

## **.SIAK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis**



Schindler, Thomas (2008):

### **Das Verhältnis der Akteure. Auswirkungen der StPO- Reform**

SIAK-Journal – Zeitschrift für  
Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis  
(1), 38-56.

doi: 10.7396/2008\_1\_E

*Um auf diesen Artikel als Quelle zu verweisen, verwenden Sie bitte folgende Angaben:*

Schindler, Thomas (2008). Das Verhältnis der Akteure. Auswirkungen der StPO-Reform, SIAK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis (1), 38-56, Online: [http://dx.doi.org/10.7396/2008\\_1\\_E](http://dx.doi.org/10.7396/2008_1_E).

© Bundesministerium für Inneres – Sicherheitsakademie / Verlag NWV, 2008

Hinweis: Die gedruckte Ausgabe des Artikels ist in der Print-Version des SIAK-Journals im Verlag NWV (<http://nwv.at>) erschienen.

Online publiziert: 3/2013

*Auswirkungen der StPO-Reform*

# DAS VERHÄLTNISS DER AKTEURE



**THOMAS SCHINDLER**  
Stellvertretender Sicherheitsdirektor  
und Leiter der Sicherheits- und  
Kriminalpolizeilichen Abteilung der  
Sicherheitsdirektion Burgenland.

Die Strafprozessreform<sup>1</sup> ist das vorläufige Endergebnis einer langen Diskussion über die Notwendigkeit, das strafprozessuale Vorverfahren neu zu regeln. Einer der Hauptdiskussionspunkte war jener über die Verfahrensherrschaft im Vorverfahren. Sollte es also ein gerichtliches, ein staatsanwaltliches oder ein sicherheitsbehördliches Vorverfahren sein? Der Gesetzgeber hat sich schließlich entschlossen, die bisherigen Regelungen über das Vorverfahren (mit verschiedenen Verfahrensherrschaften) durch ein einheitliches Verfahren unter der Leitung des Staatsanwaltes, das dieser in möglichstem Einvernehmen mit der Kriminalpolizei führen soll, zu ersetzen.<sup>2</sup> Am Beispiel der freiheitsentziehenden Maßnahmen soll gezeigt werden, wie sich die Vorverfahrensreform auf das Verhältnis zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei auswirkt.

## 1. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORAUSSETZUNGEN EINER FEST- NAHME

Gemäß Art 1 Abs 1 PersFrG<sup>3</sup> hat jedermann das Recht auf Freiheit und Sicherheit (persönliche Freiheit). Die Entziehung der persönlichen Freiheit durch die Kriminalpolizei („im Dienste der Strafjustiz“) ist nach Art 2 und 4 PersFrG nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig<sup>4</sup>:

1. Verdacht einer strafbaren Handlung,
2. Vorhandensein einer verdächtigen Person,
3. Vorliegen eines Haftgrundes,
4. Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Weise, insbesondere die vorherige Einholung eines richterlichen Haftbefehles,
5. Wahrung der Verhältnismäßigkeit.

Gemäß Art 6 Abs 1 PersFrG hat jedermann, der festgenommen oder angehalten wird, das Recht auf ein Haftprüfungsverfahren durch ein Gericht oder eine andere unabhängige Behörde.

## 2. WILLENSBILDUNG ZUR FEST- NAHME

### 2.1. STPO-ALT

Nach § 175 Abs 1 StPO-alt ist die Vorführung oder vorläufige Verwahrung eines Verdächtigen vom Untersuchungsrichter anzuordnen. Dieser wird in der Regel auf Grund eines Antrages des Staatsanwaltes tätig und erlässt einen mit Gründen versehenen Haftbefehl (§ 176 StPO-alt). Die Kontaktaufnahme mit dem Untersuchungsrichter erfolgt dabei häufig durch die Organe der Sicherheitsbehörde.

Der Haftbefehl hat die Qualität eines Gerichtsbeschlusses und stellt den Rechtstitel für die darauf folgende Festnahme und Anhaltung dar. Ausnahmsweise kann die vorläufige Verwahrung auch durch Organe der Sicherheitsbehörden vorgenommen werden (§ 177 Abs 1 StPO-alt), und zwar immer dann, wenn die vorherige Einholung eines richterlichen Befehls nicht tunlich ist (vor allem bei Betretung auf fri-scher Tat sowie bei Gefahr im Verzug).

## 2.2. STPO-NEU

Nach § 171 Abs 1 StPO-neu ist für die Festnahme eine Anordnung der Staatsanwaltschaft erforderlich, die auf Grund einer gerichtlichen Bewilligung ergeht. Das Gericht kann nach der Systematik der StPO-neu nicht von sich aus tätig werden. Nach § 101 Abs 2 erster Satz StPO-neu stellt die Staatsanwaltschaft die erforderlichen Anträge bei Gericht, soweit ihre Anordnungen einer gerichtlichen Bewilligung bedürfen. Die Staatsanwaltschaft entscheidet nach Bewilligung der Maßnahme über deren Durchführung (§ 101 Abs 3 zweiter Satz StPO-neu). Ausnahmsweise kann eine Festnahme auch durch Organe der Kriminalpolizei vorgenommen werden (§ 171 Abs 2 StPO-neu), und zwar immer dann, wenn eine Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden kann (vor allem bei Betretung auf frischer Tat sowie bei Gefahr im Verzug). Das entscheidende Kriterium ist also nicht mehr die rechtzeitige Einholbarkeit der Entscheidung des Gerichtes (Haftbefehl bzw Bewilligung), sondern jene der Staatsanwaltschaft (Anordnung).

Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass zwar der Staatsanwalt rechtzeitig erreicht werden kann, nicht jedoch der Richter. Ohne gerichtliche Bewilligung darf die Staatsanwaltschaft keine Festnahmeanordnung nach § 171 Abs 1 StPO-neu erteilen. Fraglich ist nun, ob in diesem Fall Gefahr im Verzug vorliegt, was die Polizei zu einer Festnahme nach § 171 Abs 2 StPO-neu aus eigener Macht berechtigen würde, oder ob dennoch die Staatsanwaltschaft tätig werden müsste. Die allgemeine Kompetenz der Staatsanwaltschaft zur Leitung des Ermittlungsverfahrens ergibt sich aus § 101 Abs 1 StPO-neu, während Abs 2 leg cit die Staatsanwaltschaft zur Antragstellung bei Gericht verpflichtet, soweit ihre Anordnungen einer gerichtlichen Bewilligung bedürfen. Eine Ausnahme davon ist nicht ersichtlich.

Andererseits gibt § 99 Abs 2 StPO-neu der Kriminalpolizei grundsätzlich die Möglichkeit, eine Befugnis bei Gefahr im Verzug auch ohne Anordnung der Staatsanwaltschaft auszuüben. Die Kriminalpolizei hat in einem solchen Fall mittels Anlassbericht unverzüglich um nachträgliche Genehmigung der Befugnisausübung anzufragen. Diese Vorgangsweise scheint auch für freiheitsentziehende Maßnahmen zweckmäßig und zulässig.<sup>5</sup>

Neu ist die Regelung über die Vorführung einer Person (nicht nur eines Beschuldigten!) zur Vernehmung (§ 153 StPO-neu).

***Wenn dies in der Ladung ausdrücklich angedroht wurde, kann die Person im Falle ihres ungerechtfertigten Ausbleibens vorgeführt werden (§ 153 Abs 2 StPO-neu).***

Bei Flucht- oder Verdunkelungsgefahr kann die Staatsanwaltschaft (ausnahmsweise das Gericht) die Vorführung (nur) des Beschuldigten zur sofortigen Vernehmung anordnen; in Dringlichkeitsfällen kann die Kriminalpolizei den Beschuldigten von sich aus vorführen (§ 153 Abs 3 StPO-neu). Bei der Vorführung zur Vernehmung handelt es sich um eine freiheitsentziehende Maßnahme, die den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss, was im Hinblick auf Art 2 und 4 PersFrG jedoch fraglich ist.<sup>6</sup>

## 3. ZURECHNUNG DER FESTNAHME

### 3.1. STPO-ALT

Jeder Organwalter, der eine Amtshandlung durchführt, wird für jene Behörde (Gericht oder Verwaltungsbehörde) tätig, der er beigegeben, zugeteilt oder unterstellt ist.<sup>7</sup> Festnahmen nach der StPO-alt werden von Organen der Sicherheitsbehörden entwe-

der über richterlichen Befehl oder aus eigener Macht durchgeführt. Dies führt nicht nur zur Frage, welcher Behörde die Festnahme zuzurechnen ist, sondern erfordert eine grundsätzliche Klärung des Verhältnisses der einzelnen beteiligten Behörden (Gericht, Staatsanwaltschaft, Sicherheitsbehörde) zueinander.

Bei dem in Art 4 Abs 1 PersFrG und § 176 StPO-alt vorgesehenen richterlichen Haftbefehl handelt es sich um einen Gerichtsbeschluss, der den Rechtstitel für die darauf folgende Festnahme darstellt. Das die Festnahme durchführende Sicherheitsorgan wird nicht für die Sicherheitsbehörde, sondern unmittelbar für das Gericht tätig.<sup>8</sup> Die Festnahme ist daher dem Gericht zuzurechnen. Es handelt sich um Gerichtspolizei im engeren Sinn. Mit dieser Konstruktion – einer Weisungsbeziehung innerhalb der Gerichtsbarkeit – wird dem Grundsatz der Trennung von Gericht und Verwaltung in allen Instanzen (Art 94 B-VG) entsprochen. Bei Festnahmen ohne richterlichen Haftbefehl ist die Maßnahme jener Sicherheitsbehörde zuzurechnen, für die das Organ tätig wird.

### 3.2. STPO-NEU

§ 171 Abs 1 StPO-neu verlangt für die Festnahme grundsätzlich eine gerichtliche Bewilligung und eine staatsanwaltschaftliche Anordnung. Auf Grund der unveränderten verfassungsrechtlichen Vorgaben (insb Art 4 PersFrG) stellt sich die Frage, ob diese neue Systematik der Verfassung entspricht. Der Gesetzgeber ging bei der Neuregelung des Haftregimes bewusst vom System des Haftbefehles ab. Bei der Bewilligung des Gerichtes handelt es sich nicht um einen richterlichen Befehl herkömmlichen Musters, sondern nur noch um eine Ermächtigung mit Tatbestandswirkung.<sup>9</sup> Durch Bewilligung eines Antrages der Staatsanwaltschaft wird diese ermächtigt, eine bestimmte Anordnung – konkret: zur Fest-

nahme – zu erlassen. Die Rechtsqualität der Anordnung hängt vom organisatorischen Verhältnis zwischen der Staatsanwaltschaft und der Sicherheitsbehörde ab. Geht man davon aus, dass das Einschreiten der Polizei bzw des konkret einschreitenden Exekutivorgans unmittelbar der Staatsanwaltschaft zuzuordnen ist, so handelt es sich um eine Weisungsbeziehung und die Festnahme wäre somit unmittelbar der Staatsanwaltschaft zuzurechnen. Ist das kriminalpolizeiliche Einschreiten nicht der Staatsanwaltschaft zuzurechnen, sondern wird das Exekutivorgan für die Sicherheitsbehörde tätig, so ergibt sich daraus, dass die Festnahme dieser Behörde zuzurechnen ist.

