

I. Allgemeiner Teil

A. Zeichen

Wer „neue Kleider“ anlegt, erregt Aufmerksamkeit; wer Adressat*innen etwas vor-
schreibt, *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 Ge-
setzgeber, 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“ ga-
rantierte „Petitionsrecht“ (Art 11 StGG) – und garantiert es so gerade nicht, stellt es
vielmehr zur Schau, vermittelt den „Eindruck“ von Rechten „jedermann[s]“ gegen-
über der Generalprokuratur, die „[a]uf Anregung des Rechtsschutzbeauftragten“ nur
in den Fällen Abs 1a, von „jedermann“ aber in allen Fällen des § 23 „Nichtigkeitsbe-
schwerde 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 ungünstigen 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 Ge-
fühlen („Willkür“) Normen anwenden *will*, muss sie aufspüren; deshalb die zuweilen
umständliche Analyse.⁴ Sie soll nicht als Kritik am Gesetzgeber missverstanden wer-
den, 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 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; vgl auch ÖJZ 2020, 1076; 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, dar-
über 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: Ach-
tet 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 Vorver-
fahrensleitung 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 belegenden Worten und Begriffen verflucht; zu Willkürgrenzen, welche der VfGH dem Gesetzgeber setzt, vgl. *Grabenwarter/Frank*, B-VG 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 200f), 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 25 BlgNR 22. GP 24, wo sich der Gesetzgeber des StPRefG ausdrücklich zum sogenannten prozessualen Tatbegriff bekennt), um so den (*Schmoller*, Gleichartige Deliktsmenge 204f, übersehenen) 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, 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 Begrifflichkeit

zu; sie sind nicht Grundrechtsträger, sondern zu richtiger Erkenntnis verpflichtet, nicht zuletzt hinsichtlich ihrer Befugnisgrenzen.¹⁰ Zuweilen ist der Plan des Gesetzes leichter erkennbar als der Ausdruck. Solange nur jener, nicht dieser erkannt ist, ist wegen des mit § 5 Abs 1 normierten Ausdrücklichkeitsgebots Rechtsgewährung

geht, ist deren von *Schmoller* (Gleichartige Deliktsumge 198 f) in Vorschlag gebrachter Ersatz durch „gleichartige Deliktsumge“ 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 Deliktsumge 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 Deliktsumge 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 *Lewisch* (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 Gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung die Rede. Organwaller 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 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 51), 12 Os 23/20d EvBl 2020/150, 12 Os 45/21s EvBl 2022/6 (vgl dazu Rz 51).

zulässig, Rechtseingriff nicht.¹¹ 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, ebenso wenig ist standesrechtlich untersagter Verzicht auf ein Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 2 und 3 prozessual von Bedeutung.¹² Hat 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.¹³ 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.¹⁴ 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 Exekutivdienst¹⁵ zu versehen. Auf interne Berechtigung zur Ausübung kommt es bei Staatsanwaltschaft,¹⁶ Sicherheitsbehörde oder Finanzstrafbehörde und ihren Organen nicht an.¹⁷

11 Vgl WK StPO Vor §§ 280–296a Rz 8/4, 14 Os 54/20b EvBl 2020/149 und 12 Os 23/20d EvBl 2020/150.

12 Vgl auch Rz 283.

13 Vgl WK StPO § 281 Rz 146f.

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

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

16 § 2 Abs 2, § 6a Abs 1 StAG.

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

Umgekehrt setzt das im § 54 normierte Verbot der Veröffentlichung 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.¹⁸

2. Bewirkende und Erwirkende

a) Führung, Durchführung, Bewilligung und gerichtliche Beweisaufnahme

Gerichte haben – neben verfahrensübergreifender Befugnis –¹⁹ Befugnis zur Führung des Haupt-, Rechtsmittel- und Untersuchungshaftverfahrens, im Ermittlungsverfahren zur Entscheidung über Einspruch wegen Rechtsverletzung, Anträge auf Einstellung, Fortführung und Überprüfung der Höchstdauer sowie Bewilligung (Genehmigung) „nach diesem Gesetz“ nur damit rechtswirksamer Anordnungen der Staatsanwaltschaft, zu „Anordnungen nach § 76a oder § 135 Abs 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.²⁰ 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 [...] in Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen“²¹ – „von der Verwaltung getrennt“,²² aber mit „Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe“ nach Maßgabe der „näheren Regelungen [durch Bundesgesetz]“ – „Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr[zunehmen]“.²³ Über Beschwerden gegen ihre Tätigkeit in diesen Funktionen – welche nach § 19 Abs 2 durch Staatsanwaltschaften geschieht

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

19 Vgl §§ 60f, 62 Abs 2.

20 Vgl WK StPO Vor §§ 280–296a Rz 5.

21 § 1 Abs 1.

