

# **Diplomarbeit**

zur Erlangung des Grades eines Magisters der  
Rechtswissenschaften an der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl- Franzens-  
Universität Graz

## **Zur Objektivität und Befangenheit des Staatsanwalts**

Vorgelegt von:

Riccardo Reiterer

Eingereicht bei:

LStA Univ.-Prof. Dr. Thomas Mühlbacher

Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

Graz, April 2015

## **Ehrenwörtliche Erklärung**

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Datum

Unterschrift

## **Gender Erklärung**

Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Diplomarbeit auf eine genderspezifische Schreibweise verzichtet.

Soweit personenbezogene Bezeichnungen nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sich diese in gleicher Weise auf beide Geschlechter.

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	VI
<b>1. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Begriffsbestimmungen.....</b>	<b>3</b>
2.1 Allgemeines.....	3
2.2 Objektivität und Wahrheitsforschung.....	3
2.3 Befangenheit.....	5
2.4 Ausgeschlossenheit.....	7
2.5 Der „Fair Trial“ Grundsatz .....	7
2.5.1 Fair Trial und dessen Anwendungsbereich im Strafrecht .....	7
2.5.2 Verfahrensrechtliche Garantien .....	9
<b>3. Kurze Betrachtung der Regelung vor 2008 .....</b>	<b>19</b>
3.1 Der Fall „Mekis“ .....	19
3.2 Ausgeschlossenheit und Befangenheit vor 2008.....	20
3.3 Warum wurden die Befangenheitsgründe aufgenommen?.....	23
<b>4. Woraus ergibt sich ein Mitwirkungsverbot? .....</b>	<b>25</b>
4.1 § 47 Abs 1 StPO .....	25
4.1.1 Der Angehörigenbegriff.....	26
4.1.2 Tätigkeit in anderer Verfahrensrolle.....	28
4.1.3 Andere Gründe .....	29
4.1.4 Gefahr im Verzug.....	31
4.2 Objektivitätsgebot des Staatsanwalts .....	32
4.2.1 Ermittlungsverfahren.....	32
4.2.2 Hauptverfahren .....	34
4.2.3 Conclusio .....	35
4.3 Fair Trial.....	35
4.4 § 3 StAG.....	37
4.5 Exkurs: Verletzung des Objektivitätsgebots durch Verfahrensgarantien.....	38
<b>5. Vorgehensweise bei Verletzung der Objektivität.....</b>	<b>43</b>
5.1 Selbstanzeige des Staatsanwalts gemäß § 47 StPO .....	43
5.1.1 Staatsanwaltliche Vertretungsregelung gemäß § 5 Abs 2 DV-StAG .....	43
5.2 Ablehnungsantrag .....	44
5.3 Aufsichtsbeschwerde.....	46
5.4 Einspruch wegen Rechtsverletzung .....	48
5.5 Delegation eines Strafverfahrens .....	50
5.5.1 Übertragung gemäß § 28 StPO .....	50
5.5.2 Delegation gemäß § 39 StPO.....	53
<b>6. Litigation PR.....</b>	<b>55</b>
6.1 Immofinanz Prozess .....	59
6.2 Bawag Prozess .....	60
<b>7. Konsequenzen einer Befangenheit.....</b>	<b>63</b>
7.1 Urteil.....	63
7.2 Staatsanwalt.....	64
7.2.1 Dienstrechtliche Konsequenzen .....	64
7.2.2 Strafrechtliche Konsequenzen.....	65
<b>8. Befangenheitsvermeidende Regelungen in der Praxis.....</b>	<b>66</b>
<b>9. Sollte bei Entscheidungen über Befangenheit sensibler entschieden werden? Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland.....</b>	<b>67</b>
<b>10. Resümee.....</b>	<b>71</b>

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>IX</b>
<b>Judikaturverzeichnis .....</b>	<b>XIII</b>
<b>Internetquellen .....</b>	<b>XIV</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AGGVGLSA	Ausführungsgesetz des Landes Sachsen Anhalt zum Gerichtsverfassungsgesetz
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
Ausf	ausführlich
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 BGBl 1991/51
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 BGBl 1979/333
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMI	Bundesministerium für Inneres
BMJ	Bundesministerium für Justiz
Bs	Gattungszeichen Oberlandesgerichte (Rechtsmittel in Strafsachen)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
BWAGGVG	Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz Baden-Württemberg
dBGBI	deutsches Bundesgesetzblatt
Diss Univ	Dissertation Universität
dStPO	Strafprozessordnung (Deutschland) dBGBI I 1987/1074
DV-StAG	Verordnung zur Durchführung des Staatsanwaltschaftsgesetzes BGBl 1986/338
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl I 1958/210
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EvBI	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der/die folgende
ff	und der/die folgenden
FN	Fußnote

GP	a.) Generalprokuratur b.) Gesetzesperiode
Gw	Gattungszeichen der Generalprokuratur (Wahrungsbeschwerden nach § 23 StPO)
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iVm	in Verbindung mit
JAB	Justizausschussbericht
JBL	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
JMZ	Aktenzeichen des Bundesministeriums für Justiz
Jud	Judikatur
leg cit	legis citatae
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
mMn	meiner Meinung nach
mwN	mit weiteren Nachweisen
NdsAGGVG	Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
NL	Newsletter Menschenrechte
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Deutschland)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Jahr/Nummer)
OLG	Oberlandesgericht
Os	Gattungszeichen des Obersten Gerichtshofes (Strafsachen)
OStA	Oberstaatsanwaltschaft
RAO	Rechtsanwaltsordnung RGBI 1868/96
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RStDG	Richter-und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz BGBl 1961/305
Rz	Randzahl
S	Satz

SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten, veröffentlicht durch seine Mitglieder unter Mitwirkung der Generalprokuratur
StA	Staatsanwaltschaft
StAG	Staatsanwaltschaftsgesetz BGBl 1986/164
StGB	Strafgesetzbuch BGBl 1974/60
StPO	Strafprozessordnung BGBl 1975/631
ua	unter anderem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WK-StPO	Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung
Z	Ziffer
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
zust	zustimmend



# 1. Einleitung

Die Strafprozessreform 2004<sup>1</sup>, welche am 01.01.2008 in Kraft trat, veränderte die Stellung der österreichischen Staatsanwälte tiefgreifend. Diese sogenannte „Jahrhundertreform“ übertrug den Staatsanwaltschaften die Leitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren und somit die „Herrschaft“ über diesen Verfahrensabschnitt. Vor dem Inkrafttreten der Strafprozessreform war im sogenannten gerichtlichen Vorverfahren ein Untersuchungsrichter tätig. Kritikpunkt an der Reform war, und ist zum Teil nach wie vor, dass die Objektivität der Richter verfassungsrechtlich im Bundesverfassungsgesetz<sup>2</sup> verankert ist, die der Staatsanwälte hingegen nicht.

Diese Arbeit beschäftigt sich somit mit der Frage, ob durch die Strafprozessreform eine Verschlechterung insofern eingetreten ist, dass im Vergleich zur Situation vor der Änderung kein objektives Ermittlungsverfahren gewährleistet ist.

Eingeleitet wird diese Arbeit durch eine kurze Einführung in Begriffe aus dem Strafprozessrecht, um ein besseres Verständnis für den vorliegenden Text zu erreichen. In diesem Kapitel soll in erster Linie geklärt werden, was der Begriff „Objektivität“ bedeutet und wie dieser mit der „Befangenheit“ zusammenhängt. Insbesondere wird das Recht auf ein „Fair Trial“ in Hinsicht auf das Strafrecht analysiert.

Anschließend wird die gesetzliche Regelung vor dem Inkrafttreten der Jahrhundertreform in wesentlichen Teilen erläutert. Veranschaulicht werden die mittlerweile obsoleten Gesetze hinsichtlich Befangenheit und Delegation anhand eines interessanten Rechtsfalles.

Die zentralen Kapitel dieser Arbeit beschäftigen sich mit den Fragestellungen, woraus sich ein Mitwirkungsverbot für einen Staatsanwalt im Strafverfahren ergibt und wie dieses gegebenenfalls geltend gemacht wird. Außerdem soll geklärt werden, welche Personen legitimiert sind, ein Mitwirkungsverbot auf welche Art und Weise geltend zu machen.

---

<sup>1</sup> BGBl I 2004/19.

<sup>2</sup> Vgl Art 87 Abs 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 idF BGBl I 2014/102.

Im Anschluss daran wird erörtert, welche Konsequenzen die Teilnahme eines befangenen Staatsanwalts an einem Strafverfahren nach sich ziehen.

Ein weiteres Kapitel beschäftigt sich mit der heutzutage üblichen Vorgehensweise der Litigation PR. Zunächst wird erklärt, worum es sich dabei handelt, warum es in der heutigen Gesellschaft wichtig ist und welche Probleme es verursacht. Veranschaulicht wird die Theorie anhand bekannter österreichischer Rechtsfälle.<sup>3</sup>

Abschließend wird in einem kurzen Abschnitt ein Rechtsvergleich mit Deutschland hergestellt, der sich mit der gesetzlichen Regelung der Objektivität und Befangenheit von Staatsanwälten in Deutschland beschäftigt.

---

<sup>3</sup> Siehe dazu Kapitel 6.

## 2. Begriffsbestimmungen

### 2.1 Allgemeines

In diesem Kapitel werden Begriffe aus dem österreichischen Strafprozessrecht erörtert, die für diese Arbeit von grundlegender Bedeutung sind. Ebenso wird in dieser Arbeit ein Zusammenhang zwischen den wiederkehrenden Begriffen und der Objektivitätspflicht aufgezeigt. Aus diesem Grund zeugt es von Relevanz, diese Begriffe zuvor zu erläutern und aufzuzeigen, wie sie im Zusammenhang stehen. Auch sei an dieser Stelle erwähnt, dass jedes dieser Prinzipien den österreichischen Strafprozess prägt und zudem unersetzlich für ein rechtsstaatliches Verfahren ist.

### 2.2 Objektivität und Wahrheitsforschung

Die Verpflichtung zur Objektivität ergibt sich für Gerichtsorgane, insbesondere für Staatsanwälte, aus § 3 Abs 2 StPO. Demnach müssen Staatsanwälte ihre Tätigkeit als öffentliche Ankläger unparteilich und unvoreingenommen wahrnehmen sowie jeglichen Anschein der Befangenheit vermeiden.<sup>4</sup>

Ferner verpflichtet das Objektivitätsgebot den Staatsanwalt als öffentlichen Ankläger dazu, sämtliche belastende und entlastende Beweise mit gleicher Sorgfalt zu ermitteln und dem Gericht vorzulegen.<sup>5</sup> Dieser Grundsatz der Objektivität ist sowohl einfachgesetzlich (§ 3 StPO) als auch verfassungsgesetzlich (Art 6 Abs 1 EMRK) verankert und garantiert dem Beschuldigten<sup>6</sup> ein subjektives Recht auf Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen der StPO, die zur vollständigen und objektiven Aufklärung des Sachverhalts dienen.<sup>7</sup>

Mit der Strafprozessreform wurde der § 3 StPO erweitert und mit der Verpflichtung zur Wahrheitsforschung ergänzt.<sup>8</sup> Der Grund dahinter war, dass dem

---

<sup>4</sup> *Schmoller* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012) § 3 Rz 17.

<sup>5</sup> § 3 Abs 2 StPO.

<sup>6</sup> In Fällen, in denen sowohl die Bezeichnung Beschuldigter als auch Angeklagter verwendet werden kann, wird aufgrund der leichteren Lesbarkeit nur der Begriff Beschuldigter verwendet.

<sup>7</sup> OLG Wien 16.5.2012, 22 Bs 176/ 12m.

<sup>8</sup> § 3 StPO idF BGBl 1975/631.