## 4. AUFGABEN DES GERICHTES (UNTERSUCHUNGSRICHTER, RECHTSSCHUTZRICHTER)

### 4.1. STPO-ALT

Das Gericht wird im Vorverfahren primär über Initiative der Staatsanwaltschaft tätig, die durch den Untersuchungsrichter, die Bezirksgerichte oder die Sicherheitsbehörden Vorerhebungen führen lassen kann (§§ 88 Abs 1 und 452 StPO-alt).<sup>10</sup> Obwohl die gerichtlichen Vorerhebungen unter der Leitung des Staatsanwaltes erfolgen, handelt es sich um ein gerichtliches Strafverfahren.<sup>11</sup> Anders ist die Situation bei der Voruntersuchung, wo der Untersuchungsrichter – nach einem Einleitungsantrag des Staatsanwaltes und darauf folgender Beschlussfassung – aus eigenem Antrieb das Verfahren führt.

Die Zusammenarbeit des Gerichts mit anderen Behörden und Dienststellen erfolgt im Allgemeinen „durch Ersuchen“ auf Grundlage des § 26 StPO-alt. Diese Regelung stellt eine Präzisierung der verfassungsgesetzlich normierten Pflicht zur Amts- bzw Rechtshilfe für den Bereich des gerichtlichen Strafverfahrens dar.<sup>12</sup> In be-

sonderen Fällen erteilt das Gericht Befehle an die Organe der Sicherheitsbehörden (zB Haft, Hausdurchsuchung, Beschlagnahme).<sup>13</sup> In diesen Fällen werden die Sicherheitsorgane unmittelbar durch das Gericht herangezogen und entfalten ihre Tätigkeit somit als dessen Hilfsorgane. Die von den Sicherheitsorganen gesetzten Maßnahmen sind als abgeleitete richterliche Akte dem Gericht zuzuordnen.<sup>14</sup>

#### 4.2. STPO-NEU

Durch die Verlagerung der Verfahrensleitung zur Staatsanwaltschaft (§ 101 Abs 1 StPO-neu) erfährt die Kompetenz des Gerichtes im Vorverfahren (nunmehr: Ermittlungsverfahren) eine deutliche Einschränkung. Die gerichtliche Zuständigkeit wird im Ermittlungsverfahren beim Einzelrichter des Landesgerichtes gebündelt.<sup>15</sup> Diesem obliegen:

1. die Aufnahme von Beweisen (§ 104),
2. die Bewilligung von Zwangsmitteln bzw deren Versagung (§ 105),
3. die Entscheidung über Einsprüche wegen behaupteter Verletzung subjektiver Rechte durch die Staatsanwaltschaft oder die Kriminalpolizei (§§ 106 f),
4. die Entscheidung über Anträge auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens (§ 108).

Die Funktion des Gerichtes ist somit nicht mehr eine verfahrensleitende, sondern vor allem eine Rechtsschutzfunktion. Die Beweisaufnahme durch das Gericht nach § 104 StPO-neu ist auf Ausnahmefälle beschränkt.

### 5. AUFGABEN DER STAATSANWALTSCHAFT

#### 5.1. STPO-ALT

Der Staatsanwalt wird auf Grund des Verdachts einer strafbaren Handlung entweder von Amts wegen oder auf Grund einer Anzeige tätig (§§ 84 ff StPO-alt). Er ist

verpflichtet, alle an ihn gelangten Anzeigen zu prüfen und die zu seiner Kenntnis gelangenden Spuren zu verfolgen (§ 87 Abs 1 StPO-alt). Der Staatsanwalt ist berechtigt, durch den Untersuchungsrichter, die Bezirksgerichte oder die Sicherheitsbehörden Vorerhebungen führen zu lassen (§§ 88 Abs 1 und 452 StPO-alt). Er ist jedoch nicht berechtigt, selbst die erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen zu setzen (§ 97 Abs 2 StPO-alt). Obwohl die gerichtlichen Vorerhebungen unter der Leitung des Staatsanwaltes erfolgen, also durch ihn initiiert und durch seine Anträge bestimmt werden, handelt es sich – wie bereits erwähnt – um ein gerichtliches Strafverfahren.<sup>16</sup> Die Zusammenarbeit mit anderen Behörden, insbesondere den Sicherheitsbehörden, erfolgt auf Grundlage von § 36 StPO-alt und § 9 DV-StAG. Ob es sich dabei – ebenso wie bei § 26 StPO-alt – um eine Form der Amtshilfe handelt, ist in der Literatur umstritten.<sup>17</sup> Zusammenfassend lässt sich jedoch festhalten: Der Staatsanwalt wird nicht selbst als Ermittler tätig, sondern initiiert Ermittlungsmaßnahmen durch andere Behörden, deren Ergebnisse er zusammenführt und bewertet.<sup>18</sup>

#### 5.2. STPO-NEU

Durch die Neugestaltung des Ermittlungsverfahrens kommt der Staatsanwaltschaft eine viel stärkere Position zu als bisher. Sie leitet das Ermittlungsverfahren und verantwortet Umfang und Inhalt der von ihr veranlassten oder mit ihrer Kenntnisnahme durchgeführten Ermittlungen und deren Ergebnis (§§ 20, 98 und 101 ff StPO-neu); sie hat die Gesamtverantwortung für das Zustandekommen, den Inhalt und den Umfang der Anklage.<sup>19</sup> Die Staatsanwaltschaft führt das Ermittlungsverfahren möglichst im Einvernehmen mit der Kriminalpolizei und hat erforderlichenfalls entsprechende Anordnungen zu ertei-

len (§ 98 Abs 1 StPO-neu). Über Fortgang und Beendigung des Ermittlungsverfahrens entscheidet jedoch allein die Staatsanwaltschaft. Soweit eine gerichtliche Bewilligung erforderlich ist, stellt die Staatsanwaltschaft die dafür erforderlichen Anträge (§ 101 Abs 1 und 2 StPO-neu). Sie ist künftig nicht mehr ausschließlich auf die Ermittlungsleistungen anderer angewiesen, sondern berechtigt, auch selbst Ermittlungsmaßnahmen zu setzen.

***Die Staatsanwaltschaft wird  
von einer reinen Anklage-  
behörde auch zu einer  
Ermittlungsbehörde.***

Der Staatsanwalt verliert also in gewisser Weise seine Unschuld.<sup>20</sup> Seine Kompetenz geht sogar soweit, dass er entscheidet, ob bzw wann eine gerichtlich bewilligte Zwangsmaßnahme durchzuführen ist (§ 101 Abs 3 zweiter Satz StPO-neu).<sup>21</sup>

## **6. AUFGABEN DER SICHERHEITS- BEHÖRDE (KRIMINALPOLIZEI)**

### **6.1. STPO-ALT**

Den Sicherheitsbehörden kommen im Rahmen des strafrechtlichen Vorverfahrens nur sehr eingeschränkte Aufgaben zu. Als Konsequenz aus dem bisherigen, stark richterlich geprägten Konzept sollten die Sicherheitsbehörden gemäß § 24 StPO-alt allen Verbrechen und Vergehen nachforschen und, wenn das unverzügliche Einschreiten des Untersuchungsrichters nicht erwirkt werden kann, die keinen Aufschub gestattenden vorbereitenden Anordnungen treffen.<sup>22</sup> Der Bereich der eigenständigen Kompetenzausübung durch die Polizei ist also sehr eng umrissen und auf den ersten Zugriff beschränkt. Weiter gehende Kompetenzen haben die Sicherheitsbehörden nur dort, wo dies die StPO ausdrücklich normiert, zB zur Ausübung bestimmter

Befugnisse bei Gefahr im Verzug.<sup>23</sup> Generell sollen die polizeilichen Ermittlungen nur über Ersuchen bzw Befehl des Staatsanwaltes oder Richters erfolgen.<sup>24</sup>

Dass sich dieses System nie durchgesetzt hat, sondern in Wahrheit immer schon die Polizei das Vorverfahren führt und eine „pfannenfertige Vollanzeige“ vorzulegen pflegt, ist evident und seit Jahrzehnten Gegenstand ausführlicher wissenschaftlicher Diskussion.<sup>25</sup> Dieser von der Praxis aus Zweckmäßigkeitserwägungen tolerierte Zustand kann aber nicht darüber hinweg täuschen, dass sich die umfassende und eigenständige Ermittlungstätigkeit der Polizei nicht auf ausreichende rechtliche Grundlagen stützen kann, was dem Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) widerspricht. Die Polizei nimmt mit ihrer Tätigkeit Zuständigkeiten in Anspruch, die von der StPO-alt anderen Behörden, nämlich dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft, zugedacht sind. Diese Praxis steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zum Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 83 B-VG). Schließlich darf auch nicht übersehen werden, dass für die Anklage im Strafprozess der Staatsanwalt zuständig ist, der aber vielfach erst informiert wird, wenn der Sachverhalt aus polizeilicher Sicht ausreichend geklärt ist. Dadurch besteht auch ein Widerspruch zum Anklagegrundsatz (Art 90 Abs 2 B-VG).<sup>26</sup>

### **6.2. STPO-NEU**

Durch die Reform des Vorverfahrens wird nicht nur die Position des Staatsanwaltes gestärkt, in dem ihm die Leitung des Ermittlungsverfahrens übertragen wird, sondern auch die Stellung der Kriminalpolizei. Die Sicherheitsbehörden erhalten nun eine umfassendere, eigenständige Ermittlungskompetenz, maW: Der Status quo wird legalisiert, gepaart mit einer stärkeren Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft.<sup>27</sup> § 18 StPO-neu definiert die Aufgabe „Kriminalpolizei“<sup>28</sup> und weist sie den

Sicherheitsbehörden zu. Hinsichtlich der Organisation der Sicherheitsbehörden erfolgt ein Verweis auf das SPG, womit für die Kriminalpolizei das gleiche Organisationsrecht wie für die Sicherheitsverwaltung gilt.<sup>29</sup> § 18 Abs 2 und 3 StPO-neu legt – wenn auch in einer unüblichen Diktion – eine Mitwirkungskompetenz der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes<sup>30</sup> fest.

