffen wird. Übrigens zeigt auch das erst mit BGBl I 2024/157 als „Verfahren zur Aufklärung von Straftaten“ aus dem Organisationsrecht (§ 35c StAG) in das 10a. HptSt der StPO verlagerte „Absehen von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens“ – wie eine Reihe einschlägiger Vorschriften des StAG –, dass sowohl das Organisationsrecht als auch die StPO zur „Wahrnehmung von Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“ im Sinn von Art 18 Abs 1 B-VG ermächtigen können. Hat

16 Vgl ÖJZ 2024, 544 (FN 12).

17 Vgl WK StPO Vor §§ 197a–c Rz 22 und § 75 Abs 4 letzter Satz.

18 Vgl auch Rz 490 f, 494, 501, 685, 715 ff; wird übrigens seitens der Staatsanwaltschaft um solches „Verhalten“ ersucht, beginnt damit das Strafverfahren, weil § 76 ein „Verfahren“ nach § 1 Abs 1 erster Satz normiert; was BGBl I 2024/157 durch Beseitigung der Wortfolge „nach den Bestimmungen des 2. Teils dieses Bundesgesetzes“ – unnötig, weil der 1. Teil auch „Verfahren“ kennt, klarzustellen explizit beabsichtigt hat; **zum Verhältnis von Staatsanwaltschaft zur Kriminalpolizei vor Beginn eines Strafverfahrens** vgl Rz 34.

19 Vgl WK StPO Vor §§ 197a–c Rz 2, 11 f.

die Oberstaatsanwaltschaft Wien ein Verfahren wegen Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB einer Staatsanwaltschaft abgenommen und einer anderen übertragen, kann sie durch Weisung verhindern, dass die WKStA das Verfahren nach § 20b Abs 3 an sich zieht. Wissentliche Missachtung der Weisung mit dem Willen, das konkrete (Verfassungs-)Recht des Staates auf demokratische Kontrolle der „Staatsanwälte“ durch Weisungen (Art 90a letzter Satz B-VG, § 2 StAG) zu schädigen, begründet zwar Missbrauch der Amtsgewalt, ändert aber nichts an der prozessualen Wirksamkeit nach § 20b Abs 3 begründeter Zuständigkeit, weil § 28a dem § 28 vorgeht. Organisations- und Standesrecht kommt ins Spiel, soweit die StPO ihnen Bedeutung für das Prozessrecht zubilligt, also darauf verweist.

- 3 So ergibt sich aus (dynamischer) Verweisung der StPO auf das Standesrecht der Rechtsanwälte, welchen allgemeinen Anforderungen Verteidiger nach § 48 Abs 1 Z 5 erster Fall oder Vertreter nach § 73 dritter Satz (erster Fall) genügen müssen, um im Strafverfahren wirksam einzuschreiten.²⁰ Wer als Staatsanwalt in Führungs- und Leitungsverantwortung wirksame Handlungen setzen kann, ergibt sich aufgrund (dynamischer) Verweisung durch § 19 Abs 2, § 20 Abs 2 aus § 3 Abs 1 und 3, § 4 Abs 1 zweiter Satz und Abs 2 StAG.²¹ Zu Organisation und Zuständigkeit der Kriminalpolizei verweist § 18 Abs 2 auf das SPG, § 18 Abs 3 und 4 verweisen hinsichtlich der Personen, welche als Kriminalpolizei wirksame Handlungen setzen können, auf § 5 Abs 2 SPG sowie die Angehörigen jener Gemeindegewachkörper, die Bezirksverwaltungsbehörden unterstellt wurden, um kriminalpolizeilichen Exekutivdienst²² zu versehen. Auf interne Berechtigung zur Ausübung kommt es bei Staatsanwaltschaft,²³ Sicherheitsbehörde oder Finanzstraßbehörde und ihren Organen nicht an.²⁴
- 4 Das in § 54 normierte Verbot der Veröffentlichung setzt Gesetzesvorbehalte der Art 8 EMRK, § 1 DSG um, ist also Schutzgesetz nach § 1311 ABGB und damit Gegenstand von Zivil-, Standes- und Strafrecht (§ 301 StGB), worüber durch Zivilgerichte, in Disziplinar- und Strafverfahren entschieden wird; § 60 über den Ausschluss des Verteidigers stellt auf § 54 nicht ab. „Aufgaben“ der Staatsanwaltschaft, bei deren Erfüllung sie nicht in subjektive Rechte eingreifen kann, werden ihr „nach diesem Gesetz“ und nach dem StAG übertragen.²⁵ Abgesehen von „Erkundigungen“ (§ 151 Z 1) zur Klärung, ob auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass ein Sachverhalt einem gesetzlichen Tatbild entspricht“, zu denen § 91 Abs 3 seit BGBl I 2024/157 die Kriminalpolizei als „Verfahren“ außerhalb von „Strafverfahren“ ermächtigt, erfolgt als „Verfahren“ (§ 1 Abs 1 erster Satz) geregelte „Tätigkeit [...] zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat“ (§ 91 Abs 2 erster Satz) „im Ermittlungsverfahren“, wenn es dabei um „[Ermittlungen] zur Entscheidung über das Einbringen der Anklage“ nach § 4 Abs 1 zweiter Satz geht. Vollstreckung einer EEA gehört nicht hierher. Das bedeutet allerdings nicht, dass 12 Os 26/25b die