Untersuchungsgrundsatz, der im Strafverfahren herrscht, neben dem Objektivitätsgrundsatz mehr Ausdruck verliehen werden sollte.<sup>9</sup> Dieses „Prinzip der materiellen Wahrheit“<sup>10</sup> ist im § 3 Abs 1 StPO normiert und verpflichtet Staatsanwälte zur Ermittlung eines Sachverhalts, der der Wahrheit entspricht. Um den wahren Sachverhalt zu erforschen, muss dieser alle Tatsachen und Umstände aufklären, „die für die Beurteilung der Tat und des Beschuldigten von Bedeutung sind“<sup>11</sup>. Aus diesem Grund muss der Staatsanwalt von Amts wegen tätig werden und Ermittlungen anstellen, die zur Wahrheitsfindung notwendig sind, unabhängig davon, ob von den betroffenen Parteien etwas vorgebracht wurde.<sup>12</sup> Sofern Ermittlungen zur Aufklärung beitragen könnten, sind Staatsanwälte verpflichtet diese anzustellen.<sup>13</sup> Es soll damit das Risiko eines Fehlurteils so gering wie möglich gehalten werden.<sup>14</sup> Aus dem Untersuchungsgrundsatz ergibt sich weiters, dass Parteien kein Recht auf freie Disposition über das Verfahren haben.<sup>15</sup> Damit ist unter anderem gemeint, dass ein Opfer eine eingebrachte Klage grundsätzlich nicht mehr zurückziehen kann nur um den Beschuldigten zu schützen.

Anders verhält es sich in einem Zivilprozess. Dort herrscht der Dispositionsgrundsatz, was bedeutet, dass Verfahrensparteien eine Klage grundsätzlich zu jeder Zeit zurückziehen und damit aktiv auf das Verfahren einwirken können.<sup>16</sup> Durch die Verwendung des Begriffs der „Wahrheitsforschung“ in der StPO wird klargestellt, dass im Strafverfahren der Untersuchungsgrundsatz herrscht.<sup>17</sup>

*Birklbauer* fasst die beiden Begriffe „Objektivität“ und „Wahrheitsforschung“ zusammen und bezeichnet diese gemeinsam als Instruktionsprinzip.<sup>18</sup> Dazu führt er erklärend aus, dass Richter im Hauptverfahren die Position als Verhandlungsleiter, Untersucher und Urteiler einnehmen und die übrigen

---

<sup>9</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 3 Rz 2.

<sup>10</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> (2014) § 3 Rz 1.

<sup>11</sup> § 3 Abs 1 StPO.

<sup>12</sup> Vgl § 2 Abs 1 StPO.

<sup>13</sup> Vgl *Bertel* in *Bertel/Venier*, Kommentar zur StPO (2012) § 3 Rz 1.

<sup>14</sup> Vgl *Bertel* in Kommentar zur StPO § 3 Rz 1.

<sup>15</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 3 Rz 1.

<sup>16</sup> *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>8</sup> (2010) Rz 401 f.

<sup>17</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 3 Rz 2.

<sup>18</sup> Vgl *Birklbauer*, Strafprozessrecht - Eine Einführung für das Grundstudium (2012) 41.

Verfahrensbeteiligten durch das Verfahren führen.<sup>19</sup> Das Instruktionsprinzip folgt dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung.<sup>20</sup> Demnach hat das Gericht nach freier Überzeugung, jedoch nach sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung der vorliegenden Beweismittel und Tatsachen zu entscheiden.<sup>21</sup> Infolgedessen kann ein Geständnis in einem Strafverfahren nicht ohne weiteres zu einer Verurteilung des Geständigen führen, da das Gericht durch den Grundsatz der materiellen Wahrheit verpflichtet ist, diese durch Beweismittel zu überprüfen und gegebenenfalls zu bestätigen.<sup>22</sup> Auf der Suche nach der materiellen Wahrheit bilden die gesetzlichen Beweisverbote als Einschränkung die Grenze.<sup>23</sup> Ein unter Anwendung von Folter gewonnenes Geständnis darf zum Beispiel niemals als Beweis verwendet werden.<sup>24</sup> Ausdrücklich als zulässig normiert wurde mit der Strafprozessreform hingegen die Beweisgewinnung aus der „Observation“ gemäß § 130 StPO, aus der „Verdeckten Ermittlung“ gemäß § 131 StPO und aus einem „Scheingeschäft“ gemäß § 132 StPO.<sup>25</sup>

Zusammenfassend kann an dieser Stelle angemerkt werden, dass die Einhaltung der Objektivität größte Wichtigkeit besitzt. Die materielle Wahrheit kann nur dann erreicht werden, wenn im gesamten Verfahren durchwegs objektiv ermittelt und entschieden wurde.<sup>26</sup> Anders ausgedrückt hindert jede Voreingenommenheit beziehungsweise Parteilichkeit das Finden der materiellen Wahrheit.<sup>27</sup>

## 2.3 Befangenheit

Befangenheit bedeutet per definitionem, dass eine unparteiische Entschließung aufgrund unsachlicher psychologischer Motive nicht möglich ist.<sup>28</sup> Unsachliche psychologische Motive werden dann angenommen, wenn ein Befangenheitsgrund des § 47 Abs 1 StPO oder ein anderer Grund im Sinne des § 47 Abs 1 Z 3 StPO vorliegt und damit an einer vollkommenen Unvoreingenommenheit eines

---

<sup>19</sup> Vgl *Birkbauer*, Strafprozessrecht 41.

<sup>20</sup> *Birkbauer*, Strafprozessrecht 41.

<sup>21</sup> Vgl §§ 14 StPO und 258 Abs 2 StPO.

<sup>22</sup> *Kroschl* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013) § 3 Rz 3.

<sup>23</sup> *Kroschl*, Praktikerkommentar StPO § 3 Rz 9.

<sup>24</sup> § 166 Abs 1 Z 1 StPO.

<sup>25</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 179 (184).

<sup>26</sup> *Schmoller* in *WK-StPO* § 3 Rz 4.

<sup>27</sup> Vgl *Schmoller* in *WK-StPO* § 3 Rz 4.

<sup>28</sup> VwSlg 6772 A/1965; OGH 08.08.2007, 15 Os 54/16i; EvBl 1988, 153.

Staatsanwalts Zweifel entstehen lassen würden.<sup>29</sup> Ausschlaggebend sind nicht nur innere Umstände, die das Organ betreffen, sondern auch ob der Anschein nach außen hin den Eindruck von Voreingenommenheit vermittelt.<sup>30</sup> Schon die Beilage zur Regierungsvorlage<sup>31</sup> spricht in diesem Zusammenhang vom englischen Rechtssprichwort „Justice must not only be done, it must also be seen to be done“.<sup>32</sup>

Anders als im Verwaltungsrecht wird im Strafrecht jedoch hinsichtlich der Befangenheit von Staatsanwälten nicht zwischen absoluter und relativer Befangenheit unterschieden.<sup>33</sup>

Primär dient die Normierung der Befangenheit dazu, die Objektivität des Staatsanwalts im Ermittlungsverfahren sicherzustellen.<sup>34</sup> Dies erfüllt den Zweck, dass eine einseitige Ermittlungstätigkeit im Vorverfahren durch einen parteilichen oder voreingenommenen Staatsanwalt verhindert werden soll.<sup>35</sup> Ein Staatsanwalt hätte durchaus die Möglichkeit den Verfahrensausgang durch eine persönlich motivierte Ermittlungstätigkeit zu beeinflussen. Auch in einem späteren Verfahrensstadium kann die Befangenheitsregelung von Bedeutung sein.<sup>36</sup>

Befangenheit eines Staatsanwalts liegt somit vor, wenn einer der Gründe des § 47 Abs 1 Z 1 bis 3 StPO zutreffend ist. Die Gründe in § 47 Abs 1 StPO, welche diese annehmen lassen, sind, aufgrund der Generalklausel in § 47 Abs 1 Z 3 StPO lediglich demonstrativ aufgezählt und somit einer restriktiven Ausweitung zugänglich.<sup>37</sup> Beispielsweise stellt es einen Befangenheitsgrund dar, wenn der öffentliche Ankläger selbst oder einer seiner Angehörigen im Sinne des § 72 StGB am Verfahren beteiligt ist beziehungsweise der Staatsanwalt bereits im Ermittlungsverfahren als Richter tätig war. Es soll somit ausgeschlossen werden, dass eine Entscheidung durch persönliche Gefühle beeinflusst wird.<sup>38</sup>

---

<sup>29</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 60.

<sup>30</sup> Lässig in Fuchs/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012) Vor §§ 43-47 Rz 5.

<sup>31</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP.

<sup>32</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 27; EGMR 17.01.1970, 2689/65, *Delcourt/Belgien* Rz 31.

<sup>33</sup> Hengstschläger/Leeb, *Verwaltungsverfahrensrecht*<sup>5</sup> Rz 73 ff.

<sup>34</sup> Fabrizy, StPO<sup>12</sup> § 47 Rz 1.

<sup>35</sup> Fabrizy, StPO<sup>12</sup> § 47 Rz 1.

<sup>36</sup> Fabrizy, StPO<sup>12</sup> § 47 Rz 1.

<sup>37</sup> Ausf dazu Kapitel 4.1.

<sup>38</sup> Lässig in WK-StPO § 43 Rz 9.

## 2.4 Ausgeschlossenheit

Seit der Strafprozessreform verwendet das Gesetz die Begriffe „Ausgeschlossenheit“ beziehungsweise „Ausschließung“ nicht mehr im Zusammenhang mit Staatsanwälten.<sup>39</sup> Ersteres wird in der StPO nunmehr nur noch für Richter, Laienrichter (Geschworene und Schöffen), Protokollführer sowie Verteidiger verwendet.<sup>40</sup> Ausgeschlossen sind die eben genannten Organe, wenn bei Betrachtung der vorliegenden Umstände an der vollkommenen Unvoreingenommenheit oder Unparteilichkeit Zweifel bestehen.<sup>41</sup> Die Verwendung des Begriffs der Ausgeschlossenheit bezüglich Richter wurde beibehalten, um an der österreichischen Rechtstradition festzuhalten.<sup>42</sup> Damit ist gemeint, dass die besondere Bedeutung der richterlichen Unvoreingenommenheit weiterhin hervorgehoben werden soll.<sup>43</sup> Als Maßstab zur Beurteilung des Vorliegens eines dieser Ausschließungsgründe wird ein vernünftiger Mensch herangezogen, der bei Betrachtung der gesamten Umstände an der gänzlichen Unvoreingenommenheit zweifeln würde.<sup>44</sup>

## 2.5 Der „Fair Trial“ Grundsatz

### 2.5.1 Fair Trial und dessen Anwendungsbereich im Strafrecht

Dieser Grundsatz garantiert dem Beschuldigten im Strafverfahren das Recht auf ein faires Verfahren und ist in Art 6 EMRK normiert. Ob der Beschuldigte eine natürliche oder juristische Person, ein Inländer, Ausländer oder ein Staatenloser ist, ist für seine Eigenschaft als Beschuldigter ohne Belang.<sup>45</sup> Der Fair Trial Grundsatz als Gesamtes setzt sich aus einer Vielzahl von selbstständigen Verfahrensgarantien wie zum Beispiel dem Recht auf Gehör oder dem Recht auf Akteneinsicht zusammen.<sup>46</sup> In Österreich wurde die EMRK im Rang eines Bundesverfassungsgesetzes umgesetzt, was bedeutet, dass diesem

---

<sup>39</sup> Ausf dazu Kapitel 3.2.

<sup>40</sup> Vgl §§ 43 Abs 1, 46, 60 Abs 1 StPO.

<sup>41</sup> *Lässig* in WK-StPO Vor §§ 43-47 Rz 1.

<sup>42</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 60.

<sup>43</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 60.

<sup>44</sup> *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht<sup>8</sup> (2015) Rz 103.

<sup>45</sup> *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK<sup>3</sup> (2011) Art 6 Rz 4.

<sup>46</sup> Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> (2012) § 24 Rz 4.

völkerrechtlichen Vertrag dieselbe Geltung zukommt wie beispielsweise dem Staatsgrundgesetz von 1867.<sup>47</sup> Viele dieser Einzelrechte, die sich aus dem genannten Grundsatz ableiten lassen, waren in Österreich bereits vor dem Inkrafttreten der EMRK im Jahr 1958 einfachgesetzlich positiviert beziehungsweise wurden nach der Ratifizierung der EMRK zusätzlich als einfaches Gesetz umgesetzt.