Besteht zumindest ein Anfangsverdacht, hat die Kriminalpolizei aus eigenem die Ermittlungen aufzunehmen, den Sachverhalt zu klären und den Tatverdächtigen zu verfolgen. Sie hat also nicht nur auf Grund einer Anzeige oder einer Anordnung der Staatsanwaltschaft (oder ausnahmsweise des Gerichts) tätig zu werden (vgl § 99 Abs 1 StPO-neu). Diese Aufgaben werden zwar im Dienste der Strafjustiz, dennoch aber als eigene sachliche Zuständigkeit der Sicherheitsbehörden wahrgenommen.<sup>31</sup> Die Kriminalpolizei hat das Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft zu pflegen, im Zweifelsfall hat jedoch die Staatsanwaltschaft die erforderlichen Anordnungen zu treffen, die von der Kriminalpolizei zu befolgen sind (§ 98 Abs 1 StPO-neu).<sup>32</sup>

## 7. VERHÄLTNIS GERICHT – SICHERHEITSBEHÖRDE

### 7.1. STPO-ALT

Das Verhältnis zwischen Gericht und Polizei ist vor allem durch § 26 Abs 1 erster Satz StPO-alt geprägt. Danach sind die Strafgerichte berechtigt, zur Durchführung der Strafrechtspflege mit allen Dienststellen der Gebietskörperschaften, mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie mit den von ihnen betriebenen Anstalten unmittelbares Einvernehmen durch Ersuchen zu pflegen. Die Sicherheitsbehörden und deren Organe werden zum Zwecke der Strafrechtspflege nicht unmittelbar den Strafgerichten beigeordnet, sondern verbleiben in ihrer ursprünglichen, für den

Bereich der Sicherheitsverwaltung geltenden Organisationsform.<sup>33</sup> Die Gerichte und die Sicherheitsbehörden verkehren also grundsätzlich im Wege der Amtshilfe miteinander, wobei die von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes gesetzten Amtshandlungen der Sicherheitsbehörde zuzurechnen sind (Gerichtspolizei im weiteren Sinn).<sup>34</sup> Lediglich in jenen Fällen, in denen das Gericht einen Befehl erteilt<sup>35</sup>, werden die Sicherheitsorgane von diesem unmittelbar in Anspruch genommen und handeln dabei als dessen Hilfsorgane. Die von ihnen gesetzten Handlungen sind als „abgeleitete richterliche Akte“ dem Gericht zuzurechnen (Gerichtspolizei im engeren Sinn).<sup>36</sup> In diesem Fall handelt es sich um ein Weisungsverhältnis zwischen Gericht und Sicherheitsorganen, welches sich jedoch innerhalb der Staatsfunktion Gericht bewegt, wodurch das Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG) nicht verletzt wird.<sup>37</sup>

### 7.2. STPO-NEU

Nach dem vom Gesetzgeber verfolgten Konzept ist im Ermittlungsverfahren ein direkter Kontakt zwischen Polizei und Gericht nur in Ausnahmefällen vorgesehen. Grundsätzlich kommuniziert der Staatsanwalt mit dem Gericht, indem er die erforderlichen Anträge stellt, soweit seine Anordnungen einer gerichtlichen Bewilligung bedürfen (§ 101 Abs 2 erster Satz StPO-neu).<sup>38</sup> Bewilligt das Gericht eine Maßnahme, so hat es diese Bewilligung der Staatsanwaltschaft zu übermitteln, welche über die Durchführung der Maßnahme (durch die Kriminalpolizei) entscheidet (§ 101 Abs 3 zweiter Satz StPO-neu). Das Gericht erteilt jedoch nach der neuen Systematik keinen Befehl mehr, sondern ermächtigt die Staatsanwaltschaft, eine Zwangsmaßnahme anzuordnen<sup>39</sup>. Das Gericht erklärt die Maßnahme lediglich für zulässig und verhältnismäßig.<sup>40</sup> Es

setzt also (nur) einen Akt mit Tatbestandswirkung, ohne den die Maßnahme zwar unrechtmäßig wäre, der jedoch nicht die Zurechnung der Maßnahme zum Gericht bewirkt.<sup>41</sup>

## 8. VERHÄLTNIS STAATSANWALTSCHAFT – SICHERHEITSBEHÖRDE

### 8.1. STPO-ALT

§ 36 StPO-alt gestattet es dem Staatsanwalt, sich in unmittelbare Verbindung mit Sicherheits- oder anderen Bundes-, Landes- oder Gemeindebehörden zu setzen und deren Unterstützung in Anspruch zu nehmen. Die Sicherheitsbehörden und deren untergeordnete Organe haben seinen Anordnungen Folge zu leisten.<sup>42</sup> Ergänzend dazu normiert § 88 Abs 1 StPO-alt, dass der Staatsanwalt ua durch die Sicherheitsbehörden Vorerhebungen führen lassen kann. Diese Regelungen sagen nichts darüber aus, ob es sich beim Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörde um ein Weisungs-, ein Amtshilfeverhältnis oder allenfalls um eine sonstige Beziehung handelt. Der Meinungsstand dazu ist höchst unterschiedlich.<sup>43</sup> Vorweg wird man davon ausgehen können, dass § 36 StPO-alt allgemein eine Amtshilfe (Art 22 B-VG) aller Bundes-, Landes- und Gemeindebehörden gegenüber der Staatsanwaltschaft festlegt. Fraglich ist aber, ob die Regelung des § 36 zweiter Satz StPO-alt, wonach die Sicherheitsbehörden und deren untergeordnete Organe den Anordnungen des Staatsanwaltes Folge zu leisten haben, eine Abkehr vom allgemeinen System der Amtshilfe darstellt.

Nach den Grundsätzen des Amtshilferechts müssen beide Seiten – ersuchende und ersuchte Stelle – für das konkrete Anliegen zuständig sein. Das Institut der Amtshilfe soll schließlich (nur) tatsächliche Schwierigkeiten überwinden helfen, nicht jedoch den Kreis der Befugnisse des ersu-

chenden Organs erweitern.<sup>44</sup> Dem Staatsanwalt ist es aber durch § 97 Abs 2 erster Satz StPO-alt bei sonstiger Nichtigkeit verwehrt, selbst Untersuchungshandlungen vorzunehmen. Er ist diesbezüglich unzuständiges Organ. Um Amtshilfe i.e.S. kann es sich also nicht handeln, womit an ein Weisungsverhältnis zu denken wäre. Der Rechtsordnung sind jedoch keine Aussagen dahingehend zu entnehmen, dass die Sicherheitsbehörden und/oder ihre „untergeordneten Organe“ in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten der Staatsanwaltschaft beigegeben, zugeteilt oder unterstellt werden sollen.<sup>45</sup> Mehrfach wird die Auffassung vertreten, dass ein funktionelles Weisungsrecht vorliege.<sup>46</sup> Dem ist aber entgegen zu halten, dass eine „Anordnung“ i.Sv § 36 StPO-alt zumindest nach ihrem Wortlaut genauso gut als Weisung wie als Amtshilfeersuchen gedeutet werden kann. Argumentiert man, dass der Staatsanwalt mangels eigener Zuständigkeit nicht um Amtshilfe ersuchen könne, so gilt dies umso mehr für eine Deutung seiner Anordnungen als Weisung.

### ***Die Weisung eines unzuständigen Organes ist nach Art 20 Abs 1 letzter Satz B-VG abzulehnen.***

Bei einem Verständnis als Weisung müsste auch eine Erklärung dafür gefunden werden, dass eine Beauftragung des Untersuchungsrichters, des Bezirksgerichtes oder der Sicherheitsbehörde durch den Staatsanwalt mit der Durchführung von Vorerhebungen nach § 88 Abs 1 StPO-alt in den ersten beiden Fällen als Ersuchen und im letzteren Fall als Weisung zu betrachten wäre. Darüber hinaus würde ein funktionelles (also fachliches) Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft mit dem parallel dazu bestehenden fachlichen Weisungsrecht der jeweils vorgesetzten Sicher-

heitsbehörde kollidieren.<sup>47</sup> Schließlich wäre der Staatsanwalt auch gegenüber dem Bundesminister für Inneres als oberster Sicherheitsbehörde (Art 78a Abs 1 erster Satz B-VG) weisungsbefugt. Das widerspricht allerdings dessen Stellung als oberstes Organ der Bundesverwaltung (Art 19 Abs 1 und 69 Abs 1 B-VG).

***Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter verlangt eine präzise Festlegung der Behördenzuständigkeit.***

Beim Staatsanwalt als Weisungsgeber stellt sich unweigerlich die Frage, an welcher Stelle der polizeilichen Aufbauorganisation er einzuordnen und welche Sicherheitsbehörden ihm damit unterstellt wären. Der Staatsanwalt ist aber in dienstlichen und fachlichen Angelegenheiten Bestandteil der Linienorganisation des Justizressorts und nicht des Innenressorts.<sup>48</sup> Die Lösung dieser Frage ist bei Kranewitter zu finden, die darauf verweist, dass die Bestimmung, wonach der Staatsanwalt Erhebungsakte nicht selbst vornehmen dürfe, eine Besonderheit des Strafverfahrens sei, die mit der Parteistellung des Staatsanwalts zusammenhänge. Man müsse dieser Besonderheit Rechnung tragen, indem man bei Ersuchen auf die konkrete Befugnis des Staatsanwaltes zur Anordnung, nicht zur Durchführung, des jeweiligen Aktes abstellt.<sup>49</sup> Die Anordnungen des Staatsanwaltes an die Sicherheitsbehörden gemäß § 36 StPO-alt sind somit Ersuchen um Ausübung deren originärer Kompetenz, denen Folge zu leisten ist. Dabei darf auch nicht übersehen werden, dass ein Amtshilfebegehren kein Ersuchen ist, dem man eben zweckmäßigerweise entspricht, sondern eine Rechtspflicht zur Befolgung auslöst.<sup>50</sup>

## **8.2. STPO-NEU**

Die Vorverfahrensreform ändert am geltenden Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörde im Ergebnis nichts. Der Staatsanwalt wird zwar zum Leiter des Ermittlungsverfahrens berufen (§§ 20 Abs 1 erster Satz und 101 Abs 1 erster Satz StPO-neu). Er hat dieses jedoch soweit wie möglich im Einvernehmen mit der Kriminalpolizei, also mit der Sicherheitsbehörde, zu führen (§ 98 Abs 1 erster Satz StPO-neu). Die Regelung über das Einvernehmen wäre bei Vorliegen eines Weisungsverhältnisses überflüssig. Ein Weisungsverhältnis ist eben gerade keine Einvernehmensbeziehung. Besondere Beachtung verdient aber § 18 StPO-neu, der die Aufgabe „Kriminalpolizei“ definiert und diese den Sicherheitsbehörden – und zwar nur diesen – zuweist.<sup>51</sup> Die Aufgabe des Staatsanwaltes muss somit eine andere sein. Ein fachliches Weisungsverhältnis im Bereich der Aufgabe Kriminalpolizei kommt somit (nur) dem Bundesminister für Inneres und den ihm nachgeordneten Sicherheitsbehörden zu (Art 78a B-VG, § 4 SPG).<sup>52</sup> Andererseits ist es nunmehr dem Staatsanwalt nicht verwehrt, selbst Ermittlungsmaßnahmen zu setzen (§ 103 Abs 2 iVm § 91 Abs 2 StPO-neu). Er ist damit nicht nur Anklage-, sondern auch Ermittlungsbehörde.<sup>53</sup> Sein Verhältnis zur Kriminalpolizei ist damit – mehr den je – als Amtshilfe (Art 22 B-VG) zu qualifizieren.<sup>54</sup>

## **9. DAS SYSTEM BEWILLIGUNG – ANORDNUNG AM BEISPIEL DES HAFTRECHTES**

### **9.1. DIE BEWILLIGUNG DES GERICHTES**

Nach der bisherigen Ausgestaltung des Vorverfahrens tritt das Gericht mit anderen öffentlichen Stellen – vor allem den Staatsanwaltschaften und Sicherheitsbe-

hörden – durch Ersuchen oder Befehl (zB Haftbefehl) in Kontakt. Im letzteren Fall besteht eine unmittelbare Grundlage für die Verhaftung eines Verdächtigen durch die Organe der Sicherheitsbehörden, die dabei als Hilfsorgane des Gerichtes tätig werden (Gerichtspolizei im engeren Sinn). § 171 Abs 1 StPO-neu verlangt nun für die Festnahme grundsätzlich eine gerichtliche Bewilligung sowie zusätzlich eine staatsanwaltliche Anordnung an die Kriminalpolizei zur Durchführung der Festnahme.