²⁰ Vgl WK StPO § 281 Rz 146 f.

²¹ Vgl 14 Os 75/15h, 76/15f EvBl-LS 2016/15; vgl auch *Wiederin* in WK StPO § 4 Rz 45.

²² Vgl dazu *Vogl* in WK StPO § 18 Rz 50 ff.

²³ § 2 Abs 2, § 6a Abs 1 StAG.

²⁴ Für Gerichte hingegen gilt Art 87 Abs 3 B-VG; instruktiv 11 Os 125/19w EvBl 2020/100.

²⁵ Zu § 195 Abs 2a (§ 194 Abs 3 [§ 29c Abs 4 StAG]) vgl Rz 45 f.

Wortlautgrenze unzulässig nach § 1 Abs 1 StGB überschritten hat. Danach „begeht“ nämlich eine „[f]alsche Beweisaussage“ **nach** § 288 Abs 4 StGB, wer „[nach der Strafprozessordnung] vor Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft oder Europäischer Staatsanwaltschaft [als Zeuge [...]] bei seiner förmlichen Vernehmung zur Sache falsch aussagt oder als Sachverständiger einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten erstattet“. **In § 288 Abs 4 StGB bezeichnet also die Wortfolge „in einem Ermittlungsverfahren“ die nach dem 8. HptSt (des „[d]as Ermittlungsverfahren“ regelnden 2. Teils) der StPO einzuhaltenden Förmlichkeiten** und normiert keine Einschränkung auf „Ermittlungen“ nach § 4 Abs 1 zweiter Satz.

2. Bewirkende und Erwirkende

a) Führung, Durchführung, Bewilligung und gerichtliche Beweisaufnahme

Gerichte haben – neben verfahrensübergreifender Befugnis –²⁶ Befugnis zur Führung des Haupt-, Rechtsmittel- und Untersuchungshaftverfahrens, im Ermittlungsverfahren zur Entscheidung über Einspruch wegen Rechtsverletzung, Anträge auf Einstellung und Fortführung sowie Bewilligung (Genehmigung) „nach diesem Gesetz“ nur damit rechtswirksamer Anordnungen der Staatsanwaltschaft, zu „Anordnungen nach § 135 Abs 1a oder 2 Z 2“ zwecks „Ausforschung des Beschuldigten einer [...] im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems“ begangenen Straftat nach §§ 111, 113 oder 115 StGB, „deren Begehung nur auf Verlangen des Opfers zu verfolgen“ ist (§ 71 Abs 1) und zur Durchführung von der Staatsanwaltschaft beantragter gerichtlicher Beweisaufnahme. Die Form einer gerichtlichen Entscheidung (§ 35) und damit verbundene Rechtsmittel sind vom Gesetz festgelegt und stehen nicht im Belieben des Entscheidungsorgans.²⁷ Für einen Teil der Hauptverfahren wird „dem Volk“ Befugnis zur „Mitwirkung“ gegeben (Art 91 B-VG, § 11). Die Staatsanwaltschaft hat Befugnis zu Führung des Ermittlungsverfahrens (§ 98 Abs 1), zur Beteiligung „an allen Ermittlungen der Kriminalpolizei“ (§ 103 Abs 1 zweiter Satz) und Anordnung von Festnahme im Ermittlungsverfahren (§ 171 Abs 1), die Kriminalpolizei schließlich zur Führung des Ermittlungsverfahrens (§ 98 Abs 1) und zur Durchführung in Verfahren nach dem 9. HptSt sowie im Ermittlungs- und Hauptverfahren (§ 210 Abs 3 zweiter Satz).