### **2.5.1.1 Strafrechtliche Anklage**

Damit eine Person in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK gelangt und damit diese Schutzvorschriften für ihn zur Anwendung gelangen, muss zunächst eine „strafrechtliche Anklage“ vorliegen.<sup>48</sup> Da die Anwendbarkeit dieser Norm davon abhängt, wie dieser Begriff interpretiert wird, wurde von den Richtern des EGMR entsprechende Rsp erlassen. Um den einzelstaatlichen Gesetzgebern die Möglichkeit zu nehmen, durch Entkriminalisierung gewisser Handlungen, zum Beispiel durch Pönalisierung als Ordnungswidrigkeit anstatt in einem Strafverfahren, den Beschuldigten diese Schutzmaßnahmen zu entziehen, entwickelte der EGMR zu den Begriffen „Strafrecht“<sup>49</sup> und „Anklage“<sup>50</sup> eine eigene Rsp, welche für die Mitgliedsstaaten im Sinne des Art 47 Abs 1 EMRK bindend ist.<sup>51</sup> Die Absicht des EGMR war es, den Anwendungsbereich des Fair Trial Grundsatzes möglichst weit zu gestalten, um den Betroffenen die Verfahrensgarantien zu gewährleisten.

Der Begriff des „Strafrechts“ ist nach dieser Rsp erfüllt, wenn eines, der vom EGMR ausgearbeiteten drei „Engel-Kriterien“ erfüllt ist. Für die Beurteilung des ersten Kriteriums gilt die Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht als Ausgangspunkt. Das Kriminalstrafrecht erfüllt jedenfalls dieses erste Kriterium. Beim zweiten Kriterium wird die Natur des Vergehens betrachtet. Das heißt, wenn die angedrohte Sanktion präventiven als auch repressiven Charakter hat, ist anzunehmen, dass Art 6 EMRK anzuwenden ist. Das dritte Kriterium stellt auf die Art und die Schwere der Strafe ab. Ist die angedrohte Sanktion eine

---

<sup>47</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>10</sup> (2014) Rz 131.

<sup>48</sup> Meyer-Ladewig, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 4.

<sup>49</sup> EGMR, 08.06.1976, 5000/71, *Engel ua/Niederlande* EuGRZ 1976, 221.

<sup>50</sup> EGMR, 27.02.1980, 6903/75, *Deweert/Belgien* EuGRZ 1980, 667.

<sup>51</sup> EGMR, 21.02.1984, 8544/79, *Öztürk/Deutschland* Rz 49 EuGRZ 1985,62.



Freiheitsstrafe, dann ist anzunehmen, dass der Grundsatz auf ein faires Verfahren anzuwenden ist. Besteht die Sanktion lediglich aus einer Geldstrafe bis zu 500 Euro, ist die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes fraglich.<sup>52</sup>

Für die Erfüllung des Begriffs der „Anklage“ reicht im Wesentlichen die offizielle Zustellung einer Klage gemäß dem Zustellgesetz<sup>53</sup>. Dabei handelt es sich um die offizielle Mitteilung, dass gegen eine Person wegen des Verdachts der Begehung einer Straftat ermittelt wird. Wurde ein Betroffener noch nicht offiziell von seiner Verfolgung verständigt, jedoch durch bereits durchgeführte Maßnahmen in seiner Rechtsposition beeinträchtigt, wird die Anwendbarkeit des Art 6 EMRK schon zu diesem Zeitpunkt bejaht.<sup>54</sup>

## **2.5.2 Verfahrensrechtliche Garantien**

Die einzelnen, verfahrensrechtlichen Garantien lassen sich in drei unterschiedliche Bereiche einteilen, welche sich in ihrem Gewährleistungsinhalt unterscheiden. Die Bereiche sind Organisationsgarantien, Recht auf Zugang zu Gericht sowie Verfahrensgarantien im engeren Sinne.<sup>55</sup>

### **2.5.2.1 Entscheidung durch ein Gericht**

Ein strafrechtlich relevantes Verhalten im Sinne des StGB wird in Österreich stets vor ordentlichen Gerichten verhandelt. Zweifellos erfüllen die ordentlichen Gerichte in Österreich den autonomen Gerichts begriff des EGMR.<sup>56</sup> Die Anforderungen an Gerichte gemäß Art 6 Abs 1 EMRK sind sowohl Unabhängigkeit als auch Unparteilichkeit sowie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhend.<sup>57</sup> Zudem muss die Entscheidung für die Parteien bindend sein.<sup>58</sup> Die Pflicht zur Objektivität ergibt sich für Richter primär aus der StPO.<sup>59</sup> Richter haben über

---

<sup>52</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 17 ff mwN.

<sup>53</sup> BGBl 1982/200 idF BGBl I 2013/33; vgl auch § 82 Abs 1 StPO.

<sup>54</sup> Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 25.

<sup>55</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 26.

<sup>56</sup> Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 28.

<sup>57</sup> Vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 68.

<sup>58</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 29 mwN.

<sup>59</sup> Vgl Kapitel 4.2.

jeden Anschein der Voreingenommenheit erhaben zu sein, sodass auch nach außen hin der Eindruck der Unabhängigkeit gewahrt bleibt.<sup>60</sup>

Zu den ordentlichen Gerichten zählen in Österreich die Bezirksgerichte, die Landesgerichte, die Oberlandesgerichte (kurz: OLG) sowie der Oberste Gerichtshof (kurz: OGH). Aber nicht nur Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit erfüllen in Österreich die Kriterien des Art 6 EMRK. Ebenso sind alle Spruchkörper, bei denen nicht weisungsgebundene und nicht rechenschaftspflichtige Richter als Entscheidungsträger fungieren und zudem die oben angeführten Kriterien erfüllen, Gerichte im Sinne des Art 6 EMRK. Laienrichter müssen auch die dementsprechenden Voraussetzungen (weisungsungebunden und nicht rechenschaftspflichtig) erfüllen.<sup>61</sup>

### 2.5.2.2 Öffentlichkeit

Das Gesetz ordnet in § 228 Abs 1 StPO an, dass Hauptverhandlungen „öffentlich bei sonstiger Nichtigkeit“ durchzuführen sind. Auf verfassungsrechtlicher Ebene findet sich dieser Grundsatz in Art 6 Abs 1 EMRK und in Art 90 Abs 1 B-VG. Bereits vor dem Inkrafttreten der EMRK wurde dieses Gesetz in Österreich auf einfachgesetzlicher Ebene im Jahr 1873 nach der Abschaffung des Inquisitionsverfahrens in § 12 StPO positiviert.<sup>62</sup>

Öffentlichkeit bedeutet, dass grundsätzlich jede unbeteiligte Person die Möglichkeit haben muss an der Strafverhandlung als Zuseher und Zuhörer teilzunehmen.<sup>63</sup> Laut *Schmoller*<sup>64</sup> ist diese Verpflichtung bereits erfüllt, wenn die Öffentlichkeit im Gerichtssaal dem Verhandlungsablauf folgen und das Gesagte einigermaßen wahrnehmen kann. Mit diesem Grundsatz soll einerseits das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Rsp gestärkt sowie andererseits ein auf den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit basierendes faires Verfahren garantiert werden.<sup>65</sup> Nachteilig wirkt sich dieses Prinzip jedoch in der Regel auf die

---

<sup>60</sup> *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 70.

<sup>61</sup> Vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 68.

<sup>62</sup> Vgl *Schmoller* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012) § 12 Rz 15 mwN.

<sup>63</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 12 Rz 28.

<sup>64</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 12 Rz 28.

<sup>65</sup> Vgl *Schmoller* in WK-StPO § 12 Rz 16.

Verfahrensbeteiligten wie Täter, Opfer oder auch Zeugen aus, da während der Hauptverhandlung dem Datenschutz unterliegende, persönliche Daten von Verfahrensbeteiligten an die Öffentlichkeit preisgegeben werden.<sup>66</sup> Zu diesem Zweck kann bei Vorliegen besonderer Gründe, wie zum Beispiel bei „Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit“ oder aus Gründen der Sittlichkeit, die Öffentlichkeit gemäß § 229 StPO ausgeschlossen werden.

Das Gegenteil der Volksöffentlichkeit ist die Parteiöffentlichkeit.<sup>67</sup> Parteiöffentlichkeit meint das Recht der Verfahrensbeteiligten, bei allen oder bestimmten Prozesshandlungen anwesend zu sein.<sup>68</sup> Diese Form der Öffentlichkeit soll aber nur in besonderen Fällen zur Anwendung gelangen und zwar dann, wenn die Nachteile einer öffentlichen Verhandlung die Vorteile einer solchen übersteigen.<sup>69</sup> Die Folge einer ungerechtfertigten Ausschließung der Öffentlichkeit ist die Möglichkeit der Urteilsanfechtung wegen Nichtigkeit des Verfahrens gemäß § 281 Abs 1 Z 3 StPO beziehungsweise § 345 Abs 1 Z 4 StPO.<sup>70</sup>

Das Urteil in einem Strafverfahren hat stets öffentlich zu ergehen. Auch bei Verfahren, in denen die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde, muss zur Urteilsverkündung zumindest die Möglichkeit bestehen, anwesend zu sein.<sup>71</sup>

### **2.5.2.3 Gebot angemessener Verfahrensdauer**

Auf einfachgesetzlicher Ebene wurde dem Gebot auf angemessener Verfahrensdauer (Art 6 Abs 1 EMRK) mit dem Beschleunigungsgebot in § 9 StPO entsprochen.<sup>72</sup> Das Beschleunigungsgebot regelt, dass die einzelnen Verfahrensschritte ohne unnötigen Aufschub sowie ohne unnötigen Verzug zu setzen sind und somit das Verfahren innerhalb einer adäquaten Dauer beendet werden kann.<sup>73</sup> Klargestellt wird, dass zwar die primäre Aufgabe des

---

<sup>66</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 12 Rz 17.

<sup>67</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 35.

<sup>68</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 35 f.

<sup>69</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 12 Rz 18.

<sup>70</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 12 Rz 30.

<sup>71</sup> § 229 Abs 4 StPO; *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 229 Rz 7.

<sup>72</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 33.

<sup>73</sup> Vgl § 9 Abs 1 StPO.

Beschleunigungsgebots die Rechtsdurchsetzung ist, dem Abschluss eines Strafverfahrens in angemessener Zeit dennoch große Bedeutung zukommt.<sup>74</sup> § 9 Abs 2 letzter S StPO verpflichtet zudem die in Strafverfahren befassten Personen, Einrichtungen und Behörden auf eine tunlichst kurze Haftdauer hinzuwirken.<sup>75</sup> Das bedeutet, dass in Verfahren, in denen sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft befindet, ein besonderes Beschleunigungsgebot herrscht.<sup>76</sup>

Wie die Bezeichnung dieses Gebots vermuten lässt, schützt es den Beschuldigten in erster Linie vor einer unverhältnismäßig langen Dauer des Strafverfahrens. Der Grund dafür ist, dass das Einleiten und Führen eines Strafverfahrens gegen eine Person stets Nachteile für diesen mit sich bringt.<sup>77</sup> Mögliche Beeinträchtigungen, die sich in der Praxis regelmäßig ergeben, sind ua ein Berufsausübungsverbot oder gegebenenfalls sogar die Anordnung der Untersuchungshaft.

Weitere Vorteile der angemessenen Verfahrensdauer sind, dass die Erinnerung von Zeugen an das tatsächliche Geschehen in der Zwischenzeit nicht schwindet beziehungsweise, dass sie, bedingt durch das Verschwimmen der Erinnerungen, gar etwas Unwahres zur Zeugenaussage hinzufügen.<sup>78</sup>

Ein gewisses Spannungsverhältnis entsteht bei dieser Verfahrensgarantie dadurch, dass auf der einen Seite das Verfahren innerhalb angemessener Frist rechtskräftig abgeschlossen werden soll und auf der anderen Seite der Grundsatz des fairen Verfahrens dem Beschuldigten eine Vielzahl von einzelnen und verschiedenen Verfahrensgarantien einräumt, die wiederum zu einer Dehnung der Verfahrensdauer führen.<sup>79</sup> Das bedeutet, dass Staatsanwaltschaft und Gericht angehalten sind, innerhalb einer angemessenen Zeit den der materiellen Wahrheit entsprechenden Sachverhalt zu erforschen und dennoch die Verfahrensdauer nicht über die Angemessenheit hinausschreiten zu lassen.