***Das Gericht erteilt also keinen Haftbefehl, sondern erklärt die Festnahme, die andere Behörden anordnen bzw durchführen, für zulässig und verhältnismäßig.***<sup>55</sup>

Der gerichtliche Bewilligungsbeschluss nach der StPO-neu<sup>56</sup> schafft aber keinen unmittelbaren Rechtstitel für die Verhaftung, womit diese nicht dem Gericht zugerechnet werden kann. Die Bewilligung ist aber zwingendes Tatbestandsmerkmal für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme.<sup>57</sup> Das Gericht genehmigt lediglich das Ob der Festnahme, hat aber eine Frist für die Durchführung zu setzen, andernfalls die Bewilligung ex lege außer Kraft tritt (§ 105 Abs 1 zweiter Satz StPO-neu).<sup>58</sup> Die gerichtliche Bewilligung ist dem Festgenommenen sogleich oder innerhalb von 24 Stunden zuzustellen (§ 171 Abs 3 erster Satz StPO-neu).<sup>59</sup> Ohne zusätzliche Anordnung der Staatsanwaltschaft darf die Festnahme jedoch nicht vollzogen werden. Die gerichtliche Bewilligung einer Festnahme ist somit kein Haftbefehl im Sinne des Art 4 Abs 1 PersFrG 1988. Dies macht das Institut der gerichtlichen Bewilligung – zumindest für den Anwendungsbereich des PersFrG – verfassungswidrig.<sup>60</sup>

## **9.2. DIE ANORDNUNG DER STAATSANWALTSCHAFT**

Dem Grundsatz folgend, dass die Leitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren beim Staatsanwalt liegen soll, normiert der Gesetzgeber für den Fall der Festnahme – zusätzlich zur gerichtlichen Bewilligung – das Erfordernis einer Anordnung der Staatsanwaltschaft (§ 171 Abs 1 StPO-neu). Mit dieser Anordnung wird vor allem das Wie und Wann der Festnahme festgelegt (vgl § 101 Abs 3 StPO-neu).<sup>61</sup> Die genaue inhaltliche Abgrenzung der staatsanwaltlichen Anordnung (§ 102 StPO-neu) von der gerichtlichen Bewilligung ist jedoch im Hinblick auf das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter problematisch. Nachdem die gerichtliche Bewilligung, wie oben ausgeführt, keinen unmittelbaren Rechtstitel für eine Zwangsmaßnahme schafft, ist die Frage nahe liegend, ob die staatsanwaltliche Anordnung einen solchen darstellt und die Maßnahme somit der Staatsanwaltschaft zurechenbar ist. Nach der Theorie von der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems<sup>62</sup> wäre bei der Anordnung der Staatsanwaltschaft primär an die Rechtsformen des Beschlusses oder des Bescheides zu denken.

Da es sich bei der Staatsanwaltschaft nicht um ein Gericht handelt, steht ihr die Rechtsform des Beschlusses nicht zur Verfügung.<sup>63</sup> Betrachtete man die Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde, was in der Lehre bisher nicht unumstritten war, so wäre allenfalls die Rechtsform des Bescheides in Frage gekommen. Eine solche Lösung wird durch die StPO-neu jedoch keineswegs angestrebt. Vielmehr war der Gesetzgeber bestrebt, das Ermittlungsverfahren abschließend zu regeln, um einen Rückgriff auf das Verwaltungs(straf)verfahren hintanzuhalten.<sup>64</sup> Mit der B-VG-Novelle 2008<sup>65</sup> hat der Verfassungsgesetzgeber durch Einfügung eines Art 90a in das B-VG aber klargestellt: „Staatsanwälte sind Organe der Gerichtsbarkeit.“

Nach der Judikatur des VfGH sind staatsanwaltschaftliche Amtshandlungen (Parteierklärungen, Ersuchen) weder Bescheide noch Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.<sup>66</sup>

Im Ergebnis kommt für die Anordnungen des Staatsanwaltes somit kein Typus des bestehenden Rechtsquellensystems in Frage. Nach dem bisher Gesagten ist auch nicht anzunehmen, dass die Sicherheitsbehörden und/oder deren Organe der Staatsanwaltschaft beigegeben, zugeteilt oder unterstellt sind. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, den Status quo zu legalisieren, die Aufgabe „Kriminalpolizei“ von der Sicherheitsexekutive eigenständig wahrnehmen zu lassen und keine organisatorischen Verschränkungen zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei zu normieren. Die Anordnungen der Staatsanwaltschaft sind daher als Amtshilfeersuchen an die Sicherheitsbehörde zu betrachten (§ 99 Abs 1 StPO-neu), deren Verbindlichkeit sich für die ersuchte Behörde bereits aus dem Institut der Amtshilfe an sich ergibt. §§ 98 Abs 1 und 99 Abs 1 StPO-neu bestärken dies nur. Für diese Auffassung spricht auch, dass der Inhalt staatsanwaltlicher Anordnungen zwar in § 102 StPO-neu ausdrücklich geregelt ist, die Festnahmeanordnung aber, zum Unterschied von der gerichtlichen Bewilligung, nicht an den Beschuldigten zuzustellen ist (§ 171 Abs 3 erster Satz StPO-neu).<sup>67</sup> Die Festnahme ist daher, wie bereits oben ausgeführt, jener Sicherheitsbehörde zuzurechnen, der das Sicherheitsorgan beigegeben, zugeteilt oder unterstellt ist.

### 9.3. BEURTEILUNG DER SYSTEMATIK BEWILLIGUNG – ANORDNUNG

Die Zusammenschau der Regelungen beider Institute ergibt ein diffuses Bild. Nach den Bestimmungen der StPO-neu ist nur schwer erkennbar, welche Behörde den Willen zur Durchführung einer Festnahme oder zur Setzung einer anderen Maß-

nahme im Ermittlungsverfahren zu bilden hat. Das Gericht wäre nur dann jene Behörde, die ihr Imperium einsetzt und der schließlich die polizeilich durchgeführte Maßnahme zugerechnet wird, wenn man vom Fortbestehen des gerichtlichen (Haft-)Befehles ausgeht.

***Diese Auslegungsmöglichkeit verbietet sich aber nach dem Wortlaut des Gesetzes ebenso wie nach dem in den Materialien<sup>68</sup> dokumentierten Willen des Gesetzgebers.***

Die gerichtliche Bewilligung allein führt aber nicht zu einem außenwirksamen Handeln durch ein zur Durchführung zuständiges Ermittlungsorgan. Vielmehr kann eine gerichtlich bewilligte Maßnahme nur dann in die Realität umgesetzt werden, wenn ihr eine korrespondierende Anordnung der Staatsanwaltschaft folgt. MaW: Es müssen ein Gericht und eine Verwaltungsbehörde zusammenwirken, um die Setzung ein und desselben Rechtsaktes, im konkreten Fall einer Festnahme, zu bewerkstelligen.

Dies ruft nahe liegender Weise die Kritik der Lehre hervor. Walter/Zeleny<sup>69</sup> verweisen darauf, dass entsprechend dem Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG) alle Aufgaben der Vollziehung entweder der Gerichtsbarkeit oder der Verwaltung übertragen werden müssen sowie keine Genehmigungen, Bestätigungen oder Bewilligungen von Akten der Gerichte durch die Verwaltungsbehörden und umgekehrt bestehen dürfen. Sie verweisen auch richtiger Weise darauf, dass im ggst Fall Staatsanwaltschaft und Gericht über dieselbe Sache zu entscheiden haben, denn beide Behörden prüfen jeweils alle rechtlich relevanten Aspekte.<sup>70</sup> Eine solche Regelung verstößt mE gegen das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter. Funk/Öhlinger<sup>71</sup> ver-

treten dagegen die Auffassung, das vorliegende Konstrukt sei verfassungskonform und begründen dies damit, dass das Zusammenwirken von Staatsanwaltschaft und Gericht als Ausnahme des in Art 94 B-VG normierten Trennungsgrundsatzes anzusehen sei.

***Diese Ausnahme könne mit einem weiteren Verfassungsprinzip, nämlich dem Anklageprinzip (Art 90 Abs 2 B-VG) begründet werden.***

Ihre Argumentation hat zwar viel für sich, kann aber nicht darüber hinweg helfen, dass auch im Falle einer engen Kooperation zweier Behörden eine dem Prinzip des gesetzlichen Richters entsprechende Aufgabenabgrenzung stattfinden muss.

Die Anordnung der Staatsanwaltschaft könnte, wenn man ihr Außenwirksamkeit unterstellt, nur als Rechtsakt sui generis betrachtet werden, weil sie keinem anerkannten Typus des Rechtsquellensystems entspricht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Anordnung der Staatsanwaltschaft ein Amtshilfeersuchen an die Sicherheitsbehörde, dem aber eine Befolgungspflicht der Sicherheitsbehörde gegenüber steht (Art 22 B-VG, §§ 98 Abs 1 und 99 Abs 1 StPO-neu).<sup>72</sup> Dies bestätigt auch die bereits zitierte, einschlägige höchstgerichtliche Judikatur, von deren Weiteranwendbarkeit ausgegangen wird. Schließlich kann für das Vorliegen von Amtshilfebeziehungen § 76 Abs 1 StPO-neu ins Treffen geführt werden, der auch im Verhältnis zwischen Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht anwendbar scheint.

Gerade die Anordnung der Staatsanwaltschaft ist aber für das weitere Vorgehen der Kriminalpolizei entscheidend. Nach der Systematik der StPO-neu hat die Sicherheitsbehörde zwar ihre Aufgaben im

Dienste der Strafjustiz („Kriminalpolizei“) eigenständig wahrzunehmen, eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ist aber zu befolgen.