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

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

– haben also ordentliche Gerichte im Instanzenzug oder der OGH unmittelbar zu entscheiden.²⁴ Das weisungsfreie²⁵ Verwaltungsorgan „Rechtsschutzbeauftragter“ ist „zur Wahrnehmung besonderen Rechtsschutzes“ nach der StPO Staatsanwaltschaften gegenüber auf „Ermächtigung“²⁶ und Gerichtsbesaffung beschränkt, sodass es weder mit diesen noch den ordentlichen Gerichten „verfahrensrechtlich [...] zu einer organisatorischen Einheit“ verflochten ist.²⁷ „Staatsanwälte“ sind nicht „Richter“, Staatsanwaltschaften sind keine „Gerichte“, und „Tätigkeit“ von Staatsanwaltschaften „als Organe der Rechtspflege durch Staatsanwälte“²⁸ ist nicht „Rechtsprechung“, sodass „ihre Akten und Unterlagen“, von Art 53 Abs 2 zweiter Satz B-VG nicht erfasst und – nach Maßgabe „nähere[r] Bestimmungen“²⁹ – „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.³⁰ **„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.³¹

b) Beteiligung und Ermächtigung zur Strafverfolgung

- 6** Wo der Staatsanwaltschaft keine Befugnis zu 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“. ³² 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.³³ „Soweit das Gesetz eine **Ermächtigung zur Strafverfolgung** voraussetzt,“ steht dem „Einbringen der Anklage“ ein Verfolgungshindernis entgegen (§ 92 Abs 2 erster

24 § 23 Abs 1a; Art 92 Abs 1 B-VG.

25 § 47a Abs 4; vgl Art 20 Abs 2 Z 1 B-VG, 314 BlgNR 23. GP 8, aber auch Rill in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht Art 90a Rz 13; vgl auch Rz 45.

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

27 Vgl VfGH G 259/09 ua.

28 § 19 Abs 2; vgl auch § 3 Abs 1 und 3, § 4 StAG.

29 Art 53 Abs 5 erster Satz B-VG.

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

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

32 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.

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

Satz),³⁴ sodass Vorprüfung der Anklage zur Verfahrenseinstellung nach § 212 Z 1 führt (§ 215 Abs 2, § 451 Abs 2, § 485 Abs 1 Z 3),³⁵ 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.**³⁶

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 Nichterscheinen zur Hauptverhandlung Verfahrensbeendigung verknüpft,**³⁷ für Subsidiarankläger durch Freispruch, für Privatankläger durch Einstellung des Verfahrens mit Beschluss – ordnungsgemäße Ladung jeweils vorausgesetzt.³⁸ Soweit dieselbe Konsequenz für den Fall angedroht ist (§ 71 Abs 7, § 72 Abs 2 zweiter Satz), dass Privatankläger oder Subsidiarankläger nicht „*in der Hauptverhandlung zur Aufrechterhaltung der Anklage erforderliche Anträge stellen*“, geht es um **Platzhalter ohne Bezugspunkt**, da – von § 46 Abs 3 erster Satz (§ 49 Abs 2) aF noch verlangte – „*Schlussanträge*“ entfallen sind.³⁹ **Bei ausgesprochener Unzuständigkeit sind Anträge** nach § 261 Abs 2, § 450 zweiter Satz, § 485 Abs 2, § 488 Abs 3 zweiter Satz **erforderlich**. Nichterscheinen der Staatsanwaltschaft zur Hauptverhandlung führt nicht zur Beendigung des Verfahrens, begründet aber Nichtigkeit aus § 281 Abs 1 Z 1 (§ 345 Abs 1 Z 1, § 468 Abs 1 Z 1 [§ 489 Abs 1 erster Satz]).⁴⁰

Sodann gibt es **Personen, welche Rechte zur Beteiligung am oder im Verfahren haben, ohne Beteiligte des Verfahrens zu sein**. Opfer haben das Recht, gegen Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft Fortführung zu beantragen (§ 195), nicht aber Beschwerde gegen Einstellung durch das Gericht einzubringen oder einen Freispruch zu bekämpfen. Im Verfahren haben sie das Recht, sich durch Fragen an Zeugen und Sachverständige im Rahmen gerichtlicher Beweis-

34 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).

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

36 Vgl RIS-Justiz RS0126603; richtungsweisend *Spenling* in WK StPO Vor §§ 366–379 Rz 60.

37 Da die StPO nur eine einheitliche Hauptverhandlung kennt, zählt hier jeder Termin; übergangen von *Korn/Zöchbauer* in WK StPO § 71 Rz 43.