Die Berechnung der Dauer des Strafverfahrens beginnt nach Ansicht des EGMR mit dem Zeitpunkt, an dem die ersten Ermittlungstätigkeiten nach außen hin

---

<sup>74</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 33.

<sup>75</sup> Vgl § 177 Abs 1 StPO.

<sup>76</sup> Kier in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2008) § 9 Rz 46.

<sup>77</sup> Kier in *WK-StPO* § 9 Rz 1.

<sup>78</sup> Vgl Kier in *WK-StPO* § 9 Rz 1.

<sup>79</sup> Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 69.

getätigt werden beziehungsweise mit der Festnahme des Beschuldigten.<sup>80</sup> In Österreich handelt sich hierbei um den Zeitpunkt, an dem der Beschuldigte von der Verfolgung informiert wird.<sup>81</sup> Spätestens jedoch, wenn der Beschuldigte zum Angeklagten wird.<sup>82</sup> In Österreich wird der Beschuldigte mit dem Einbringen der Anklage zum Angeklagten.<sup>83</sup>

Jede Entscheidung über die Angemessenheit der Dauer ist eine Einzelfallentscheidung, da diese stets von den Gegebenheiten des jeweiligen Falles abhängt.<sup>84</sup>

Für die Bewertung der Angemessenheit entwickelte der EGMR in seiner Rsp folgende vier Beurteilungskriterien:

- Bedeutung des Verfahrens für den Beschwerdeführer
- Umfang und die Komplexität des Falles
- das Verhalten des Beschwerdeführers sowie
- das Verhalten der Behörden.<sup>85</sup>

Von besonderer Bedeutung ist das Strafverfahren für den Beschwerdeführer beispielsweise dann, wenn er sich in Haft befindet.<sup>86</sup>

Dass es keine zeitlich definierte Grenze gibt, die als angemessen angesehen werden kann, wurde bereits oben klargelegt. Dennoch stellte der EGMR durch Rsp eine Faustregel auf, wonach die Dauer von einem Jahr pro Instanz als angemessen anzusehen sei.<sup>87</sup> Als Beispiel, welches der EGMR von der Dauer her noch als angemessen erachtete, war ein Strafverfahren in erster Instanz in der Dauer von vier Jahren und einem Monat, wobei der Angeklagte zehn Mal nicht zur Verhandlung erschienen ist.<sup>88</sup> Als nicht mehr angemessen erachtete der EGMR

---

<sup>80</sup> EGMR 15.07.1982, 8130/78, *Eckle/Deutschland* Rz 73 EuGRZ 1983, 371.

<sup>81</sup> OGH 15.01.2009, 12 Os 160/08h EvBl 2009,471 = JBl 2009,736 = AnwBl 2009,530 = AnwBl 2010,158 = AnwBl 2010,569 = SSt 2009/2 ua.

<sup>82</sup> EGMR 15.07.1982, 8130/78, *Eckle/Deutschland* Rz 73 EuGRZ 1983, 371.

<sup>83</sup> § 48 Abs 1 Z 2 StPO.

<sup>84</sup> *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 199.

<sup>85</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 69 f mwN.

<sup>86</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 70.

<sup>87</sup> EGMR 08.02.2005, 45100/98, *Panchenko/Russland* Rz 117; *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 199.

<sup>88</sup> EGMR 27.03.2007, 71354/01, *Fehmi Koc/Türkei* Rz 31 f; *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 207.

jedoch die Dauer von elf Jahren und vier Monaten bei einem außergewöhnlich komplexen Wirtschaftsstrafverfahren.<sup>89</sup>

Mit 01.01.2015 trat in Österreich der § 108a StPO neu in Kraft. Dieses Gesetz normiert auf einfachgesetzlicher Ebene, dass ein Ermittlungsverfahren grundsätzlich nicht länger als drei Jahre dauern darf. Diese Frist kann aber vom Gericht bei Vorliegen gewisser Umstände, zum Beispiel aufgrund der Komplexität des Falles, verlängert werden.<sup>90</sup>

#### **2.5.2.4 Grundsatz des fairen Verfahrens**

Der Grundsatz des fairen Verfahrens ist ein Überbegriff für verschiedene, eigenständige Garantien, die dazu beitragen, dass über jede Person ein faires Verfahren geführt wird.<sup>91</sup> Für den Verstoß gegen diesen Grundsatz genügt bereits die Verletzung einer einzelnen Teilgarantie, wobei der EGMR auch gelegentlich judiziert, dass ein Verfahren in seiner Gesamtheit dem Fairnessgrundsatz widerspricht.<sup>92</sup> Eine erschöpfende Aufzählung der Rechte des Beschuldigten, wie zum Beispiel der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, die Unschuldsvermutung oder der Grundsatz der Waffengleichheit, ist nicht möglich, da diese Rechte unmittelbar aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens abgeleitet werden.<sup>93</sup>

##### **2.5.2.4.1 Grundsatz der Waffengleichheit<sup>94</sup>**

Der Grundsatz der Waffengleichheit ist eine Verfahrensgarantie, die aus dem Grundsatz abgeleitet wird und seine gesetzliche Grundlage in Art 6 Abs 1 EMRK findet. Eine einfachgesetzliche Regelung fehlt in Österreich derzeit noch.

Waffengleichheit im Strafverfahren bedeutet, dass alle Beteiligten dieselbe Behandlung erfahren müssen. Zum Beispiel muss der Beschuldigte dieselbe

---

<sup>89</sup> EGMR 28.11.2000, 32869/96, *Rösslhuber/Österreich* NL 2000, 234.

<sup>90</sup> § 108a StPO.

<sup>91</sup> Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> § 24 Rz 60.

<sup>92</sup> EGMR 12.06.2003, 35968/97, *Van Kück/Deutschland* Rz 55 ff NJW 2004, 2505.

<sup>93</sup> Vgl *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> Art 6 Rz 223.

<sup>94</sup> Ausf dazu Kapitel 4.5.

Information erhalten wie der öffentliche Ankläger. Auch beim Vortragsrecht vor Gericht darf niemand benachteiligt werden.<sup>95</sup>

#### **2.5.2.4.2 Recht auf Akteneinsicht**

Das Recht auf Akteneinsicht steht jedem Beschuldigten gemäß § 49 Z 3 StPO zu. Eine detaillierte Ausgestaltung erfährt dieses Recht in §§ 51 ff StPO.

Dieses subjektive Recht ist in der Rechtsordnung essentiell für eine umfassende Verteidigung des Beschuldigten.<sup>96</sup> Der Beschuldigte soll sich die notwendigen Informationen für eine angemessene Verteidigung besorgen können.<sup>97</sup> Damit der Beschuldigte auch tatsächlich alle Informationen erlangen kann, müssen alle Unterlagen auch vollständig enthalten sein. Daher gilt im Ermittlungsverfahren der Grundsatz der Aktenvollständigkeit.<sup>98</sup> Aktenvollständigkeit bedeutet, dass der Beschuldigte volle Einsicht in grundsätzlich alle Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens hat.<sup>99</sup> Einsicht ist sowohl in den Ermittlungsakt der Staatsanwaltschaft als auch in den Gerichtsakt in der Hauptverhandlung zu gewähren.<sup>100</sup> Vorliegende Ermittlungsergebnisse sind alle die von Beginn der Ermittlungstätigkeit bis zur Anklageeinbringung gesammelten Ergebnisse.<sup>101</sup> Ausgenommen vom Recht der Akteneinsicht sind Beratungsprotokolle, Karteiblätter, Entscheidungsentwürfe, Akte der Generalprokuratur (kurz: GP) sowie grundsätzlich auch Akte des OGH.<sup>102</sup> Ferner besteht kein Recht auf Einsicht in das sogenannte Tagebuch der Staatsanwaltschaft, da dieses nicht zum Akteninhalt zählt.<sup>103</sup>

Auch Telefonate oder Beobachtungen, die zu den Ergebnissen im Ermittlungsverfahren zählen, müssen protokolliert und mit einem Aktenvermerk festgehalten werden, damit der Beschuldigte darin Einsicht nehmen kann. Da die Bewerkstelligung eines solchen Ermittlungsergebnisses in der Sphäre des

---

<sup>95</sup> EGMR 22.02.1996, 17358/90, *Bulut/Österreich* ÖJZ 1996, 430; *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 112.

<sup>96</sup> Vgl *Achammer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2009) §§ 51-53 Rz 1.

<sup>97</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 69.

<sup>98</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 51 Rz 2.

<sup>99</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 51 Rz 2.

<sup>100</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 51 Rz 1.

<sup>101</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 51 Rz 2.

<sup>102</sup> *Achammer* in *WK-StPO* §§ 51-53 Rz 16.

<sup>103</sup> Vgl *Achammer* in *WK-StPO* §§ 51-53 Rz 22.

aufnehmenden Organs liegt, birgt die Regelung die Gefahr in sich, dass relevante Informationen zurückgehalten werden könnten. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass auch hier wiederum der Grundsatz der Aktenvollständigkeit Gültigkeit besitzt.<sup>104</sup>

Des Weiteren kann das Recht auf Akteneinsicht bei Vorliegen etwaiger Gründe beschränkt werden. Es wird zum Beispiel gemäß § 51 Abs 2 StPO keine Akteneinsicht gewährt, wenn die Kenntnis von gewissen Ermittlungsergebnissen den Zweck der Ermittlungshandlung vereiteln würde.<sup>105</sup>

#### **2.5.2.4.3 Rechtliches Gehör**

Der Grundsatz auf rechtliches Gehör ist einerseits verfassungsrechtlich im Art 6 Abs 1 EMRK und andererseits einfachgesetzlich in § 6 StPO abgesichert. Dem Beschuldigten garantiert dieser Grundsatz das Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung.<sup>106</sup> Er soll als Subjekt Einfluss auf die Entscheidungsfindung bei Gericht nehmen können und nicht als Objekt einer gerichtlichen Entscheidung angesehen werden.<sup>107</sup> Er soll sich zu den erhobenen Vorwürfen gegen ihn äußern und auch Beweisanträge zur Verteidigung bei Gericht anbringen können.<sup>108</sup> Dies setzt voraus, dass der Beschuldigte von einem eröffneten Ermittlungsverfahren gegen ihn rechtskonform in Kenntnis gesetzt wird.<sup>109</sup>

Das Gegenstück des rechtlichen Gehörs ist die Prozesseinlassungspflicht.<sup>110</sup> Demnach ist der Angeklagte verpflichtet einer Ladung Folge zu leisten und daher während des Strafverfahrens anwesend zu sein, anderenfalls er zwangsweise vorgeführt werden kann.<sup>111</sup> Nur in den engen Voraussetzungen des § 427 Abs 1 StPO kann das Gericht ein Urteil in Abwesenheit des Angeklagten fällen.

---

<sup>104</sup> Vgl *Achammer* in WK-StPO §§ 51-53 Rz 13.

<sup>105</sup> Vgl *Achammer* in WK-StPO §§ 51-53 Rz 13.

<sup>106</sup> JAB 406 BlgNR 22. GP 7.

<sup>107</sup> Vgl JAB 406 BlgNR 22. GP 7.

<sup>108</sup> Vgl JAB 406 BlgNR 22. GP 7.

<sup>109</sup> *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> Art 6 Rz 101.

<sup>110</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 6 Rz 3.

<sup>111</sup> JAB 406 BlgNR 22. GP 7.