***Eine solche Anordnung zur Festnahme, die sich auf eine gerichtliche Bewilligung stützt, rechtfertigt nach § 171 Abs 1 StPO-neu die Durchführung einer Festnahme durch die Kriminalpolizei.***

Liegt aber eine gerichtliche Bewilligung nicht vor, zB weil der Richter vom Staatsanwalt nicht erreicht werden konnte, ist eine auf § 171 Abs 1 StPO-neu gestützte Anordnung nicht möglich. Fraglich ist nun, ob der Staatsanwalt eine andere Möglichkeit hat, der Kriminalpolizei die Durchführung einer Festnahme aufzutragen. Zu denken wäre an die allgemeinen Regelungen der StPO-neu über das Anordnungsrecht der Staatsanwaltschaft (§§ 102 Abs 1, 103 Abs 1 iVm 99 Abs 1 StPO-neu). Dem steht jedoch die klare Regelung des § 101 Abs 2 erster Satz StPO-neu entgegen, wonach die Staatsanwaltschaft die erforderlichen Anträge bei Gericht stellt, soweit ihre Anordnungen einer gerichtlichen Bewilligung bedürfen. Eine staatsanwaltliche Festnahmeanordnung im eigentlichen Sinn ist daher bei Fehlen der gerichtlichen Bewilligung nicht möglich.<sup>73</sup> Andererseits hat die Kriminalpolizei aber bei Gefahr im Verzug die Möglichkeit, den Beschuldigten von sich aus festzunehmen, wenn eine Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden kann (§ 171 Abs 2 Z 2 StPO-neu). Diese Möglichkeit wird durch die allgemeine Regelung des § 99 Abs 3 StPO-neu gestützt, wonach eine Ermittlungsmaßnahme, die eine gerichtliche Bewilligung erfordert, bei Gefahr im Verzug ohne diese Bewilligung gesetzt werden kann, wenn

das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. Die Staatsanwaltschaft könnte somit nur eine Anregung an die Kriminalpolizei geben, nach § 171 Abs 2 StPO-neu von sich aus tätig zu werden, was an der behördlichen Zurechnung der Maßnahme aber ohnedies nichts ändert.

Besonders deutlich zeigt sich die Problematik der Verfassungsmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens an jenen grundrechtlichen Normen, die ausdrücklich nach einem richterlichen Befehl und nicht nach einer bloßen Bewilligung verlangen. Dabei handelt es um Art 4 Abs 1 PersFrG 1988 (persönliche Freiheit), § 1 HausRG 1862 (Hausrecht), Art 10 und 10a StGG (Brief- und Fernmeldegeheimnis). Funk/Öhlinger erkennen hier ebenso einen legislativen Anpassungsbedarf.<sup>74</sup>

## **10. RECHTSSCHUTZ GEGEN POLIZEILICHE FREIHEITSENTZIEHUNGEN**

### **10.1. VERFASSUNGSRECHTLICHER RAHMEN**

Gemäß Art 6 Abs 1 PersFrG hat jeder Mann, der festgenommen oder angehalten wird, das Recht auf ein Verfahren, in dem durch ein Gericht oder eine andere unabhängige Behörde über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges entschieden und im Falle der Rechtswidrigkeit seine Freilassung angeordnet wird.<sup>75</sup> Ergänzend dazu verlangt das B-VG beim Rechtsschutz gegen freiheitsentziehende Maßnahmen eine grundsätzliche Differenzierung zwischen Festnahmen, die als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt<sup>76</sup> erfolgen und solchen, die auf Grundlage eines Bescheides durchgeführt werden. Für Festnahmen auf Grund richterlicher Entscheidung enthält die Verfassung, wenn man von Art 6 und 13 EMRK absieht, keine ausdrücklichen Regelungen über die Ausgestaltung des –

naturgemäß richterlichen – Rechtsschutzes. Für Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt sieht Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde an den unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) vor.<sup>77</sup> Für Beschwerden gegen Festnahmen auf Grund von Bescheiden kann der UVS gemäß Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG vom einfachen Gesetzgeber fakultativ zuständig gemacht werden.<sup>78</sup> Gegen die Entscheidung des UVS kann gemäß Art 131 und 144 B-VG Beschwerde an den Verfassungs- und/oder den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, bei Beschwerden wegen behaupteter Verletzung des Grundrechtes auf persönliche Freiheit wohl grundsätzlich an den VfGH.

### **10.2. STPO-ALT**

Das Rechtsschutzregime im Rahmen des bisherigen Vorverfahrens ist ausgesprochen kompliziert ausgestaltet<sup>79</sup> und differenziert danach, ob für die Festnahme ein richterlicher Befehl vorliegt oder nicht.

Festnahmen auf Grund eines Haftbefehles (§ 176 StPO-alt) können mit Beschwerde an die Ratskammer (§§ 12, 113 StPO-alt) bekämpft werden. Die Erhebung einer solchen Beschwerde ist an keine Frist gebunden und unterliegt keinem weiteren ordentlichen Rechtsmittel (§ 113 Abs 4 StPO-neu).<sup>80</sup> Gegen Beschlüsse des Untersuchungsrichters im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft ist eine Beschwerde an das Oberlandesgericht vorgesehen<sup>81</sup>; in diesem Fall ist eine Beschwerde an die Ratskammer ausnahmsweise zulässig, wenn Verfahrensverzögerungen bekämpft werden, ansonsten jedoch generell ausgeschlossen.<sup>82</sup> Nach Erschöpfung des – im Bereich der Strafjustiz grundsätzlich zweigliedrigen – Instanzenzuges steht dem Betroffenen die Grundrechtsbeschwerde an den Obersten Gerichtshof zu (§ 1 Abs 1 GRBG).<sup>83</sup>

Der Rechtsschutz gegen Festnahmen ohne richterlichen Haftbefehl ist in der StPO-alt nicht geregelt. Da es sich jedoch um Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt handelt, die der jeweiligen Sicherheitsbehörde zuzurechnen sind, gelten die allgemeinen Regelungen des Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG und des § 67a Abs 1 Z 2 AVG. Auch die Anwendung des § 88 SPG, der eine *lex specialis* zu § 67a AVG darstellt, scheint begrifflich zulässig. Ein dritter Weg zum UVS ergibt sich aus dem Verweis des Art V EGVG auf die Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts, der auch den weiteren Verweis durch § 24 VStG auf § 67a AVG umfasst. Die Beschwerdefrist richtet sich in allen Fällen nach § 67c Abs 1 AVG und beträgt sechs Wochen. Für die obsiegende Partei ist ein Kostenersatz vorgesehen (§ 79a AVG iVm der UVS-Aufwandersatzverordnung 2003). Die Entscheidungen des UVS können mit Bescheidbeschwerde beim VfGH bzw VwGH bekämpft werden (Art 144 und 131 B-VG).

### 10.3. STPO-NEU

Im Rahmen der Reform des Vorverfahrens verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, den Rechtszug zu den UVS zu beseitigen.<sup>84</sup> Die StPO-neu schafft mit dem Einspruch wegen Rechtsverletzung ein einheitliches, justizielles Rechtsschutzsystem.<sup>85</sup> Festnahmen sind zwar immer der Sicherheitsbehörde zuzurechnen, es ist aber danach zu differenzieren, ob für die Festnahme eine gerichtliche Entscheidung (nunmehr: Bewilligung) vorliegt oder nicht.

Gegen die richterliche Bewilligung einer Festnahme kann binnen vierzehn Tagen Beschwerde an das Oberlandesgericht erhoben werden.<sup>86</sup> Gegen die Entscheidung des OLG steht die Grundrechtsbeschwerde an den OGH offen.<sup>87</sup>

Gegen Festnahmen ohne richterliche Bewilligung kann – unbefristet – Einspruch

wegen Rechtsverletzung an das Gericht erhoben werden.<sup>88</sup> Der Einspruch ist bei der Staatsanwaltschaft einzubringen, die zu prüfen hat, ob die behauptete Rechtsverletzung vorliegt. Ist der Einspruch berechtigt, hat sie diesem zu entsprechen; wenn sie dem Einspruch nicht entspricht oder der Einspruchswerber eine Entscheidung des Gerichts verlangt, hat die Staatsanwaltschaft den Einspruch dem Gericht vorzulegen (§ 106 Abs 3-5 StPO-neu). Kostenersatz ist nicht vorgesehen. Gegen die erstgerichtliche Entscheidung kann – wie im erstgenannten Fall – Beschwerde an das OLG und sodann Grundrechtsbeschwerde an den OGH erhoben werden.

### 10.4. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER RECHTSSCHUTZBESTIMMUNGEN

Die Gestaltung des Rechtsschutzes gegen Freiheitsentziehungen und andere polizeiliche Maßnahmen nach der StPO-alt ist uneinheitlich und unübersichtlich. Die StPO-alt regelt selbst nur den Rechtsschutz gegen richterliche Entscheidungen, während die Rechtsschutzbestimmungen gegen polizeiliche Maßnahmen ohne richterlichen Befehl im Verfassungs- und Verwaltungsrecht buchstäblich zusammengesucht werden müssen. Dies ist zwar aus systematischen Gründen unbefriedigend, begegnet aber keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

***Insbesondere ist keine juristisch präzise Abgrenzung zwischen kriminalpolizeilichen und sonstigen Maßnahmen erforderlich.***

Unterscheidungskriterium für die Wahl des Rechtsweges ist allein das Vorliegen eines richterlichen Befehles. Die Rechtsschutzbestimmungen nach der StPO-neu bewirken eine Vereinheitlichung des Rechtsschutzes gegen kriminalpolizeiliche

Maßnahmen. Auch wenn ursprünglich keine gerichtliche Bewilligung für eine Maßnahme vorliegt, ist der Rechtszug nunmehr einheitlich justiziell geprägt und führt über das Landesgericht und das OLG zum OGH.<sup>89</sup> Diese Systematik wirft aber einige Fragen auf.

Ennöckl<sup>90</sup> bemängelt, dass der Einspruch nach § 106 StPO-neu gegenüber der Maßnahmenbeschwerde einen abgeschwächten Rechtsschutz darstelle und verweist auf die nur noch fakultative mündliche Verhandlung sowie den Entfall der bisherigen, strengen Begründungspflicht nach § 58 Abs 2 AVG. Noch deutlicher Bertel, welcher meint, der Einspruch nach § 106 StPO-neu bedeute keinen Ausbau des Rechtsschutzes, er zielen lediglich auf die Beseitigung der Maßnahmenbeschwerde nach § 67a AVG ab; sie sei bisher eine für die Kriminalpolizei mitunter lästige Kontrolle gewesen.<sup>91</sup> Fuchs macht darauf aufmerksam, dass der Einspruch nicht geeignet sei, Ermessensentscheidungen zu überprüfen; mehr als eine Willkürüberprüfung stehe dem Gericht also nicht zu.<sup>92</sup>

Besonders schwer wiegen die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die neue Regelung. Gemäß Art 94 B-VG ist die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt. Das verbietet unter anderem wechselseitige Instanzenzüge zwischen den beiden Staatsgewalten. Der Einspruch nach § 106 StPO-neu richtet sich allerdings gegen eine Maßnahme der Kriminalpolizei, über die zuerst die Staatsanwaltschaft und in weiterer Folge das Gericht zu befinden hat. Die Regelung wäre aber dann zulässig, wenn sie Deckung in einer anderen verfassungsrechtlichen Norm findet. Eine solche Regelung könnte der Anklagegrundsatz (Art 90 Abs 2 B-VG) sein, der eine Staatsgewalten übergreifende Kooperation zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltung vorsieht. Der Meinungsstand zu dieser Frage ist unterschiedlich.<sup>93</sup>

Inwieweit die Verankerung der Staatsanwaltschaft in der Bundesverfassung und ihre Zuordnung zur Gerichtsbarkeit durch den mit 01.01.2008 in Kraft getretenen Art 90a B-VG eine Lösung des Problems darstellt, wird sich zeigen.