38 Vgl *Rami*, ÖJZ 2020, 1129.

39 § 255 verbindet mit unterlassenen Schlussanträgen keine Konsequenz; übergangen von *Korn/Zöchbauer* in WK StPO § 71 Rz 42; vgl aber auch *Rami*, ÖJZ 2013, 797, der im Ergebnis ein Redaktionsversehen von BGBl I 2004/19 bejaht; da im Rechtsmittelverfahren nicht die Anklage, sondern das Urteil den Prozessgegenstand bildet, bedarf es im Gerichtstag keines Anklägers.

40 Vgl WK StPO § 281 Rz 167.

aufnahme im Ermittlungs- (§ 165 Abs 2 [§ 249 Abs 1 erster Satz], § 150 Abs 1 erster und zweiter Satz), Haupt- (§ 249 Abs 1 erster Satz [§ 302 Abs 1 erster Satz, § 447 {§ 488 Abs 1 erster Satz}]) und Rechtsmittelverfahren gegen Urteile von Einzelrichtern (§ 473 Abs 1 erster Satz [§ 249 Abs 1 erster Satz {§ 489 Abs 1 zweiter Satz}]) zu beteiligen, ohne aber Antragsrechte zu haben, sodass **sie Nichtzulassung ihrer Fragen weder zu Beschwerde (§ 87) noch zu Befassung des Schöffengerichts oder Schwurgerichtshofs (§ 238 Abs 1 und 2 [§ 302 Abs 1]) oder Anfechtung aus § 468 Abs 1 Z 3 (§ 281 Abs 1 Z 4), § 489 Abs 1 erster Satz berechtigt. Anträge am Ermittlungs- und Hauptverfahren Beteiligter werden daher mit – durch Beteiligte des Hauptverfahrens nur über Urteilsbekämpfung –⁴¹ anfechtbarem Beschluss abgewiesen.**

c) Opfer als speziell „am Strafverfahren“ Beteiligte und „gegnerische Beteiligte“

- 9 Opfer sind „am Strafverfahren“ speziell Beteiligte (§ 10 Abs 1).⁴² Sie sind „im Ermittlungsverfahren“ berechtigt, sich an Tatrekonstruktion und kontradiktorischer Vernehmung von Beschuldigten und Zeugen (§ 150 Abs 1, § 165 Abs 2) zu beteiligen, in der Hauptverhandlung und im Gerichtstag über die Berufung gegen das Urteil eines Einzelrichters an der Vernehmung von Angeklagten, Zeugen und Sachverständigen (§ 249 Abs 1 erster Satz [§ 473 Abs 1 erster Satz {§ 489 Abs 1 zweiter Satz}]), und sie haben das Recht, die Fortführung eines durch die Staatsanwaltschaft eingestellten Verfahrens zu verlangen (§ 195 Abs 1), „während der Hauptverhandlung anwesend zu sein und [...] zu ihren Ansprüchen gehört zu werden“ (§ 66 Abs 1 Z 7) sowie, sich „nach diesem Gesetz“ vertreten zu lassen (§ 73; § 236 Abs 2 [§ 94 letzter Satz]). Nicht zu beteiligen sind Opfer an anderer – also weder bei einer Tatrekonstruktion noch sonst kontradiktorisch durchgeführter – Vernehmung von Beschuldigten oder Zeugen und an gerichtlicher „Beweisaufnahme durch Sachverständige“ (§ 104 Abs 1) „im Ermittlungsverfahren“ sowie an einer Vernehmung des Angeklagten nach § 491 Abs 3. Im Verfahren über die Fortsetzung der Untersuchungshaft sind Staatsanwaltschaft und betroffene Beschuldigte samt Verteidiger und gesetzlichem Vertreter beteiligt, und „[d]er Bewährungshelfer kann sich zur Haftfrage äußern“ (§ 176 Abs 4); auch in Betreff von Rechtsbehelfen und Beschwerde spricht § 24 vom „gegnerischen Beteiligten“, dem neben der Staatsanwaltschaft in einer mündlichen Verhandlung nach § 107 Abs 2 (§ 196 Abs 1 letzter Satz) „Gelegenheit zur Teilnahme und Stellungnahme zu geben“ ist. Abgesehen von ihrer Stellung als speziell „am Strafverfahren“ Beteiligte, haben „Opfer“ als von einer der aufzuklärenden Straftaten Betroffene Rechte auf spezielle Fürsorge im Strafverfahren (§§ 66–66b).