#### 2.5.2.4.4 Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit

Der „nemo tenetur“-Grundsatz („nemo tenetur se ipsum accusare“) ist neben seiner grundrechtlichen Verankerung in Art 6 Abs 1 EMRK auch einfachgesetzlich in § 7 Abs 2 StPO sowie ergänzend dazu § 7 Abs 2 StPO in §§ 48 ff StPO und §§ 164 ff StPO geregelt. Dieser Grundsatz besagt, dass niemand vor Gericht unter Androhung einer Strafe zur Aussage gegen sich selbst gezwungen werden darf. Dieses Verbot leitete der Verfassungsgerichtshof (kurz: VfGH) aus dem Anklagegrundsatz des Art 90 Abs 2 B-VG ab.<sup>112</sup>

Selbstbelastende Aussagen, die der Beschuldigte unter Zwang getätigt hat, stellen einen Beweis dar, der unter die sogenannten Beweisverbote fällt und somit im Verfahren nicht als solcher benutzt werden darf. Zu diesen Beweisverboten gehören auch Aussagen, welche durch Zwang oder durch bewusstseinsveränderte Mittel gewonnen wurden.<sup>113</sup> Darüber hinaus sind durch Anwendung von Lügendetektoren gewonnene Beweise ebenso vom „nemo tenetur“ Grundsatz erfasst wie zum Beispiel eine Erlangung von Beweisen durch Folter.<sup>114</sup> § 5 Abs 3 StPO untersagt ausdrücklich durch die Tätigkeit eines sogenannten „agent provocateur“, also eines Lockspitzels, an Beweismaterial zu gelangen.

#### 2.5.2.5 Unschuldsvermutung

Die Unschuldsvermutung gemäß § 8 StPO wurde nach dem Verfassungsgebot des Art 6 Abs 2 EMRK ausgeformt.<sup>115</sup> § 8 StPO besagt, dass für jeden Beschuldigten in Österreich die Vermutung der Unschuld gilt. Dieser Grundsatz gilt für die Personen bis der Nachweis der Schuld durch eine gerichtliche Entscheidung erbracht worden ist.<sup>116</sup> Die gerichtliche Entscheidung muss im Zuge eines Verfahrens ergangen sein, das wiederum dem § 5 StPO (Gesetz- und Verhältnismäßigkeit) entsprochen hat.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 7 Rz 3 mwN.

<sup>113</sup> *Achammer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2009) § 7 Rz 15.

<sup>114</sup> Vgl *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 7 Rz 4 f.

<sup>115</sup> *Grabenwarter* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2009) § 8 Rz 3; ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 33.

<sup>116</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 8 Rz 1.

<sup>117</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 8 Rz 1.

Im soeben genannten Punkt gibt es Unterschiede zwischen der Regelung in der EMRK und der nationalen österreichischen Regelung. Art 6 Abs 2 EMRK spricht in diesem Zusammenhang von der Vermutung der Unschuld „bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld“. In der StPO hingegen wirkt die Unschuldsvermutung bis zur „rechtskräftigen Verurteilung“. <sup>118</sup> Konkret bedeutet das, dass für eine verurteilte Person nach österreichischem Recht die Unschuldsvermutung gilt, wenn er gegen das Urteil ein Rechtsmittel eingebracht hat. Die Unschuldsvermutung erstreckt sich sodann über das gesamte Rechtsmittelverfahren, eben bis zur rechtskräftigen Verurteilung. <sup>119</sup>

Wann der „gesetzliche Nachweis der Schuld“ im Sinne des Art 6 Abs 2 EMRK erbracht ist, ist strittig. Fraglich ist, ob dieser Moment im Zeitpunkt der Erlassung des Urteils, dem Eintritt der Rechtskraft oder ein anderer Moment wie zum Beispiel ein Geständnis bereits vor Urteilsverkündung maßgeblich ist. <sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Ausf dazu *Grabenwarter* in WK-StPO § 8 Rz 2 und 3.

<sup>119</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 8 Rz 1.

<sup>120</sup> *Grabenwarter* in WK-StPO § 8 Rz 2 mwN.

### **3. Kurze Betrachtung der Regelung vor 2008**

Dieses Kapitel dient der Darstellung der Rechtslage vor der Strafprozessreform, welche am 01.01.2008 in Kraft getreten ist. Es wird die weitere Vorgehensweise von damals für den Fall erläutert, wenn die volle Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der Staatsanwälte nicht mehr gewährleistet werden konnte und auch welche Probleme der damaligen Regelung inhärent waren.

Im nächststehenden Kapitel wird auf einen besonderen Fall näher eingegangen, der die Problematik der damaligen Regelung zur Übertragungs- beziehungsweise Delegierungsmöglichkeit aufzeigen soll.

#### **3.1 Der Fall „Mekis“**

Zum Sachverhalt<sup>121</sup>:

In den 90er Jahren ereignete sich in Wien die sogenannte „Kalal- Mekis- Hummelbrunner“- Affäre. In dieser Causa ging es darum, dass eine Unternehmerin mit dem Namen Hummelbrunner wegen Veruntreuung angeklagt war und aufgrund der Anklage das Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten geriet. Die Schwiegertochter von Lingens (ehemaliger österreichischer Journalist und eigentlicher Verantwortlicher für dieses Strafverfahren) war Arbeitnehmerin im Unternehmen von Hummelbrunner. Da Lingens unbedingt vermeiden wollte, dass seine Schwiegertochter, die im betroffenen Unternehmen arbeitete, aufgrund der rechtlichen Probleme einen Entgeltverlust erleidet, bat er seinen Freund Kalal, dass er wiederum seinen Freund Mekis, der für das Verfahren gegen Hummelbrunner als Staatsanwalt zuständig war, darum bitten solle, „etwas im Verfahren gegen Hummelbrunner zu unternehmen“. Kalal beschloss daraufhin direkt zu Hummelbrunner zu gehen und sie zu „fragen“, was sie für eine Einstellung des gegen sie laufenden Verfahrens zahlen würde, da er (Kalal) eine Einstellung des gerichtlichen Vorverfahrens bei seinem Freund und zuständigen Staatsanwalt Mekis erreichen könne. Noch bevor der Deal wenige Zeit später abgeschlossen werden konnte, wurde von der Polizei eingegriffen und gegen alle beteiligten Personen eine Anzeige erstattet. Mekis wurde ua wegen Beteiligung an

---

<sup>121</sup> [http://www.zeit.de/1996/34/A\\_blede\\_G'schicht\\_aus\\_Wien](http://www.zeit.de/1996/34/A_blede_G'schicht_aus_Wien) (16.03.2015).

einer versuchten Erpressung angeklagt. Da dies jedoch in der Hauptverhandlung nicht bewiesen werden konnte, wurde er lediglich zu einer bedingten Strafe von vier Monaten wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses verurteilt.

Das Kuriose an dieser Geschichte ist, dass die Anklage von der Staatsanwaltschaft Wien erhoben wurde. Somit von derselben Staatsanwaltschaft, in der Mekis zu diesem Zeitpunkt bereits seit einigen Jahren als Staatsanwalt und zuvor auch als Richter tätig war. Demensprechend hatte Mekis zu den übrigen Staatsanwälten, insbesondere zu jenem Staatsanwalt, der für das gerichtliche Vorverfahren zuständig war, ein berufliches Naheverhältnis. Eine Delegation des Vorverfahrens fand jedoch nicht statt, da dies gar nicht möglich gewesen wäre. Einerseits weil man sich damals noch nicht dem Ausmaß dieses Problems bewusst war und andererseits eine Delegation zu diesem Zeitpunkt nur unter sehr schwierigen Bedingungen möglich gewesen wäre. Darüber hinaus fühlte sich der zuständige Staatsanwalt nicht befangen. Dies ist mE damit zu erklären, dass damals das Problembewusstsein für solche Situationen nicht vorhanden war. Erst im Hauptverfahren wurde das Verfahren an ein anderes Gericht delegiert.<sup>122</sup>

### **3.2 Ausgeschlossenheit und Befangenheit vor 2008**

Mit dem Inkrafttreten der Strafprozessreform am 01.01.2008 änderten sich die Normen in Bezug auf die Befangenheit und die Ausgeschlossenheit von am Strafverfahren beteiligten Personen erheblich. Zuvor wurde die Ausschließung beziehungsweise Ablehnung von Richtern, Staatsanwälten und sonstigen Gerichtspersonen gemeinsam in den §§ 67 bis 76 StPO aF geregelt. In den §§ 75 f StPO aF war unter dem Titel „Ausschließung von Staatsanwälten“ normiert, wann dieser vom Verfahren ausgeschlossen war. Nach der damaligen Norm war dies dann, wenn er selbst oder einer seiner Angehörigen am Verfahren beteiligt war oder er als Zeuge oder Sachverständiger auftrat.<sup>123</sup>

Als weitere Ausschließungsgründe für Staatsanwälte wurden die Gründe der §§ 67 bis 69 StPO aF, die die Ausgeschlossenheit von Richtern regelten, in

---

<sup>122</sup> Ausf dazu Kapitel 3.2.

<sup>123</sup> Siehe § 75 StPO idF BGBl 1975/631.

analoger Weise herangezogen.<sup>124</sup> Die damalige Norm entspricht in der heutigen StPO im Wesentlichen dem § 47 Abs 1 Z 1 StPO. Auch wenn von einer Ausgeschlossenheit des Staatsanwalts die Rede war, existierte keine Möglichkeit der Ablehnung eines Staatsanwalts über Antrag eines Verfahrensbeteiligten.<sup>125</sup> Bei Richtern war ein solcher Antrag hingegen gemäß § 72 StPO aF möglich. Die Legitimation zur Einbringung eines Ablehnungsantrages besaßen damals Verfahrensbeteiligte wie Staatsanwälte, Privatbeteiligte, Privatankläger sowie Beschuldigte.

Ausgeschlossene Staatsanwälte waren von sich aus verpflichtet, sich unmittelbar nach Bekanntwerden eines Ausschließungsgrundes der Tätigkeit in diesem Verfahren zu enthalten und diese Causa ihren Stellvertretern zu überlassen. Dies allerdings, nachdem sie ihre Vorgesetzten von der Ausgeschlossenheit in Kenntnis gesetzt hatte.<sup>126</sup>

Auch der Richter war bei Zweifel an seiner vollkommenen Unbefangenheit gemäß § 71 StPO aF verpflichtet, sich von allen gerichtlichen Handlungen fernzuhalten, da bei Missachtung dieser Vorschrift die vorgenommenen dienstlichen Akte mit Nichtigkeit bedroht waren.<sup>127</sup>

Weder in der StPO noch im Staatsanwaltschaftsgesetz (StAG) wurde damals der Begriff „Befangenheit“ im Zusammenhang mit Staatsanwälten verwendet.<sup>128</sup> Allerdings enthielt bereits § 47 Beamten-Dienstrechtsgesetz (BDG) die Regelung, dass ein Beamter bei Zweifel an seiner umfassenden Unvoreingenommenheit sich seiner Tätigkeit zu enthalten und seine Vertretung zu veranlassen hat.<sup>129</sup> Wann jedoch in diesem Sinne „Befangenheit“ eines Beamten vorlag, wurde vom Gesetz nicht näher beschrieben.

Wie im Eingangsfall „Mekis“ bereits erwähnt, war Befangenheit von Staatsanwälten in der damaligen Fassung der StPO deshalb problematisch, weil es bis auf die Ausnahme des § 47 BDG keine gesetzliche Grundlage für diese gab. Befangene Staatsanwälte waren daher, wie im Fall Mekis, kein Grund, um

---

<sup>124</sup> Vgl *Lässig in Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2004) altes Vorverfahren § 75 Rz 1.

<sup>125</sup> *Mayerhofer*, Das österreichische Strafrecht<sup>5</sup>, Zweiter Teil §§ 1 bis 270 StPO (2004) § 75 Rz 1.

<sup>126</sup> Vgl § 76 StPO idF BGBl 1975/631.

<sup>127</sup> Vgl § 71 Abs 1 StPO idF BGBl 1975/631.

<sup>128</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 60.