„Staatsanwälte“ haben als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit [...]n Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen“²⁸ – „von der Verwaltung getrennt“,²⁹ aber mit „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ nach Maßgabe der „näheren Regelungen [durch Bundesgesetz]“ – „Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr[zunehmen]“.³⁰ Über Beschwerden gegen ihre Tätigkeit in diesen Funktionen – welche nach § 19 Abs 2 durch Staatsanwaltschaften geschieht

²⁶ Vgl §§ 60 f, 62 Abs 2.

²⁷ Vgl WK StPO Vor §§ 280–296a Rz 5.

²⁸ § 1 Abs 1.

²⁹ Vgl Art 18 Abs 2, Art 94 Abs 1, Art 148a Abs 1 B-VG.

³⁰ Vgl § 4 Abs 1 zweiter Satz; Art 90 Abs 2 B-VG.

– haben also ordentliche Gerichte im Instanzenzug oder der OGH unmittelbar zu entscheiden.³¹ Das weisungsfreie³² Verwaltungsorgan „Rechtsschutzbeauftragter“ ist „zur Wahrnehmung besonderen Rechtsschutzes“ nach der StPO Staatsanwaltschaften gegenüber auf „Ermächtigung“³³ und Gerichtsbesorgung beschränkt, sodass es weder mit diesen noch den ordentlichen Gerichten „verfahrensrechtlich [...] zu einer organisatorischen Einheit“ verflochten ist.³⁴ „Staatsanwälte“ sind nicht „Richter“, Staatsanwaltschaften sind keine „Gerichte“, und „Tätigkeit“ von Staatsanwaltschaften „als Organe der Rechtspflege durch Staatsanwälte“³⁵ ist nicht „Rechtsprechung“, sodass „ihre Akten und Unterlagen“, von Art 53 Abs 2 letzter Satz B-VG nicht erfasst und – nach Maßgabe „nähere[r] Bestimmungen“³⁶ – „einem Untersuchungsausschuss auf Verlangen im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung [...] vorzulegen“ sind. Ohne gesetzliche Befugnis dürfen sie aber „dem Ersuchen eines Untersuchungsausschusses um Beweiserhebungen“ nicht Folge leisten.³⁷ „Unabhängigkeit“ als Ausdruck von Selbstbestimmung vermittelt ein gutes Gefühl. Ein ebenso gutes Gefühl haben wir jedoch, wenn es darum geht, unverantwortliches „Verhalten“ abzustellen oder zu verhindern. Mit gutem Gefühl zu rechtlich ungültigen Schlüssen führt die Vorstellung einer „institutionellen Unabhängigkeit der Rechtsprechung“ auf der Grundlage „interessierte[r] Stellungnahmen“, wie Wittreck in seinem Gutachten zum 73. Deutschen Juristentag 2020 nachgewiesen hat.³⁸

5/1

Die zuständigen³⁹ „Sicherheitsbehörden“ haben nach § 18 Abs 2 als „Kriminalpolizei“ die in § 18 Abs 1 angesprochenen „Aufgaben im Dienste der Strafrechtspflege“ wahrzunehmen. Zur Durchführung von Eingriffen in Rechte (§ 5 Abs 1 erster Satz) haben sie sich ihnen zur Verfügung stehender⁴⁰ „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“ zu bedienen, weil nur diese nach § 5 Abs 1 rechtswirksam handeln. Andere „Aufgaben“, wie Ersuchen um Amtshilfe (§ 76 Abs 2) und „Berichte“ (§ 100) bedürfen zu ihrer prozessualen Wirksamkeit nicht der Durchführung durch ein „Organ[...] des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“. Umgekehrt sind von „Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“ anstelle der Sicherheitsbehörde gestellte „Verlangen“ nach § 124 Abs 5 zu befolgen.⁴¹ Nur „Sicherheitsbehörden“ und deren „Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“ nehmen „Aufgaben im Dienste der Strafrechts-

31 § 23 Abs 1a; Art 92 Abs 1 B-VG.

32 § 47a Abs 4; vgl Art 20 Abs 2 Z 1 B-VG, ErläutRV 314 BlgNR 23. GP 8, aber auch Rill in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 90a Rz 13; vgl auch Rz 45.

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

34 Vgl VfGH G 259/09 ua.

35 § 19 Abs 2; vgl auch § 3 Abs 1 und 3, § 4 StAG.

