

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“ befügt 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 Generalprokurator, 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; 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, 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-

1

Gefühle Normunterworfener anzusprechen, wenn nur der Norminhalt – was Sache und was Altgerät 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“, „Zwangsmäßignahmen“, „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. Interpreten ist Meinungsfreiheit garantiert (Art 10 EMRK),⁸ die allerdings nicht mit Richtigkeit der geäußerten Meinung zu verwechseln ist.⁹ Vollzugsorganen steht Meinungäußerungsfreiheit 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 verflieht; zu Willkürgrenzen, welche der VfGH dem Gesetzgeber setzt, vgl Grabenwarter/Frank, B-VG Art 7 Rz 2 ff.

- 7 Im Schriftum 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 Herausschälen 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 21/17f (verstSen) bei der „Judikaturwende“ zu § 28a Abs 1 SMG „dem Schriftum [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 (von 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 Deliktsmenge 198 f) in Vorschlag gebrachter Ersatz durch „gleichartige Deliktsmenge“ bloß dazu angetan, von Ursprung und Definition wegzu führen, 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 *Lewisich* (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 Induktionschlusses) zu Widersprüchen führt, ist alles andere als ein neuer Gedanke und braucht hier nicht vertieft zu werden. Nur so viel: **Was beim Interpreten 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. Organwalter 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 Schuldspur 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 Gemeindewachkörper, 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 146 f.

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 50 ff.

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 Gesetzesvor-
behalt 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 Staatsanwalt-
schaft, bei deren Erfüllung sie nicht in subjektive Rechte eingreifen kann, werden ihr
„nach diesem Gesetz“ und nach dem StAG übertragen.¹⁸

4

2. Bewirkende und Erwirkende

a) Führung, Durchführung, Bewilligung und gerichtliche Beweisaufnahme

Gerichte haben – neben verfahrensübergreifender Befugnis –¹⁹ Befugnis zur Füh-
rung des Haupt-, Rechtsmittel- und Untersuchungshaftverfahrens, im Ermittlungs-
verfahren 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 ver-
bundene Rechtsmittel sind vom Gesetz festgelegt und stehen nicht im Belieben des
Entscheidungsgangs.²⁰ Für einen Teil der Hauptverfahren wird „dem Volk“ Befug-
nis zur „Mitwirkung“ gegeben (Art 91 B-VG, § 11). Die Staatsanwaltschaft hat Be-
fugnis 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 Ver-
fahren nach dem 9. HptSt sowie im Ermittlungs- und Hauptverfahren (§ 210 Abs 3
zweiter Satz).

5

„Staatsanwälte“ haben als „Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit [...] in Verfah-
ren 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

5/1

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

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 Gerichtsbefassung 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 „nähtere[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 zu kommt, 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 Kneihs / 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-

7

8

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; richtungweisend *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 kontradiktiorischer 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 kontradiktiorisch 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, 367f.

d) Verteidigung und Vertretung

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 Vertretungsbezugnis 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 Beigabe 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 Finanzstrafbehörde 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 Generalprokurator 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 Begebung, 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 rechtlicher 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.