41 Zur Doppelnatur als Beschluss (§ 87) und prozessleitende Verfügung (§ 281 Abs 1 Z 4) vgl. 412–414.

42 Zu den Grenzen grundrechtlicher Gewährleistungspflichten gegenüber Opfern knapp und klar Sadoghi, ÖJZ 2021, 367 f.

d) Verteidigung und Vertretung

10

Ausübung von Befugnis „nach diesem Gesetz“ geschieht gegenüber Rechtsunterworfenen im hoheitlichen Gesetzesvollzug durch Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte, bei Mitwirkung „an der Rechtsprechung“ durch „[d]as Volk“ (Art 91 B-VG; § 11 Abs 2), aber auch durch Vertretung.⁴³ **Ausübung von Vertretungsbefugnis zerfällt in Vertretung von „Interessen des Staates“ durch Staatsanwaltschaften als Amtspartei im hoheitlichen Gesetzesvollzug⁴⁴ und Vertretung anderer „Interessen“ durch „Vertreter in Strafsachen“** (§ 57 Abs 2 erster Satz [§ 48 Abs 1 Z 5], § 73, § 236 Abs 3). **Verteidiger und Vertreter⁴⁵ üben Verfahrensrechte für solcherart Vertretene aus** (§ 57 Abs 2, § 73 zweiter Satz). Bestellt werden Verteidiger durch Vertrag, durch den Ausschuss einer Rechtsanwaltskammer (§ 62 Abs 1) oder den „Vorsteher des Gerichts [in dringenden Fällen]“ (§ 62 Abs 2), demnach nicht „nach diesem Gesetz“.⁴⁶ Bestellung nach § 62 Abs 2 ist als Akt der Justizverwaltung – der „mit [...] Zustimmung“ erfolgt, dem Bestellten gegenüber daher nicht Befehlsgewalt bedeutet und von ihm nicht bekämpft werden kann – keine im Strafverfahren zu treffende Entscheidung.⁴⁷ An der Ausübung des von Art 6 Abs 3 lit c EMRK verbrieften Grundrechts werden Beschuldigte durch Beigebug und Bestellung nicht gehindert (§ 62 Abs 4).⁴⁸ „Haftungsbeteiligten, Opfern, Privatbeteiligten, Privatanklägern und Subsidiaranklägern“ zustehende Rechte können durch von diesen bevollmächtigte „Vertreter“ ausgeübt werden. Dazu kommt Opfern auf deren Verlangen nach § 66b Abs 1, also „nach diesem Gesetz“, jedoch nicht von Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft oder Gericht, vielmehr von durch Organe der Justizverwaltung „vertraglich“ beauftragten „Einrichtungen“ gewährte „juristische Prozessbegleitung“

⁴³ Vgl Rz 257 ff.

⁴⁴ Vgl § 22 und § 1 erster Satz StAG; zur Vertretung von „Interessen des Staates“ durch die Finanzstraßbehörde instruktiv *Lässig* in WK² FinStrG § 200 Rz 1–4; vgl aber auch 13 Os 24/20h EvBl 2021/42, wo der OGH – im verstSenat, entgegen § 22 – zum Ausdruck bringt, dass die Generalprokuratur durch Ergreifen einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes „Interessen“ nicht „vertritt“, demnach keine „Seite“ ist (§ 296 Abs 1), die von ihrer Seite ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde gleichwohl verwirft (vgl demgegenüber WK StPO § 296 Rz 1 sowie 13 Os 53/15s EvBl-LS 2015/172).

⁴⁵ Vgl auch § 282 Abs 1 erster Satz zur Urteilsanfechtung durch gesetzliche Vertreter.

⁴⁶ Die „Befähigung zum Richteramt“ bestimmt sich nach § 26 RStDG (vgl § 17 RStDG); zum Richter, Staatsanwalt (§ 174 RStDG) oder nach § 26 Abs 2 RStDG „ernannt[e]“ Personen gelten im Strafverfahren jedenfalls als befähigt; vgl WK StPO § 281 Rz 146; der Vorsteher fungiert dabei nicht als Richter, sondern als Organ der (monokratischen, also Weisungen unterworfenen) Justizverwaltung, anders als zur Entscheidung über Richterausschluss „nach diesem Gesetz“ befugte „Vorsteher oder Präsidenten“ (§ 45); treffend *Rami*, ÖJZ 2021, 263.

⁴⁷ Vgl aber *Soyer/Schuhmacher* in WK StPO § 62 Rz 28.