36 Art 53 Abs 5 erster Satz B-VG.

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

38 Wittreck, G 91; eingehend: JRP 2022, 116.

39 Zur (nach Außen) „parallelen Zuständigkeit aller Sicherheitsbehörden in Angelegenheiten der Kriminalpolizei“ instruktiv Vogl in WK StPO § 18 Rz 101; zur ausnahmsweisen Zuständigkeitsbestimmung durch eine Staatsanwaltschaft vgl Rz 759.

40 Vgl Art 20 Abs 1 letzter Satz B-VG.

41 §§ 141, 173a Abs 3, § 509 Z 1 gehören nicht hierher; vgl auch Rz 50.

pflege“ wahr, sind daher „Kriminalpolizei“ und haben die von § 2 Abs 1, § 100 angesprochenen Aufgaben wahrzunehmen. Dem „Nachrichtendienst“ kommt „die Wahrnehmung“ von „Aufgaben nach [...] der Strafprozessordnung“ nicht zu. Ungeachtet der Einrichtung der „Direktion Staatsschutz und Nachrichtendienst“ als „Organisationseinheit der Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit“⁴² ist es BGBl I 2021/148 just um eine klare Trennung dieser beiden Teilbereiche des „Verfassungsschutzes“ gegangen, die denn auch explizit im dritten und letzten Satz von § 1 Abs 4 SNG zum Ausdruck kommt.⁴³ § 6 Abs 4 SNG schafft keine gegenüber § 100 erweiterte Aufgabe für „Staatsschutz und Nachrichtendienst“,⁴⁴ erlaubt vielmehr bloß den Aufschub nach § 100 bestehender Aufgaben der „Kriminalpolizei“ und entspricht § 99 Abs 4, der „Aufschub kriminalpolizeilicher Ermittlungen“ gestattet. Eine über § 78 hinausgehende „Anzeigepflicht“ ergibt sich aus § 6 Abs 4 SNG ebenso wenig.⁴⁵ § 6 Abs 4 nimmt nicht die „Organisationseinheit“ (§ 2 SNG) „Nachrichtendienst“ in die Pflicht, bezieht sich vielmehr bloß auf deren „Aufgabe nach Abs 1“. Es geht also um Fälle, in denen diese „Aufgabe“ (auch) von einer Sicherheitsbehörde oder deren „Organe[n] des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 5 Abs 2 SPG)“ wahrgenommen wird.⁴⁶ Soweit Informationen durch Sicherheitsbehörden nicht von § 100 erfasst sind, können sie auch nicht als sinnlich wahrnehmbare „Anhaltspunkte“ nach § 1 Abs 3 dargestellt,⁴⁷ also „bestimmt[...]“ werden, womit – darauf gegründet – ein Strafverfahren nicht begonnen werden darf.⁴⁸ Davon zu unterscheiden sind Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft unter Verletzung innerorganisatorischer Bestimmungen übermittelte Informationen (§§ 78, 101), weil gegen diesen Vorgang ein subjektives Recht „nach diesem Gesetz“ nicht geltend gemacht werden kann (§ 106). Ermächtigung – soweit hier von Interesse – des Nachrichtendienstes zur Übermittlung von Information ermöglicht jedenfalls keinen Umkehrschluss auf ein im Strafprozess beachtliches Verbot von Information in anderen Fällen.⁴⁹ Auch

42 Vgl demgegenüber § 1 BAK-G.

43 Instrukтив zum Ganzen Figl/Müller, JSt 2022, 135.

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

45 Vgl § 78 Abs 2 Z 1.

46 Vgl auch S. Stricker in Thanner/Vogl SPG³ § 6 SNG Rz 43 ff.

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

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

49 Vgl auch § 75 Abs 1 erster Satz, der nicht übermittelte, sondern „entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes“ – also der StPO – „ermittelte [...] Daten“ anspricht. Während sonst Übermittlungen „an Sicherheitsbehörden, Staatsanwaltschaften und ordentliche Gerichte für Zwecke der Strafrechtspflege“ nach dem SPG unproblematisch sind (§ 53a Abs 5a

in Betreff rechtsfehlerfrei übermittelter Information muss – im Verfahren (§ 1 Abs 1 erster Satz; als Gesamtheit) – faire Gelegenheit zur Prüfung auf Verlässlichkeit bestehen.⁵⁰