Davon abgesehen legt Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG aber unmissverständlich fest, dass Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt beim UVS bekämpfbar sind.

***Eine Abänderung dieses  
Prinzips durch ein einfaches  
Bundesgesetz wie die StPO ist  
nicht möglich.***

Lediglich für den Bereich des Grundrechtes auf persönliche Freiheit besteht in Art 6 Abs 1 PersFrG eine verfassungsrechtliche Sondernorm, nach der ein Rechtszug von der Verwaltung zur Gerichtsbarkeit ausnahmsweise zulässig ist. Abgesehen davon ist § 106 StPO-neu jedoch wegen Verletzung des Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG verfassungswidrig.

Die neue Regelung des Rechtsschutzes in § 106 StPO-neu bringt jedoch noch ein weiteres, bisher nicht existentes Problem mit sich, nämlich das der Abgrenzung zwischen kriminalpolizeilichen und sonstigen polizeilichen Maßnahmen. Das Vorgehen der Polizei außerhalb der StPO-neu (zB nach dem SPG zum Zwecke der Gefahrenabwehr) unterliegt weiterhin dem Rechtszug an den UVS. Nicht immer ist bei polizeilichem Einschreiten jedoch eine klare Trennung nach Rechtsmaterien möglich, zumal polizeiliche Amtshandlungen häufig doppelfunktional sind und sowohl der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung dienen. In einem solchen Fall würde es ausreichen, dass die Maßnahme zumindest in einer der in Frage kommenden Rechtsvorschriften eine Grundlage findet. In welcher Art, Weise und Reihen-

folge die angerufenen Rechtsschutzinstanzen jedoch zu entscheiden haben, ist aus heutiger Sicht alles andere als klar.<sup>94</sup>

### **10.5. EXKURS: FREIHEITSENTZIEHENDE MASSNAHMEN IM HAUPTVERFAHREN**

Mit der Einbringung der Anklage beginnt das Hauptverfahren. Damit ändern sich die Verhältnisse: Die Leitung des Hauptverfahrens obliegt dem Gericht, die Staatsanwaltschaft wird zur Beteiligten des Verfahrens (§ 210 Abs 2 StPO-neu). Die Festnahme des Beschuldigten ist im Hauptverfahren nicht von der Staatsanwaltschaft, sondern – wie schon nach der alten Rechtslage – auf Antrag der Staatsanwaltschaft vom Gericht anzuordnen (§ 210 Abs 3 StPO-neu). Das gilt auch für andere Zwangsmittel und Beweisaufnahmen, die im Ermittlungsverfahren einer Anordnung oder Genehmigung der Staatsanwaltschaft bedürfen. Ungeachtet ihrer Bezeichnung wird die gerichtliche Anordnung der Festnahme als Haftbefehl im Sinne von Art 4 Abs 1 PersFrG anzusehen sein. Eine solche Festnahme ist von der Kriminalpolizei – also von Organen der Sicherheitsbehörden – durchzuführen, jedoch dem Gericht zuzurechnen (Gerichtspolizei im engeren Sinn).

### **11. ZUSAMMENFASSUNG**

Die Strafprozessreform 2008 bringt eine weitgehende Kodifikation des im Vorverfahren (nunmehr: Ermittlungsverfahren) geltenden Rechts mit sich, womit Verweise in das Verwaltungsstrafrecht nicht mehr erforderlich scheinen. Sie lässt die Aufbauorganisation der Gerichte, der Staatsanwaltschaften und der Sicherheitsbehörden im Grundsätzlichen ebenso unverändert wie auch die grundsätzlichen Arbeitsbeziehungen dieser Behörden zueinander.<sup>95</sup>

Im Hinblick auf die Leitung des Ermittlungsverfahrens kommt es aber zu einer

deutlichen Machtverschiebung vom Gericht zur Staatsanwaltschaft, indem die Verfahrensherrschaft uneingeschränkt dem Staatsanwalt übertragen wird. Dieser erhält zusätzlich zur Anklagekompetenz auch eine Ermittlungskompetenz, womit vom bisherigen Grundsatz der Trennung dieser beiden Funktionen abgegangen wird. Zumindest teilweise dürfte der Gesetzgeber aber über das Ziel geschossen haben, indem er auch die bisher mit richterlichem Befehl anzuordnenden Maßnahmen weitgehend in die Ingerenz der Staatsanwaltschaft gegeben und die Kompetenz des Gerichtes – teilweise gegen die Verfassung – auf eine bloße Zustimmung (Bewilligung) reduziert hat. Die Kompetenz des Gerichtes wird im neuen Ermittlungsverfahren weitgehend auf die Rechtsschutzfunktion reduziert.

Die Sicherheitsbehörden werden – zumindest in formaler Hinsicht – gestärkt, indem ihnen künftig eine weit über den bisherigen § 24 StPO-alt hinaus gehende, eigenständige Ermittlungskompetenz zuerkannt wird. De facto handelt es sich dabei aber nur um eine Festschreibung des Status quo.<sup>96</sup> Beim Verhältnis zwischen der Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei, welches im Ergebnis weiterhin als Amtshilfeverhältnis (mit besonderer Vormachtstellung der Staatsanwaltschaft) identifiziert werden kann, zeigt sich, dass dieses Verhältnis nicht allein aus der StPO und nicht anhand einer Einzelfallbeziehung zwischen Staatsanwalt und Exekutivorgan abschließend beurteilt werden kann. Vielmehr müssen das BMJ und die staatsanwaltlichen Behörden in ihrer Gesamtheit in Beziehung zu den Sicherheitsbehörden (BM.I und nachgeordnete Behörden) und deren Organen gesetzt werden. Aus den Kooperationsverhältnissen zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörde ergibt sich, dass kriminalpolizeiliche Ermittlungsmaßnahmen, auch wenn sie von der Staatsanwaltschaft angeordnet

und vom Gericht bewilligt sind, künftig immer der Sicherheitsbehörde zuzurechnen sind.<sup>97</sup> Andererseits erfolgt der Rechtsschutz aber einheitlich im Wege der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Die vom Gesetzgeber gewählten Konstruktionen sind in verfassungsrechtlicher Hinsicht mehrfach beachtenswert. So wird eine bloße gerichtliche Bewilligung dort nicht ausreichend sein, wo die Bundesverfassung einen richterlichen Befehl verlangt.<sup>98</sup> Das Zusammenwirken zwischen Richter und Staatsanwalt bei der Bewilligung und Anordnung von Zwangsmaßnahmen stellt nun auf Grund des Art 90a B-VG eine Kooperation innerhalb der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit dar, die sowohl mit dem in Art 94 B-VG normierten Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung, als auch mit dem Anklageprinzip (Art 90 Abs 2 B-VG) vereinbar scheint. Dennoch ist die Konstruktion im Hinblick auf das Recht auf den gesetzlichen Richter problematisch, weil keine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten von Gericht und Staatsanwaltschaft vorgenom-

men wurde.<sup>99</sup> Ähnliche Bedenken bestehen für die Abgrenzung des Rechtsschutzes gegen polizeiliche Maßnahmen, die sich sowohl auf die StPO, als auch auf andere Rechtsvorschriften stützen können und damit sowohl einem Einspruch an das Gericht (§ 106 StPO-neu) als auch einer Maßnahmenbeschwerde an den UVS zugänglich sind. Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG sieht jedenfalls vor, dass Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor dem UVS zu bekämpfen sind. Dieser Zuständigkeitsvorbehalt kann von einem einfachen Bundesgesetz wie der StPO nicht geändert werden. Lediglich für den Bereich der polizeilichen Freiheitsentziehungen schafft Art 6 Abs 1 PersFrG die Möglichkeit, die Zuständigkeit eines (ordentlichen) Gerichtes vorzusehen.

Es wird also mit Spannung zu verfolgen sein, welche rechtlichen und praktischen Auswirkungen die Bestimmungen der StPO-neu über das Ermittlungsverfahren haben werden und wie sich die Judikatur dazu äußern wird.

<sup>1</sup> Mit 01.01.2008 sind folgende, für die Reform besonders bedeutende Rechtsvorschriften in Kraft getreten: das Strafprozessreformgesetz (BGBl I 2004/19, RV 1165 BlgNR 21. GP, neuerlich eingebracht als RV 25 BlgNR 22. GP), die Begleitgesetze I (BGBl I 2007/93) und II (BGBl I 2007/112), das Strafrechtsänderungsgesetz 2008 (BGBl I 2007/109) sowie eine Änderung der Durchführungsverordnung zum Staatsanwaltschaftsgesetz (BGBl II 2007/396).

<sup>2</sup> Moos, 1985, 53 ff; Moos, 2000, 1 ff; Schmoller, 2000, 73 ff; Funk, 2002, 200, hat die zuvor genannten Bereiche als „chronische (...) Problemzonen des Rechtsstaates mit einer hohen Anfalls-

dichte an Steuerungsdefiziten“ bezeichnet; grundsätzlich kritisch zu den möglichen praktischen Auswirkungen der Vorverfahrensreform Fuchs, 2006a, 137 ff, und Szymanski, 2006, 541 ff.

<sup>3</sup> BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2.

<sup>4</sup> Art 5 EMRK legt die Voraussetzungen für die Freiheitsentziehung ähnlich fest, kennt das Erfordernis eines Haftbefehles jedoch nicht.

<sup>5</sup> Siehe ähnliche Fallkonstellationen bei der Durchsuchung von Orten und Gegenständen (§ 120 Abs 1 StPO-neu, bei Gefahr im Verzug ohne Anordnung und Bewilligung) und bei der körperlichen Untersuchung (§ 123 Abs 3 StPO-neu, bei Gefahr im Verzug nur mit Anordnung der

Staatsanwaltschaft).

<sup>6</sup> Kritisch auch Fuchs, 2006a, 143 f.

<sup>7</sup> Siehe dazu insb §§ 5 Abs 5, 7 Abs 4 und 8 Abs 1 SPG sowie Hauer/Keplinger, 2005, Anm 7 zu § 5. Beigebug: Das Organ gehört direkt der Behörde an; es ist auf eine Planstelle der Behörde ernannt. Die Beigebug eines Wachkörpers zur Behörde bedeutet, dass der Wachkörper eine innere Gliederung dieser Behörde darstellt. Zuteilung: vorübergehende Zuweisung eines Organes zur Dienstleistung bei einer anderen Behörde (Dienststelle); vgl § 39 BDG 1979. Unterstellung: Das Organ ist nicht auf eine Planstelle der vorgesetzten Behörde (zB Bezirkshauptmannschaft) ernannt, sondern gehört zB einer – organisa-

torisch relativ selbständigen – nachgeordneten Polizeidienststelle an.

<sup>8</sup> Funk, 1996, 98 f.

<sup>9</sup> Dearing ua, 1995, 154 f; Funk, 1996, 95, 100 f; Diskussionsentwurf des BMJ zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, GZ 578.017/10-II/3/2001; RV zum StPRG, 25 BlgNR 22. GP, 14; Hauenschild, 2000, 194.