<sup>129</sup> § 47 BDG idF BGBl 1973/333.

ein Verfahren an ein anderes Gericht zu delegieren.<sup>130</sup> Der Grund dafür war, dass vor der Strafprozessreform die Zuständigkeit eines Gerichts für ein Strafverfahren die Zuständigkeit der jeweiligen Staatsanwaltschaft nach sich zog. Schließlich gab es bis zur Strafprozessreform ein gerichtliches Vorverfahren mit einem Untersuchungsrichter als Leiter des Ermittlungsverfahrens. Die Staatsanwaltschaft war damals als Antragsbehörde konzipiert, die im Wesentlichen nur über Anklage oder Einstellung des Verfahrens entschied.<sup>131</sup> Erst nach dem Inkrafttreten der Strafprozessreform am 01.01.2008 folgte die Zuständigkeit einer Staatsanwaltschaft nicht mehr jener des Gerichts, da das gerichtliche Vorverfahren zu einem staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren umgestaltet wurde. Aus diesem Grund verhält es sich heute umgekehrt. Ist eine Staatsanwaltschaft örtlich zuständig, kommt dem jeweiligen Gericht am Sitz der Staatsanwaltschaft ebenso die Kompetenz zu.<sup>132</sup>

Eine Delegation der Rechtssache im Ermittlungsverfahren wäre aber auch schon damals, wenn auch mit erheblichen Schwierigkeiten, möglich gewesen. Damit wäre man dem Problem begegnet, dass ein befangener Staatsanwalt im gerichtlichen Vorverfahren tätig geworden wäre. Zwar bestand diese Möglichkeit der Delegation im Ermittlungsverfahren nicht für den Staatsanwalt, sehr wohl aber für den Untersuchungsrichter in der Form der gerichtlichen Delegation. Das Gesetz sah vor, dass eine solche von Rechtssachen nur unter strengen Bedingungen erlaubt war.<sup>133</sup> Konkret wäre im Fall Mekis mE zum Beispiel eine gerichtliche Delegation möglich gewesen, wenn sich alle Untersuchungsrichter für befangen erklärt hätten. Wenn kein weiterer Richter am örtlich zuständigen Gericht zur Verfügung gestanden wäre, hätte das Strafverfahren an ein anderes Gericht im selben Sprengel delegiert werden müssen. Dadurch hätte sich auch die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft geändert, da das neue Gericht diese im Ermittlungsverfahren nach sich gezogen hätte. Über diesen Umweg wäre es mE möglich gewesen, das Problem des „befangenen“ Staatsanwalts zu beheben.

---

<sup>130</sup> Vgl § 62 StPO idF BGBl I 1999/55.

<sup>131</sup> [http://www.staatsanwaelte.at/beitraege/interview\\_pleischl](http://www.staatsanwaelte.at/beitraege/interview_pleischl) (17.03.2015).

<sup>132</sup> § 36 Abs 1 StPO; ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 47.

<sup>133</sup> Siehe dazu § 62 StPO idF BGBl 1975/631.

Mit der Novelle<sup>134</sup> im Jahr 1999 wurde § 62 StPO aF erweitert und explizit festgehalten, dass es einen wichtigen Grund zur Delegation darstellt, wenn ein Verfahren gegen einen Richter oder Staatsanwalt des zuständigen Gerichtes zu führen ist.<sup>135</sup>

### 3.3 Warum wurden die Befangenheitsgründe aufgenommen?

Durch die Strafprozessreform wurde die Position der Staatsanwaltschaft grundlegend verändert. Ein Staatsanwalt ist seit dem Inkrafttreten der Reform nicht mehr „nur“ eine Antragsbehörde, die im Grunde über Anklage oder Einstellung des Verfahrens zu entscheiden hatte, sondern sie wurde zum Leiter des Ermittlungsverfahrens.<sup>136</sup> Der Grund für die Übertragung der Leitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren war einerseits ein ökonomischer Aspekt und andererseits der Umstand, dass die Anklagebehörde ihre Funktion im Hauptverfahren besser ausüben kann, wenn sie bereits im vorgerichtlichen Verfahren die entsprechenden Pläne aufstellen kann.<sup>137</sup> Aus dieser Befugnis ergibt sich ferner, dass eine gerichtliche Entscheidung nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft ergeht.<sup>138</sup>

Mit der Strafprozessreform wurden den Staatsanwälten zudem weitreichende Kompetenzen und Aufgaben übertragen, die sie im Ermittlungsverfahren zu erfüllen haben. Dadurch ist es ihnen zum Beispiel möglich, gemäß § 153 StPO Zeugen ohne Genehmigung des Gerichts zu vernehmen und somit selbstständig Beweise aufzunehmen. Verwehrt bleibt den Staatsanwälten hingegen weiterhin die Möglichkeit ohne gerichtliche Genehmigung Beweise durch Tatrekonstruktion oder kontradiktorische Vernehmung aufzunehmen.<sup>139</sup> Dem Gericht verbleibt letztendlich überall dort die Entscheidungskompetenz über Beweisaufnahmen, wo über freiheitsentziehende Zwangsmaßnahmen oder andere Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte subjektive Rechte entschieden wird.<sup>140</sup> Allerdings kam durch die Übertragung der Leitungsbefugnis im Ermittlungsverfahrens der Staatsanwaltschaft insgesamt eine völlig neue Rolle zu.

---

<sup>134</sup> BGBl I 1999/55.

<sup>135</sup> § 62 StPO idF BGBl I 1999/55.

<sup>136</sup> § 20 Abs 1 StPO.

<sup>137</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 134.

<sup>138</sup> *Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren (2005) 83.

<sup>139</sup> Vgl § 101 Abs 1 iVm § 149 Abs 3 StPO; § 101 Abs 1 iVm § 165 Abs 2 StPO.

<sup>140</sup> Vgl ME Strafprozessreformbegleitgesetz II, 134/ME 23. GP Erläut 4.

Gleichzeitig mit der Abschaffung des gerichtlichen Vorverfahrens und der damit einhergehenden Übertragung der Leitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren an die Staatsanwaltschaft wurde das System des Untersuchungsrichters verworfen. Dadurch verloren Richter ihre wesentlichen Kompetenzen im Ermittlungsverfahren und wurden bis auf wenige verbliebene Ausnahmen, wie zum Beispiel der Genehmigung der kontradiktorischen Vernehmung eines Zeugen, aus diesem Verfahrensstadium verdrängt. Dies führte wiederum dazu, dass die Möglichkeit einer Delegierung eines Ermittlungsverfahrens an ein anderes örtliches Gericht beseitigt wurde.<sup>141</sup> Wie bereits ausgeführt, kannte die StPO in der damaligen Fassung keine Befangenheit von Staatsanwälten, die in weiterer Folge zu einer Delegierung des Strafverfahrens hätte führen können.

Diese Problematik der oben geschilderten Beispiele erkannte auch der Gesetzgeber, sodass er sich veranlasst sah, Befangenheitsgründe für Staatsanwälte gesetzlich in § 47 Abs 1 Z 1 bis 3 StPO zu verankern. Damit sollte bei den öffentlichen Anklägern ua das Bewusstsein geschaffen werden, wann sich diese Organe von einem Strafverfahren wegen Zweifel an der Unparteilichkeit oder Unvoreingenommenheit zu enthalten haben. Den Staatsanwälten wurde mit der Übertragung der Leitungsbefugnis des Ermittlungsverfahrens die wichtigste Rolle in diesem Verfahrensstadium eingeräumt, womit auch die Objektivität dieser Organe bestmöglich gewährleistet werden muss.

---

<sup>141</sup> Ausf dazu Kapitel 3.2.



## 4. Woraus ergibt sich ein Mitwirkungsverbot?

### 4.1 § 47 Abs 1 StPO

§ 47 Abs 1 StPO regelt die Befangenheit von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft. Es wurden in dieser Norm die Befangenheitsgründe für Beamte gemäß § 47 BDG, die Befangenheitsgründe für Verwaltungsorgane gemäß § 7 AVG und die Ausschließungsgründe des § 75 StPO aF systematisch und sprachlich angepasst, kombiniert und einheitlich unter dem Titel „Befangenheit von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft“ verrechtlicht.<sup>142</sup> Diese Befangenheitsregelung des § 47 StPO gibt an, dass sich alle Organe der Staatsanwaltschaft grundsätzlich von selbst von weiteren Handlungen zu enthalten und sogleich ihre Vertretung zu veranlassen haben, wenn sie sich für befangen halten.<sup>143</sup> Wie auch die Tätigkeit der Richter wird jene der Staatsanwälte am Maßstab der Objektivität gemessen, da Handlungen dieser Organe keinen Eindruck von Voreingenommenheit oder Parteilichkeit vermitteln dürfen.<sup>144</sup> Problematisch ist jedoch, dass im Ermittlungsverfahren in der Regel durch zielgerichtete Ermittlungsmaßnahmen eine gewisse Parteilichkeit vermittelt wird.<sup>145</sup> Das zeigt sich mE dadurch, dass in der Öffentlichkeit die Meinung vertreten wird, dass der Staatsanwalt Gegner des Angeklagten ist und nur die Verurteilung dessen erreichen möchte. Dahingehend sah sich der Gesetzgeber veranlasst klarzustellen, dass:

„Zielgerichtetes Vorgehen bedeutet nämlich keineswegs zwangsläufig, dass entlastenden und belastenden Umständen nicht mit gleicher Sorgfalt nachgegangen würde“.<sup>146</sup>

Das primäre Ziel der Befangenheitsregelung ist die Gewährleistung eines Ermittlungsverfahrens, das dem Objektivitätsgebot voll und ganz entspricht.<sup>147</sup> Der Grund dafür ist, dass der Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren als Leiter dieses

---

<sup>142</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>143</sup> Vgl § 47 Abs 1 StPO.

<sup>144</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>145</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>146</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>147</sup> Vgl *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 47 Rz 1.

Verfahrensabschnitts die Möglichkeit hätte, durch Setzen oder Nichtsetzen von Handlungen ein objektives Verfahren zu vereiteln. Es soll ferner vermieden werden, dass der Staatsanwalt aufgrund von persönlichen Emotionen ein Ermittlungsverfahren, insbesondere die Anklageerhebung, beeinflusst. Von großer Bedeutung ist § 47 StPO auch aus dem Grund, weil mit dem Inkrafttreten der Strafprozessreform am 01.01.2008 den Staatsanwälten mehr Aufgaben und demnach auch mehr Verantwortung übertragen wurde, die dadurch auf der anderen Seite einen stärkeren Rechtsschutz für den Beschuldigten bedürfen.

Neben der ursprünglichen Aufgabe zur Beschaffung des Beweismaterials für die Hauptverhandlung ist der Staatsanwalt auch für die Erhebung der Anklage beziehungsweise Nichtanklage zuständig. Richterähnlichen Kompetenzen kommen dem Staatsanwalts vor allem durch die Möglichkeit der Unterbreitung eines Diversionsangebots zu.<sup>148</sup>

Um daher eine vollkommen objektive Ermittlungstätigkeit des Staatsanwalts zu garantieren, bedarf es einer gesetzlichen Regelung wie § 47 StPO.

Nichtsdestotrotz ist die Befangenheitsregelung für Staatsanwälte auch im Hauptverfahren von Bedeutung.<sup>149</sup> In diesem Verfahrensabschnitt nimmt der öffentliche Ankläger zwar eine Stellung als Verfahrensbeteiligter ein, an seiner Verpflichtung zur Objektivität und der damit verbundenen Pflicht, belastende sowie entlastende Beweise gleichsam sorgfältig zu behandeln und später dem Gericht vorzulegen, ändert sich jedoch nichts.<sup>150</sup>

Kurzum handelt es sich bei § 47 StPO um die Norm, mit der der Grundsatz der Objektivität abgesichert werden soll.

#### **4.1.1 Der Angehörigenbegriff**

Der Angehörigenbegriff ist in § 47 Abs 1 Z 1 StPO geregelt und wurde sinngemäß von § 43 Abs 1 Z 1 StPO, der die Ausgeschlossenheit der Richter in Strafverfahren regelt, übernommen.<sup>151</sup> Unter diesen Umständen schließt § 47 Abs

---

<sup>148</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 119.

<sup>149</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 119.

<sup>150</sup> Vgl § 210 Abs 2 StPO.

<sup>151</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 47 Rz 2.