⁴⁸ Das OLG entscheidet „aufgrund besonderer Vorschrift“ (§ 33 Abs 1 Z 6) über einen Antrag der Staatsanwaltschaft, einem „Verteidiger (§ 48 Abs 1 Z 5) oder [...] Vertreter (§ 73), der nicht der Disziplinargewalt einer Standesbehörde unterliegt,“ wegen seines Verhaltens „die Befugnis, als Vertreter in Strafsachen vor Gericht zu erscheinen, für die Dauer von einem bis zu sechs Monaten entziehen“ (§ 236 Abs 3).

(§ 66b Abs 2).⁴⁹ Vertretung in nicht als Strafverfahren geführten Ermittlungsverfahren wird von der StPO nicht geregelt. Rechtsanwälte haben Vertretungsbefugnis nach § 8 Abs 2 erster Satz RAO. Darüber hinaus spricht nichts gegen sinngemäße Vertretungsbefugnis nach § 48 Abs 1 Z 5, § 73, die im diesem Sinn als hinreichende Bedingungen formuliert sind.

- 11** Prüfungsbefugnis haben zur Führung des jeweiligen Verfahrens befugte Organe hinsichtlich der Existenz von Vollmacht⁵⁰ und Rechtswirksamkeit von Beigebug, Bestellung (§§ 61 f) und Gewährung (§ 66b Abs 3). Hinsichtlich der Berechtigung „zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft“, einer sonstigen gesetzlichen Berechtigung „zur Vertretung in Strafsachen“ (§ 48 Abs 1 Z 5 zweiter Fall, § 236 Abs 3), zu „Lehrbefugnis für Strafrecht und Strafprozessrecht“ (§ 48 Abs 1 Z 5), Anerkennung einer „Opferschutzeinrichtung [nach § 25 Abs 3 SPG]“ und Bewährung und Eignung einer nach § 66b Abs 3 beauftragten „Einrichtung“ entfalten die jeweiligen Verwaltungsakte Tatbestandswirkung, sind also im Verfahren rechtswirksam.⁵¹ Demgegenüber haben Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht „nach diesem Gesetz“ die „Aufgabe“, zu prüfen, ob andere Personen, welche bevollmächtigt „Verfahrensrechte“ von „Haftungsbeteiligten, Opfern, Privatbeteiligten, Privatanklägern und Subsidiaranklägern“ ausüben wollen (§ 73 zweiter Satz), dazu „geeignet“ sind. Gegen Verweigerung des Rechts, sich vertreten zu lassen, steht Einspruch wegen Rechtsverletzung, bei gerichtlicher Beweisaufnahme Beschwerde nach § 87 Abs 2 zweiter Satz offen; „Eignung“ ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff, der richtlicher Kontrolle demnach zugänglich ist.
- 12** Auch Vertreter können Verletzung „in einem subjektiven Recht (§ 106 Abs 1)“ reklamieren. Bei entsprechender Bevollmächtigung steht „nach diesem Gesetz“ ein subjektives Recht, als Vertreter „Verfahrensrechte“ auszuüben, einer „zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft berechtigten [...] Person“ zu, aus Anerkennung als Opferschutzeinrichtung nach § 25 Abs 3 SPG und zivilrechtlichem „Auftrag“ an eine solche oder aus „Eignung“ folgt kein subjektives Recht auf Vertretung. Eine „Person, die an einer inländischen Universität die Lehrbefugnis für Strafrecht und Strafprozessrecht erworben hat“ (§ 48 Abs 1 Z 5), hat ein subjektives Recht „nach diesem Gesetz“ weder zur Verteidigung noch zur Vertretung. In die Verteidigerliste nach § 39 Abs 3 idF vor BGBl I 2004/19 eingetragene Personen sind zwar nach Maßgabe von § 516 Abs 4 gesetzlich zur Verteidigung, nicht aber sonst zur „Vertretung im Strafverfahren berechtigt“ (§ 48 Abs 1 Z 5) und nach Maßgabe entsprechender Vollmacht zu Einspruch und Beschwerde nach § 87 Abs 2 zweiter Satz legitimiert; nicht einmal uneingeschränkte gesetzliche Berechtigung zur Verteidigung ergibt sich schließlich aus § 5 Abs 1 NO. Soweit das Gesetz nicht – grundrechtskonform, weil

49 Gewährung oder Verweigerung von Prozessbegleitung ist daher nicht Gegenstand von Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106 Abs 1 Z 1) und Beschwerde (§ 87 Abs 1).

50 Vgl § 58 Abs 2–4, § 73 letzter Satz.

51 Dieser ist durch rechtswirksamen Verwaltungsakt also auch für Verfahren „nach diesem Gesetz“ rechtswirksam festgestellt, „den Tatbestand zu erheben“ (vgl § 96 aF) also nicht zulässig; vgl WK StPO § 281 Rz 146 f.