<sup>10</sup> Ausführlich dazu Moos, 2000, 42 f, 46 f.

<sup>11</sup> Markel, 2005, § 8 StPO, in WK zur StPO, 22, Rz 11.

<sup>12</sup> Lendl, 2005, § 26 StPO, in WK zur StPO, 3, Rz 1; VwSlg 15.242 A/1999.

<sup>13</sup> §§ 139 ff, 175 ff StPO-alt, vgl aber §§ 149b, 149c StPO-alt.

<sup>14</sup> Lendl, 2005, § 26 StPO, in WK zur StPO, 8, Rz 19 mwV.

<sup>15</sup> § 31 Abs 1 StPO-neu. Eine bezirksgerichtliche Zuständigkeit ist im Ermittlungsverfahren nicht mehr vorgesehen.

<sup>16</sup> Markel, 2005, § 8 StPO, in WK zur StPO, 22, Rz 11.

<sup>17</sup> Vgl dazu Schroll, 2004, § 36 StPO, in WK zur StPO, 52 ff, Rz 1–4.

<sup>18</sup> Ihm sind „die Hände gebunden“; vgl. Moos, 2000, 73.

<sup>19</sup> Pilnacek/Pleischl, 2005, 16, Rz 77 f; Moos, 2000, 103 f, 107.

<sup>20</sup> Bierlein/Strasser, 2003, 311; kritisch Fuchs, 2004, 231.

<sup>21</sup> Pilnacek/Pleischl, 2005, 84, Rz 417.

<sup>22</sup> Dazu ausführlich Fuchs/Zerbes, 2006, § 24 StPO, in WK zu StPO, insb 12 ff, Rz 41 ff.

<sup>23</sup> Insb Festnahme, Haus- und Personsdurchsuchung (§§ 139 ff und 175 ff StPO-alt).

<sup>24</sup> Siehe va §§ 26, 36 und 88 StPO-alt.

<sup>25</sup> Siehe zB Fuchs/Zerbes, 2006, § 24 StPO, in WK zu StPO, 6, Rz 6.

<sup>26</sup> Siehe dazu ausführlicher Kranewitter, 1990, 22 ff; Fuchs/Zerbes, 2006, § 24 StPO, in WK zu StPO, 15, Rz 59 ff.

<sup>27</sup> Moos, 2000, 4, 103 f, 107; Miklau, 2001, 300 f; RV zum StPRG, 127 f, 132.

<sup>28</sup> Analog § 5 Abs 2 BKA-G und § 1 Abs 1 Z 2 PolKG.

<sup>29</sup> Lepuschitz/Schindler, 2005, Anm zu §§ 2 (38 f), 7 (56), 8 (58 f) und 10 (68 ff).

<sup>30</sup> Siehe § 5 Abs 2 SPG; kritisch Szymanski, 2006, 545 ff.

<sup>31</sup> In diesem Sinne auch Pilnacek/Pleischl, 2005, 14, Rz 67; Hauer/Keplinger/Dudek, 2005, 15.

<sup>32</sup> Moos, 2000; Funk/Öhlinger, 2002.

<sup>33</sup> Vgl Art 78a B-VG und § 4 SPG.

<sup>34</sup> VfSlg 3237/1957; Öhlinger, 1992, 10; Lendl, 2005, § 26 StPO, in WK zu StPO, 8, Rz 20.

<sup>35</sup> Haft, Haus- und Personsdurchsuchung, Beschlagnahme (§§ 175 ff, 139 ff StPO-alt).

<sup>36</sup> VwSlg 15.242 A/1999; Öhlinger, 1992, 8 ff; Funk, 1987, 625; Lendl, 2005, § 26 StPO, in WK zu StPO, 8, Rz 19; Helm, in Eisenberger/Ennöckl/Helm, 2006, 129 f, 214 f.

<sup>37</sup> Vgl. dazu Jabloner, 1978, 533 ff; Kranewitter, 1990, 40 f.

<sup>38</sup> AA offenbar Hollaender, 2007, 48 f.

<sup>39</sup> Anders im Hauptverfahren; vgl dazu § 210 Abs 3 StPO-neu.

<sup>40</sup> Pilnacek/Pleischl, 2005, 84, Rz 417, 88, Rz 429; RV zum StPRG, 22.

<sup>41</sup> Analog die Ermächtigung der Sicherheitsbehörde durch den Rechtsschutzbeauftragten zur Setzung von Maßnahmen der erweiterten Gefahrenforschung (§ 91c Abs 3 SPG); Vogl/Weiss/Andre, 2006, 19. Siehe aber auch folgende Ausnahmefälle: § 101 Abs 2 StPO-neu (gerichtliche Beweisaufnahmen in sog glamourösen Fällen), § 105 Abs 2 StPO-neu (weitere Ermittlungen über Anordnung des Gerichtes vor der Entscheidung über die Bewilligung von Zwangsmitteln), § 153 Abs 3 StPO-neu (gerichtliche Anordnung der Vorführung des Beschuldigten zur sofortigen Vernehmung).

<sup>42</sup> Siehe auch § 9 DV-StAG in der bis 31.12.2007 geltenden Fassung.

<sup>43</sup> Für viele: SSt 3/33; VwSlg 15242 A/1999; Jabloner, 1978, 535 f; Thienel, 1986, 37 f;

Kranewitter, 1990, 41 ff; Schroll, 2004, § 36 StPO, in WK zur StPO, 52, Rz 1 ff; Funk/Öhlinger, 2002, 26; Hauer/Keplinger, 2005, 989, 1005; Pürstl/Zirnsack, 2005, SPG, § 3, Anm 4, 6 ff.

<sup>44</sup> Kranewitter, 1990, 41 f; Adamovich/Funk/Holzinger, 1998, 132 f, Rz 27.076, 247, Rz 34.011; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, 2007, 289, Rz 581; Raschauer, 2003, 122, Rz 424 ff, 283 f, Rz 1071.

<sup>45</sup> Die österreichische Rechtsordnung kennt keine „Staatsanwaltschaftspolizei“. Siehe dazu Szymanski, 2006, 541 ff.

<sup>46</sup> Jabloner, 1978, 536, leitet aus der Unzuständigkeit des Staatsanwaltes zur Durchführung von Ermittlungen die Unmöglichkeit ab, das Verhältnis als Amtshilfe zu deuten. Schroll, 2004, § 36 StPO, in WK zur StPO, 53, Rz 3 ff, meint, dass die Sicherheitsbehörde eine besondere, über eine bloße Amtshilfe hinaus gehende Mitwirkungspflicht treffe, bei der es sich um eine unbedingte Pflicht handle, den Anordnungen des Staatsanwaltes Folge zu leisten.

<sup>47</sup> Zu den Weisungsbeziehungen im Bereich der Sicherheitsexekutive siehe Schindler, 2003, 20 ff. Zur Organisation der Staatsanwaltschaften und zur Ausgestaltung des Weisungsrechts siehe das StAG, BGBl 1986/164 idF BGBl I 2007/112 (StPRBG II).

<sup>48</sup> Widersprüchlich Miklau, 2001, 309 ff, der einerseits von Kooperation zwischen zwei Behördenkomplexen, die unterschiedlichen ministeriellen Verantwortungsbereichen zugeordnet sind, spricht, andererseits jedoch von einer Weisungsbeziehung („Fachaufsicht“) zwischen Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörde ausgeht.

<sup>49</sup> Kranewitter, 1990, 42.

<sup>50</sup> OGH 13 Os 135/98 vom 11.11.1998.

<sup>51</sup> Pilnacek/Pleischl, 2005, 14, Rz 57, und 16, Rz 77; vgl aber Art III des Sozialbeitragsgesetzes, BGBl I 2004/152 idF BGBl I 2007/112 (StPRBG II).

<sup>52</sup> Widersprüchlich Hauer/Keplinger/Dudek, 2005, 30, 69, die einerseits davon

ausgehen, dass die Organisationsstrukturen der Sicherheitsbehörden unberührt bleiben und die üblichen fachlichen Weisungszusammenhänge auch bei Besorgung der Kriminalpolizei zu beachten seien, andererseits aber meinen, dem Staatsanwalt komme eine fachliche Weisungsbefugnis gegenüber der Kriminalpolizei zu.

<sup>53</sup> Diese Funktion wurde dem Staatsanwalt nunmehr sogar von verfassungswegen zuerkannt (Art 90a B-VG idF BGBl I 2008/2).

<sup>54</sup> Fuchs, 2004, 231 f; widersprüchlich Pilnacek/Pleischl, 2005, 85, Rz 418, 15, Rz 72, und 86, Rz 422. Die österreichische Rechtsordnung kennt keine Unterteilung in Auftrags- und Vollzugsverantwortung; Hauenschild, 2000, 188 f.

<sup>55</sup> Pilnacek/Pleischl, 2005, 88, Rz 429.

<sup>56</sup> §§ 35 und 86 StPO-neu.

<sup>57</sup> Vgl Vogl/Weiss/Andre, 2006, 19, zur Bewilligung von Maßnahmen der erweiterten Gefahrenforschung durch den Rechtsschutzbeauftragten (§ 91c Abs 3 SPG).

<sup>58</sup> Siehe aber auch § 101 Abs 3 StPO-neu.

<sup>59</sup> Vgl die davon abweichenden Regelungen für die Hausdurchsuchung und die körperliche Untersuchung in §§ 122 Abs 3 und 123 Abs 3 StPO-neu.

<sup>60</sup> Hauenschild, 2000, 194.

<sup>61</sup> Pilnacek/Pleischl, 2005, 84, Rz 417.

<sup>62</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, 2007, 295 Rz 588; Raschauer, 2003, 135 f, Rz 468 ff; VfSlg 17.137/2004, VfGH G 138/05 vom 11.10.2006.

<sup>63</sup> Vgl §§ 35 und 86 StPO-neu.

<sup>64</sup> Der bisherige Verweis auf das VStG wurde durch Aufhebung des Art V EGVG mit 31.12.2007 beseitigt (BGBl I 2005/100, Art 9 Z 7).

<sup>65</sup> BGBl I 2008/2.

<sup>66</sup> VfSlg 9458/1982, 11.113/1986, 12.800/1991.

<sup>67</sup> Anders jedoch § 122 Abs 3 StPO-neu.

<sup>68</sup> RV zum StPRG, 14 f, 22, 135 f und 220.

<sup>69</sup> Walter/Zeleny, 2001, 876 ff.

<sup>70</sup> Walter/Zeleny, 2001, 878, 880; aA

Hauenschild, 2000, 186 ff.

<sup>71</sup> Funk/Öhlinger, 2002, 31 ff.

<sup>72</sup> AA RV zum StPRG, 134 ff.

<sup>73</sup> Kritisch zur Aufgabenteilung zwischen Richter und Staatsanwalt aus praktischer Sicht Venier, 2006, 610.

<sup>74</sup> Funk/Öhlinger, 2002, 59 f; RV zum StPRG, 17.

<sup>75</sup> Analog dazu Art 5 Abs 4 EMRK.