1 Z 1 StPO den Staatsanwalt in solchen Verfahren aus, in denen er in einer persönlichen Nahebeziehung zum Opfer steht und aufgrund dessen den Anschein erweckt, dass die Objektivitätspflicht verletzt werden könnte. Insofern ist dieser Befangenheitsgrund gegeben, wenn ein Angehöriger des Staatsanwalts oder der Staatsanwalt selbst im Verfahren als Beschuldigter, Privatankläger, Privatbeteiligter oder als sonstiger Parteienvertreter im Verfahren auftritt. Ferner regelt Z 1 leg cit, dass dieser Befangenheitsgrund sowohl bei aufrechter als auch bei bereits geschiedener Ehe anzuwenden ist.<sup>152</sup>

Bei der Auslegung des Angehörigenbegriffs ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten, da § 47 Abs 1 Z 1 StPO auf die Legaldefinition des § 72 StGB verweist. Somit ist klaggestellt, welche Personen von diesem Begriff umfasst sind. § 72 Abs 2 StGB stellt gleichgeschlechtliche Paare mit ungleichgeschlechtlichen gleich. Beachtenswert ist, dass § 47 Abs 1 Z 1 StPO zwar explizit erwähnt, dass nicht mehr bestehende Ehen einen Befangenheitstatbestand darstellen, dies jedoch nicht für eine nicht mehr bestehende Lebensgemeinschaft klarstellt.<sup>153</sup>

Eine gleichzeitige Stellung des Staatsanwaltes als Vertreter der Anklage und als Opfer beziehungsweise Opfervertreter ist ebenso durch das Gesetz ausgeschlossen. Der Staatsanwalt soll keine auf subjektiven Emotionen getragene Entscheidung, wie zum Beispiel eine Einstellung des Verfahrens, treffen und das Ermittlungsverfahren soll auch nicht in eine Richtung gelenkt werden, die unter Missachtung des Objektivitätsgrundsatzes gewählt wurde. Obwohl der Subsidiarankläger nicht ausdrücklich vom Angehörigenbegriff umfasst ist, ergibt sich daraus keine Rechtslücke, da er gemäß § 65 Z 4 StPO vom Begriff des Privatbeteiligten mit umfasst ist.<sup>154</sup>

Schon eine potentielle Schädigung dürfte ausreichend sein, dass sich ein Staatsanwalt in einem Strafverfahren für befangen erklären muss. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Schädigung durch die zu ermittelnde Straftat verursacht wurde.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> Vgl § 47 Abs 1 StPO.

<sup>153</sup> Vgl *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>13</sup> (2014) Rz 159.

<sup>154</sup> Vgl *Lässig* in WK-StPO § 43 Rz 4.

<sup>155</sup> Vgl *Lässig* in WK-StPO § 43 Rz 5.

#### 4.1.2 Tätigkeit in anderer Verfahrensrolle

§ 47 Abs 1 Z 2 StPO befasst sich mit der Situation, dass ein Staatsanwalt bereits im Vorfeld im selben Verfahren als Richter oder Kriminalpolizist tätig war. Mit diesem Befangenheitsgrund wird bezweckt, dass ein Staatsanwalt im gleichen Verfahren keine andere als die ursprüngliche Verfahrensrolle einnehmen soll, da er sich bereits zuvor eine Meinung in diesem Strafverfahren gebildet hätte.<sup>156</sup> Eine vorangegangene Tätigkeit als Richter oder Kriminalpolizist stellt für einen Staatsanwalt immer einen Befangenheitsgrund dar.<sup>157</sup> Somit ist bei Vorliegen eines solchen nicht darauf zu achten, ob eine konkrete Tätigkeit ausgeübt und das Verfahren beeinflusst wurde, sondern es wird ausschließlich auf die Funktion abgestellt.<sup>158</sup>

Kein Grund, um an der vollen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit eines Staatsanwalts zu zweifeln, ist es mE, wenn das Verfahren aufgrund eines erfolgreichen Rechtsmittels oder erfolgreichen Rechtsbehelfs aufgehoben wurde und zur neuen Verhandlung zurückverwiesen wurde. Argumente für diese Rechtsansicht sind mMn, dass es auch für den Angeklagten von Vorteil ist, wenn sich der zuständige Staatsanwalt bereits mit den einzelnen Beweismaterialien, die für den Angeklagten sowohl entlastend als auch belastend sein können, auseinandergesetzt hat und diese dem Gericht bei der Neuverhandlung vortragen kann. Darüber hinaus kann hier ins Treffen geführt werden, dass ein pauschaler Austausch von Staatsanwälten unverhältnismäßig wäre, denn auch Richter sind nicht generell von der neuerlichen Durchführung eines erfolgreich bekämpften Verfahrens ausgeschlossen.<sup>159</sup>

Nicht zuletzt spricht das Gesetz von Befangenheit im Sinne des § 47 Abs 1 Z 2 StPO, wenn ein Staatsanwalt zuvor als Richter oder Kriminalpolizist tätig war, und nicht davon, dass an der vollen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit zu zweifeln wäre, wenn er zuvor als Staatsanwalt tätig war. Deshalb kann mE daraus geschlossen werden, dass eine vorhergehende Tätigkeit als Staatsanwalt keine Befangenheit begründet.

---

<sup>156</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 64.

<sup>157</sup> *Lässig* in WK-StPO § 47 Rz 2.

<sup>158</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>159</sup> Vgl OGH 04.10.2011, 13 Os 94/11i; vgl *Lässig* in WK-StPO § 43 Rz 32 ff.

### 4.1.3 Andere Gründe

Bei § 47 Abs 1 Z 3 StPO handelt es sich um eine Generalklausel für Befangenheitsgründe.<sup>160</sup> Die Generalklausel ordnet an, dass bei Vorliegen von anderen Gründen Befangenheit anzunehmen ist, wenn diese Gründe geeignet sind, an der vollkommenen Objektivität zu zweifeln.<sup>161</sup> Als Maßstab zur Beurteilung wird ein verständig würdigender objektiver Beurteiler herangezogen, der bei Betrachtung der äußeren Umstände Zweifel an der unvoreingenommenen und unparteilichen Dienstverrichtung hätte.<sup>162</sup>

Richter sind gemäß § 43 Abs 1 Z 2 StPO von einem Verfahren ausgeschlossen, wenn sie in einem Verfahren als Beweisperson auftreten. Die Ausgeschlossenheit wird jedoch erst durch den Beschluss über die Zulassung des Richters als Zeuge bewirkt und nicht schon durch den Antrag einer Partei.<sup>163</sup> Ein Staatsanwalt ist hingegen nicht von seiner weiteren Tätigkeit als öffentlicher Ankläger ausgeschlossen, wenn er als Zeuge in diesem Strafverfahren aussagen könnte.<sup>164</sup> Dies resultiert mE ua daraus, dass an ermittelnde Organe ein nicht gleich strenger Maßstab angelegt werden darf wie an entscheidende Organe und auch, dass ein Staatsanwalt durch eine Zeugenaussage nicht pauschal ausgeschlossen werden soll.

Allerdings kann in einem Fall, in welchem der Staatsanwalt außerdienstlich Zeuge einer Straftat wurde, der Befangenheitsgrund des § 47 Abs 1 Z 3 StPO zur Anwendung gelangen, wenn Umstände hinzutreten, die an der vollen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit Zweifel entstehen lassen.<sup>165</sup> Ob nun solche Umstände vorliegen, wird nicht durch das bloße subjektive Empfinden des Betroffenen geklärt, sondern durch die Frage „ob die äußeren Umstände geeignet sind, bei einem verständig würdigenden objektiven Beurteiler nahe liegende Zweifel“ hervorzurufen.<sup>166</sup> Sogenannte äußere Umstände, die auf Befangenheit hinweisen, sind zum Beispiel gegeben, wenn der Staatsanwalt eine persönliche

---

<sup>160</sup> *Lässig* in WK-StPO § 47 Rz 3.

<sup>161</sup> Vgl § 47 Abs 1 Z 3 StPO.

<sup>162</sup> RIS-Justiz RS0097086.

<sup>163</sup> OGH 30.03.1987, 13 Os 27/87 JBL 1974, 584; *Lässig* in WK-StPO § 43 Rz 7.

<sup>164</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 60.

<sup>165</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>166</sup> OGH 18.07.2007, 12 Ns 56/07t EvBL 1988, 153; *Lässig* in WK-StPO § 43 Rz 10.

Bindung zu einer Verfahrenspartei hat, wobei es hier wiederum, wie auch beim Richter, maßgeblich auf Dauer und Intensität der Beziehung ankommt.<sup>167</sup>

Auch wenn der Staatsanwalt durch einen Freispruch oder eine Verurteilung, also einem bestimmten Verfahrensausgang, einen Nutzen beziehungsweise einen Schaden hätte, ist davon auszugehen, dass die nötige Objektivität im Verfahren nicht gewährleistet werden kann.<sup>168</sup>

Einen Nutzen könnte ein Staatsanwalt auch durch die Anzeige einer bestimmten Straftat erlangen. Aber das Auftreten als Anzeiger reicht in der Regel nicht aus, um einen Befangenheitsgrund nach § 47 Abs 1 Z 3 StPO anzunehmen. Es muss diesbezüglich wieder geprüft werden, ob hinter der Anzeige eine gewisse Eigennützigkeit des Staatsanwalts stecken könnte.<sup>169</sup>

Dass die Verletzung der Objektivität nicht gezwungenermaßen in der Person des Staatsanwalts liegen muss, entschied der EGMR in einer E im Jahr 2010. In dieser sah der Gerichtshof eine Verletzung der Objektivität in der Durchführung der Hauptverhandlung ohne Anwesenheit eines Staatsanwalts.<sup>170</sup>

Ein dienstliches Naheverhältnis reicht für sich in der Regel noch nicht, um begründete Zweifel an der Unvoreingenommenheit entstehen zu lassen.<sup>171</sup> Dennoch kann fallbezogen dann eine Befangenheit gegeben sein, wenn Organe der Kriminalpolizei gegen Kollegen ihrer Dienststelle zu ermitteln hätten.<sup>172</sup> Fallbezogen deshalb, weil zuerst geprüft werden muss, ob tatsächlich Gründe vorliegen, die einen Zweifel an der Unvoreingenommenheit entstehen lassen.

Ein aufrechtes Sachwalterverhältnis zwischen dem Staatsanwalt und der besachwalteten Person wird mE im Strafverfahren zu einer Befangenheit gemäß § 47 Abs 1 Z 3 StPO führen, sodass sich der Staatsanwalt wegen Befangenheit vom weiteren Verfahren fernzuhalten hat.<sup>173</sup>

---

<sup>167</sup> Vgl *Lässig* in WK-StPO § 43 Rz 10 mwN.

<sup>168</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 61.

<sup>169</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 61.

<sup>170</sup> EGMR 18.05.2010, 64962/01, *Ozerov/Russland*.

<sup>171</sup> RIS-Justiz RS0096723.

<sup>172</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>173</sup> Vgl *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup> (2014) Rz 75.

#### 4.1.4 Gefahr im Verzug

Der Begriff „Gefahr im Verzug“ wird in der StPO an mehreren Stellen verwendet.<sup>174</sup> Da er jedoch stets dasselbe ausdrückt, darf für § 47 Abs 2 StPO nichts anderes gelten als für den Begriff bei Ermittlungen der Kriminalpolizei im Ermittlungsverfahren. Daher handelt es sich bei Gefahr im Verzug um die „unabweisliche Notwendigkeit sofortigen Einschreitens“.<sup>175</sup> § 47 Abs 2 StPO ordnet an, dass ein befangener Staatsanwalt, entgegen der allgemeinen Regelung, weitere Amtshandlungen vornehmen darf, wenn es nicht möglich ist, dass diese Amtshandlung sogleich durch ein anderes, unbefangenes Organ vorgenommen werden kann. Ausdrücklich ausgenommen sind vom Gesetz aber weiterhin Amtshandlungen, die ein mit Befangenheit behaftetes Organ gegen sich selbst oder gegen einen seiner Angehörigen setzen würde.<sup>176</sup> Zu den Angehörigen zählen wiederum alle in § 72 StGB aufgezählten Personen, wobei auch eingetragene Partnerschaften vom Begriff der Angehörigen umfasst sind.<sup>177</sup>

Das Gesetz besagt, dass sich der betroffene Staatsanwalt von einem anderen Organ bei der Amtshandlung vertreten zu lassen hat, außer er kann seine Vertretung nicht sogleich bewirken.<sup>178</sup> Daraus schlussfolgert *Lässig*, allerdings hinsichtlich Richter, dass diese alle prozessualen Schritte zu unterlassen haben, sobald ein Ausschließungsgrund wahrscheinlich gegeben ist und nicht erst zu dem Zeitpunkt, an dem der Richter vom Vorliegen eines Ausschließungsgrundes überzeugt ist.<sup>179</sup> Auch Staatsanwälte haben sich daher mE bereits ab jenem Zeitpunkt von weiteren Amtshandlungen zu enthalten, bei dem sich bei rechtlicher Würdigung eines Sachverhalts mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit ein Befangenheitsgrund ergibt.