b) Beteiligung und Ermächtigung zur Strafverfolgung

- 6** Wo der Staatsanwaltschaft keine Befugnis zur Führung oder Durchführung zukommt, ist sie Beteiligte des Verfahrens. Beteiligte „im Ermittlungsverfahren“ sind Staatsanwaltschaft, Beschuldigte und Privatbeteiligte. „Beteiligte des Hauptverfahrens“ sind Staatsanwaltschaft, Subsidiarankläger, Privatankläger, Angeklagte, Haftungsbeteiligte (und sonst Angeklagten gleichgestellte Personen) sowie Privatbeteiligte, Beteiligte des Rechtsmittelverfahrens sind zur Urteilsbekämpfung Legitimierte und deren „Gegner“.⁵¹ Keineswegs folgt aus Ermächtigung zur Strafverfolgung die prozessuale Stellung eines Privatbeteiligten, welche dazu „berechtigt, die Anklage als Subsidiarankläger aufrecht zu erhalten, wenn die Staatsanwaltschaft von der Anklage zurücktritt“ (§ 72 Abs 1 erster Satz), bevor nach §§ 215, 451, 485 entschieden wurde.⁵² „Soweit das Gesetz eine **Ermächtigung zur Strafverfolgung voraussetzt**,“ steht ohne sie dem „Einbringen der Anklage“ ein Verfolgungshindernis entgegen (§ 92 Abs 2 erster Satz),⁵³ sodass Vorprüfung der Anklage zur Verfahrenseinstellung nach § 212 Z 1 führt (§ 215 Abs 2, § 451 Abs 2, § 485 Abs 1 Z 3),⁵⁴ ohne dass eine danach, aber vor der endgültigen Einstellung erteilte Ermächtigung daran etwas ändert. **Zurückweisung einer Erklärung zum Privatbeteiligten im Hauptverfahren** – und damit Entfall der Legitimation zur Ergreifung einer Nichtigkeitsbeschwerde nach § 282 Abs 2 – **ist auflösend bedingt durch ein vor der Entscheidung über dessen Beschwerde ergehendes Urteil**.⁵⁵
- 7** **Zu einem Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens sind Privatbeteiligte** aber selbst dann **nicht berechtigt**, wenn sie anstelle der Staatsanwaltschaft als Subsidiarankläger aufgetreten sind; bereits „Rechtsmittel gegen Urteile stehen ihm [...] nur insoweit zu, als der Privatbeteiligte sie zu erheben berechtigt ist“ (§ 72 Abs 4 zweiter Satz). **Wie beim Privatankläger wird auch beim Subsidiarankläger mit Nichter-**

und 6, § 58b Abs 2, § 58c Abs 2, § 58d Abs 2, § 58e Abs 3 SPG), sind nach § 53a Abs 5 SPG „Übermittlungen der gemäß Abs 1 verarbeiteten Daten [...] nur zulässig, wenn hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung besteht.“ § 76 Abs 2 ist eine solche. Derzeit ist keine Norm des Polizeirechts ersichtlich, wonach den Sicherheitsbehörden ein Übermittlungsverbot „ausdrücklich auch gegenüber Strafgerichten auferlegt“ ist.

⁵⁰ Vgl Rz 47/2 und WK StPO § 281 Rz 65f, 176, 182, 337.

⁵¹ Vgl WK StPO § 285 Rz 13, § 286 Rz 1, 6; vgl auch WK StPO § 285j Rz 1, § 287 Rz 2, § 473 Rz 17, §§ 474–476 Rz 5.

⁵² Vgl § 67 Abs 3 zweiter Satz (zweiter Teilsatz) und Abs 4 Z 3.

⁵³ Allerdings gilt nach § 92 Abs 2 letzter Satz die „Erklärung, als Privatbeteiligter am Verfahren mitzuwirken (§ 67) [...] als Ermächtigung“; keineswegs folgt aber aus Ermächtigung zur Strafverfolgung die prozessuale Stellung eines Privatbeteiligten (§ 220, § 282 Abs 2; verfehlt 12 Os 3/19m, 4/19h EvBl 2019/64).

⁵⁴ Vgl demgegenüber § 2 Abs 5 vierter Satz aF, wonach die Ermächtigung erst „bis zum Beginn der Hauptverhandlung nachzuweisen“ war.

⁵⁵ Vgl RIS-Justiz RS0126603; richtungweisend Spenling in WK StPO Vor §§ 366–379 Rz 60.