<sup>76</sup> Eisenberger, in Eisenberger/Ennöckl/Helm, 2006, 30 ff, mwV.

<sup>77</sup> Einfachgesetzlich geregelt in § 67a Abs 1 Z 2 AVG und § 88 SPG.

<sup>78</sup> Dies ist zB für den Bereich der Schubhaft (§ 82 Abs 1 FPG 2005) geschehen.

<sup>79</sup> Siehe insb Tipold, 2004, §§ 113–115 StPO, in WK zur StPO, Vorbemerkungen.

<sup>80</sup> Tipold, 2004, § 113 StPO, in WK zur StPO, 12, Rz 1.

<sup>81</sup> §§ 179 Abs 5, 182 Abs 4, 190 Abs 2 und 193 Abs 6 iVm 114 StPO-alt; Beschwerdefrist je nach Anlassfall 14 oder drei Tage.

<sup>82</sup> Markel, 2005, § 15 StPO, in WK zur StPO, 36, Rz 1, 4; Tipold, 2004, §§ 113–115 StPO, in WK zur StPO, Vorbemerkungen, 15, Rz 12 f.

<sup>83</sup> Dazu näher Hollaender, 2007, 62 ff.

<sup>84</sup> Diskussionsentwurf des BMJ, GZ 578.017/10-II.3/2001; RV zum StPRG, 143.

<sup>85</sup> Pilnacek/Pleischl, 2005, 88 Rz 431.

<sup>86</sup> §§ 33 Abs 1 Z 1, 87 Abs 1, 88 Abs 1 und 2 StPO-neu.

<sup>87</sup> § 34 Abs 1 Z 3 StPO-neu, § 1 Abs 1 GRBG.

<sup>88</sup> §§ 31 Abs 1 Z 3, 106 Abs 1 und 2 StPO-neu (§ 106 Abs 2 geändert durch BGBl I 2007/93).

<sup>89</sup> Öhlinger, 1992, 14 ff, tritt für einen einheitlichen strafgerichtlichen Rechtsschutz gegen kriminalpolizeiliche Maßnahmen ein, allerdings unter der nachprüfenden Kontrolle durch den VfGH.

<sup>90</sup> Ennöckl, in Eisenberger/Ennöckl/Helm, 2006, 61 f.

<sup>91</sup> Bertel, 2004, 239.

<sup>92</sup> Fuchs, 2006b, 132.

<sup>93</sup> Siehe dazu Ennöckl, in Eisenberger/

Ennöckl/Helm, 2006, 61 f, mwV; Funk/Öhlinger, 2002, 32, 54 ff, sehen Art 90 Abs 2 B-VG als *lex specialis* zu Art 94 B-VG und erachten die Konstruktion für verfassungskonform.

<sup>94</sup> Fuchs, 2006b, 132 ff.

<sup>95</sup> Wenn man von der Abschaffung der Ratskammer absieht.

<sup>96</sup> Bedenken bestehen jedoch zur Gefahr einer weitgehenden Verselbständigung des Wachkörpers „Bundespolizei“ gegenüber den Sicherheitsbehörden; siehe dazu Fuchs, 2006a, 145 ff; Szymanski, 2006, 541 ff.

<sup>97</sup> Ausgenommen gerichtlich angeordnete Maßnahmen (vgl etwa §§ 101 Abs 2, 105 Abs 2 und 153 Abs 3 StPO-neu).

<sup>98</sup> Art 4 Abs 1 PersFrG, § 1 HausRG, Art 10 und 10a StGG.

<sup>99</sup> Dazu insb Walter/Zeleny, 2001, 878.

#### Quellenangaben

Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd II, Staatliche Organisation, Wien/New York (1998).

Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher (Hrsg), Verfassung in Zeiten des Wandels, Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Schäffer, Wien (2002).

C. Bertel, Auf dem Weg zum Polizeistaat: Das StrafprozessreformG, in Grafl/Medigovic (Hrsg), FS Burgstaller (2004), 239 ff.

Bierlein/Strasser, Zur Zukunft des Staatsanwaltes, in W. Pilgermayr (Hrsg), FS Steininger (2003), 311.

Brenner/Dearing/Fehervary, Kriminalpolizei und Strafprozessreform. Konzept der Arbeitsgruppe StPO-Reform des BM.I zu einem sicherheitsbehördlichen Ermittlungsverfahren, Juristische Schriftenreihe 1995, Bd 84, Wien (1995).

Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde, Wien (2006).

H. Fuchs, Der Staatsanwalt im neuen österreichischen Strafprozess, in B. Geller (Hrsg), FS Kalman Györgyi (2004), 227 ff.

- H. Fuchs, *Vom Miklau-Szymanski-Modell zum Strafprozessreformgesetz – was blieb von der Grundidee?*, in Moos/Jesionek/Müller (Hrsg), *FS Miklau* (2006a), 137 ff.
- H. Fuchs, *Strafprozessreform und Rechtsschutz II*, in Bundesministerium für Inneres (Hrsg), *Verfassung – Reform – Rechtsschutz*, Wien/Graz (2006b), 129 ff.
- Fuchs/Zerbes, § 24 StPO, in *WK zur StPO*, 52. Lfg, Wien (2006).
- B.-C. Funk, *Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“*, *ZfVB* 1987/6, 620 ff.
- B.-C. Funk, *Der unvollendete Rechtsstaat, Steuerungsmängel in den Bereichen der Sicherheitspolizei, des Militärbefugnisrechts und des strafrechtlichen Vorverfahrens*, in Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher (Hrsg), *Verfassung in Zeiten des Wandels*, Wien (2002), 199 ff.
- B.-C. Funk, *Zur Reform des strafrechtlichen Vorverfahrens: Verfassungsrechtliche Aspekte und Beziehungen zum Sicherheitspolizeirecht*, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), *Entwicklungslinien im Straf- und Strafprozessrecht*, (1996), 81 ff.
- Funk/Öhlinger, *Verfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfes eines Strafprozessreformgesetzes (Neugestaltung des Vorverfahrens)*, *Rechtsgutachten*, Wien (2002).
- B. Gellèr (Hrsg), *FS für Kalman Györgyi*, Budapest (2004).
- Grafl/Medigovic (Hrsg), *FS für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, Wien/Graz (2004).
- H. Hauenschild, *Das Zusammenwirken der Strafverfolgungsbehörden – verfassungsrechtliche Fragen zum Entwurf der Strafprozessreform*, *RZ* 2000, 186 ff.
- Hauer/Keplinger, *Sicherheitspolizeigesetz*, 3. Auflage, Wien (2005).
- Hauer/Keplinger/Dudek, *Strafprozessordnung idF 2008 für Exekutivorgane, prolibris*, Engerwitzdorf (2005).
- A. E. Hollaender, *Haftrecht, Handbuch der strafgerichtlichen Verwahrungs- und Untersuchungshaft*, Wien (2007).
- C. Jabloner, *Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Straffjustiz*, *ÖJZ* 1978/20, 533 ff.
- Juristenkommission, *Österreichische (Hrsg), Rechtsstaat – Freiheit und Sicherheit, Tagung der Österr. Juristenkommission vom 13.–15.05.1999 in Weißenbach am Attersee, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat*, Bd 15, Wien (2000), 73 ff.
- I. Kranewitter, *Die Sicherheitsbehörden im Dienst der Straffjustiz*, Wien (1990).
- F. Lendl, §§ 26–28 StPO, in *WK zur StPO*, 44. Lfg, Wien (2005).
- Lepuschitz/Schindler, *Das österreichische Sicherheitspolizeigesetz*, 4. Auflage, Wien (2005).
- E. Markel, §§ 8–23 StPO, in *WK zur StPO*, 37. Lfg, Wien (2005).
- R. Miklau, *Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörde*, in W. Pilgermayr (Hrsg), *Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert*, Wien (2001), 297 ff.
- R. Moos, *Grundstrukturen einer neuen Strafprozessordnung*, *Verhandlungen des 9. Österr. Juristentages*, Bd II/3, Wien, (1985), 53 ff.
- R. Moos, *Polizei und Strafprozess*, *Gutachten*, in *Verhandlungen des 14. Österr. Juristentages*, Bd IV/1, Wien (2000), 1 ff.
- Moos/Jesionek/Müller (Hrsg), *Strafprozessrecht im Wandel*, *FS für Roland Miklau zum 65. Geburtstag*, Innsbruck/Wien/Bozen (2006).
- T. Öhlinger, *Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörden im Lichte der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Trennung von Justiz und Verwaltung und des Anklageprozesses*, *Impulsreferat vom 16.03.1992*, unveröffentlichtes Manuskript.
- Pilnacek/Pleischl, *Das neue Vorverfahren*, *Leitfaden zum Strafprozessreformgesetz*, Wien (2005).
- Pürstl/Zirnsack, *Sicherheitspolizeigesetz*, *Große Gesetzesausgabe*, Wien (2005).
- B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Aufl, Wien/New York (2003).
- T. Schindler, *Problembereich Dienst- und Fachaufsicht in der Sicherheitsexekutive*, *Sicherheit & Recht* 2003/2, 20 ff.
- K. Schmoller, *Grundstrukturen eines künftigen strafprozessualen Vorverfahrens – Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Justizministeriums*, in *Österr. Juristenkommission (Hrsg), Rechtsstaat – Freiheit und Sicherheit*, Wien (2000), 73 ff.
- H.-V. Schroll, §§ 29–37 StPO, in *WK zur StPO*, 29. Lfg, Wien (2004).
- W. Szymanski, *Die Polizeireform als Wegbereiterin einer „Staatsanwaltschaftspolizei“*, in Moos/Jesionek/Müller (Hrsg), *FS Miklau*, (2006), 541 ff.
- R. Thienel, *Die Aufgaben der Bundesgendarmerie*, Wien (1986).
- A. Tipold, §§ 113–115 StPO, in *WK zur StPO*, 31. Lfg, Wien (2004).
- A. Venier, *Strafprozessreform und Haftrecht*, in Moos/Jesionek/Müller (Hrsg), *FS Miklau*, 2006, 609 ff.
- Vogl/Weiss/Andre, *Die SPG-Novelle 2006*, *SIK-Journal* 2006/2, 8 ff.
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, *Bundesverfassungsrecht*, 10. Auflage, Wien (2007).
- Walter/Zeleny, *Über einige verfassungsrechtliche Probleme im Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes*, *ÖJZ* 2001, 876 ff.

**Weiterführende Literatur und Links**

- Bundesministerium für Inneres (Hrsg), *Verfassung – Reform – Rechtsschutz*, 3. Rechtsschutztag des BMI, 14.11.2005, Wien/Graz (2006).
- Bundesministerium für Justiz (Hrsg), *Entwicklungslinien im Straf- und Strafprozessrecht*, *Schriftenreihe*, Bd 82, 1996, 81 ff.
- Fuchs/Ratz (Hrsg), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Wien (2002).
- W. Pilgermayr (Hrsg), *Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert, Aufgaben – Positionen – Perspektiven*, Wien (2001).
- W. Pilgermayr (Hrsg), *FS für Herbert Steininger zum 70. Geburtstag*, Wien (2003), 311.