Gefahr im Verzug ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein Tätigwerden des befangenen Organs notwendig ist, um etwaige Schäden abzuwenden oder Beweise sicherzustellen.<sup>180</sup> Weitere unaufschiebbare Amtshandlungen sind, wenn

---

<sup>174</sup> § 38 StPO; § 99 Abs 2 StPO; § 120 Abs 1 StPO; § 153 Abs 3 StPO; § 171 Abs 2 Z 2 StPO.

<sup>175</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 99 Rz 2.

<sup>176</sup> § 47 Abs 2 StPO.

<sup>177</sup> Vgl dazu Kapitel 4.1.1.

<sup>178</sup> § 47 Abs 2 StPO.

<sup>179</sup> Vgl *Lässig* in WK-StPO § 44 Rz 1.

<sup>180</sup> *Lässig* in WK-StPO § 47 Rz 4.

durch das Unterlassen einer solchen eine Verfristung bewirkt oder das Beschleunigungsgebot verletzt werden würde.<sup>181</sup>

## 4.2 Objektivitätsgebot des Staatsanwalts

Der Grundsatz der Objektivität verpflichtet ua den Staatsanwalt dazu, weder in subjektiver noch in objektiver Hinsicht Sorge an seiner vollkommenen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit aufkommen zu lassen.<sup>182</sup> Schon der berechnete Zweifel Dritter kann eine Befangenheit gemäß § 47 Abs 1 StPO nach sich ziehen.<sup>183</sup> In diesem Kapitel wird untersucht, ob sich ein Mitwirkungsverbot unmittelbar aus dem Objektivitätsgrundsatz ableiten lässt.

Die Adressaten des § 3 Abs 2 StPO sind das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Kriminalpolizei, jedoch nicht der Verteidiger des Beschuldigten.<sup>184</sup>

Ein gewisses Spannungsverhältnis entsteht dadurch, dass die Staatsanwaltschaft einerseits die Stellung als Verfahrensbeteiligter im Hauptverfahren inne hat und andererseits stets der Objektivitätspflicht unterliegt.<sup>185</sup>

Um eine bessere Verständlichkeit zu erreichen, wird dieses Problem in das Kapitel „Ermittlungsverfahren“ und in das Kapitel „Hauptverfahren“ unterteilt.

### 4.2.1 Ermittlungsverfahren

Das Ermittlungsverfahren wird gemäß § 20 StPO von der Staatsanwaltschaft geleitet. Nur die Staatsanwaltschaft alleine entscheidet, wie im Ermittlungsverfahren vorzugehen ist.<sup>186</sup> Sie kann entweder gegen eine Person Anklage einbringen und somit das Hauptverfahren einleiten, sie kann von der Verfolgung zurücktreten oder das Verfahren einstellen.<sup>187</sup> § 101 Abs 1 StPO ordnet an, dass dem zuständigen Staatsanwalt gegenüber der Kriminalpolizei das

---

<sup>181</sup> *Lässig* in WK-StPO § 44 Rz 4.

<sup>182</sup> Vgl Kapitel 4.1.

<sup>183</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 60.

<sup>184</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 3 Rz 6 und 8.

<sup>185</sup> *Aicher*, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Parteistellung und Objektivitätsgebot, in *Pilgermair* (Hrsg), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert. Aufgaben – Positionen - Perspektiven (2001) 381.

<sup>186</sup> Vgl § 20 Abs 1 StPO.

<sup>187</sup> § 20 Abs 1 StPO.



Anleitungsrecht hinsichtlich der Ermittlungstätigkeiten zukommt.<sup>188</sup> Dieses Anleitungsrecht ist deshalb besonders wichtig, weil die faktische Dominanz der Kriminalpolizei im Ermittlungsverfahren durch die rechtliche Dominanz der Staatsanwaltschaft ausgeglichen werden soll.<sup>189</sup> Auch gerade wegen der Aufgaben, die auf die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zukommen, ist in diesem Verfahrensstadium die Einhaltung der Objektivität und damit eine objektive Stoffsammlung von belastenden und entlastenden Beweisen von großer Bedeutung.<sup>190</sup> Wäre die Staatsanwaltschaft nicht zur Objektivität verpflichtet, würde mMn jedes Strafverfahren in Österreich gegen Art 6 EMRK verstoßen, da der Grundsatz der Waffengleichheit aufgrund der Dominanz der Staatsanwaltschaft gegenüber des Beschuldigten verletzt werden würde.

Ein weiteres Spannungsfeld ergibt sich aus der Vorschrift über die Anklageerhebung (§ 210 StPO). Hiernach hat der Staatsanwalt die Anklageschrift bei Gericht einzubringen, wenn eine Verurteilung nahe liegt.<sup>191</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass am Ende des Hauptverfahrens eine Verurteilung beziehungsweise ein Schuldspruch ausgesprochen wird, muss mehr als 50 % betragen.<sup>192</sup> Das bedeutet, dass der zur Objektivität verpflichtete Staatsanwalt (am Ende des Ermittlungsverfahrens) von der Schuld des Beschuldigten überzeugt sein muss, obwohl er der Verpflichtung zur Objektivität entsprechend keine vorgefasste Meinung haben darf. Dieser Problematik war man sich jedoch bereits vor Inkrafttreten der Strafprozessreform bewusst.<sup>193</sup> *Aicher* kam damals zum Entschluss, dass die „Kombination aus Parteistellung und Objektivitätsgebot in der derzeitigen Rechtslage – abgesehen von der Problematik der politischen Weisung – durchaus ausgewogen und nur wenig korrekturbedürftig“ ist.<sup>194</sup> Wobei hier darauf hinzuweisen ist, dass das Gesetz an keiner Stelle von einer Parteistellung des Staatsanwalts spricht, sondern gemäß § 210 Abs 2 StPO von der Stellung als Verfahrensbeteiligter. Mit dem Argument des Gesetzgebers: „Zielgerichtetes Vorgehen bedeutet nämlich keineswegs zwangsläufig, dass entlastenden und

---

<sup>188</sup> *Tauschmann* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), *Praktikerkommentar zur StPO* (2013) § 101 Rz 2.

<sup>189</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 43.

<sup>190</sup> Vgl *Schmoller* in *WK-StPO* § 3 Rz 24.

<sup>191</sup> § 210 Abs 1 StPO.

<sup>192</sup> *Birklbauer/Mayrhofer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), *Wiener Kommentar zur StPO* (2009) § 210 Rz 5.

<sup>193</sup> Vgl *Aicher* in *Pilgermair* 377 ff.

<sup>194</sup> *Aicher* in *Pilgermair* 377 ff.

belastenden Umständen nicht mit gleicher Sorgfalt nachgegangen würde“<sup>195</sup> wurde versucht, dieser Problematik zu begegnen.

Uneingeschränkter Objektivität des öffentlichen Anklägers bedarf es im Ermittlungsverfahren vor allem auch deshalb, weil ihm mit der Möglichkeit einer diversionellen Erledigung eine gewisse richterliche Kompetenz übertragen wurde.<sup>196</sup> Für eine Diversion muss der Staatsanwalt als Voraussetzung ua den Sachverhalt soweit hinreichend geklärt haben, dass eine Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 190 ff StPO nicht in Frage kommt. Als Diversionsmaßnahmen kommen der Tatausgleich, die gemeinnützige Leistung, die Zahlung eines Geldbetrages oder die Probezeit in Betracht. Liegen die Voraussetzungen für eine Diversion vor, so ist der Staatsanwalt verpflichtet, dem Beschuldigten ein Diversionsangebot zu unterbreiten.<sup>197</sup> Nimmt der Beschuldigte es an, ist das Strafverfahren damit grundsätzlich beendet.

#### 4.2.2 Hauptverfahren

Mit dem Einlangen der Anklage bei Gericht beginnt das Hauptverfahren.<sup>198</sup> Ab diesem Zeitpunkt wird die Staatsanwaltschaft zur Verfahrensbeteiligten.<sup>199</sup> Damit ist gemeint, dass die Staatsanwaltschaft ab Beginn des Hauptverfahrens ihre dominierende verfahrensleitende Position verliert, da die Leitung des Verfahrens nun dem Gericht zukommt.<sup>200</sup>

Die Staatsanwaltschaft ist in der Hauptverhandlung nicht ausschließlich Verfahrensbeteiligte, sondern auch Organ der Rechtspflege, das dem Objektivitätsgebot verpflichtet ist.<sup>201</sup> Das bedeutet, dass der Staatsanwalt dem Gericht auch während des Hauptverfahrens sowohl belastendes als auch entlastendes Beweismaterial vorlegen muss.

---

<sup>195</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>196</sup> Vgl § 198 ff StPO.

<sup>197</sup> Vgl *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 198 Rz 7.

<sup>198</sup> § 210 Abs 2 StPO.

<sup>199</sup> § 210 Abs 2 StPO.

<sup>200</sup> Vgl *Pilnacek/Pleischl*, Vorverfahren Rz 795.

<sup>201</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 3 Rz 24.

Die Objektivitätspflicht der Staatsanwälte im Hauptverfahren zeigt sich auch durch die Pflicht zur Erhebung von Rechtsmitteln zugunsten des Angeklagten.<sup>202</sup> Auch in Fällen, in denen das Gesetz nicht ausdrücklich vorsieht, dass eine Pflicht zur Rechtsmittelerhebung durch den Staatsanwalts besteht, kann eine solche Aufgabe dennoch bestehen.<sup>203</sup> Ein Beispiel hierfür ist die Beschwerde gemäß § 87 StPO.

Eine Ausgestaltung der Position des Staatsanwalts als parteiischer Vertreter der Anklage, der somit nicht dem Objektivitätsgebot unterliegt, wäre in Österreich theoretisch möglich, es müsste dann jedoch die Position des Beschuldigten und seines Verteidigers gestärkt werden, um Problemen mit dem Fair Trial Grundsatz vorzubeugen.<sup>204</sup>

#### **4.2.3 Conclusio**

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass das Objektivitätsgebot, geregelt in § 3 Abs 2 StPO, vorgibt, wie sich ein Staatsanwalt in einem Strafverfahren zu verhalten hat. Grundsätzlich jeder Verstoß des Staatsanwalts gegen dieses Gebot führt zu einem Mitwirkungsverbot, welches über § 47 StPO geltend zu machen ist. Anzumerken ist mE jedenfalls, dass im Ermittlungsverfahren ein strengerer Maßstab an die Objektivität angelegt werden muss, da Staatsanwälte die verfahrensleitende Position einnehmen und damit auch einer strengeren Kontrolle unterliegen müssen.

Im Hauptverfahren gilt zwar für den Staatsanwalt weiterhin die Verpflichtung zur Objektivität, im Vergleich zum Ermittlungsverfahren ist diese aber abgeschwächt, da die Verfahrensleitung dem Gericht obliegt.

### **4.3 Fair Trial**

Im Eingangskapitel wurde bereits erklärt, dass der Fair Trial Grundsatz ein faires Verfahren vor staatlichen Gerichten garantieren soll.<sup>205</sup> Es soll nun in diesem

---

<sup>202</sup> Vgl §§ 282 Abs 1, 465 Abs 1 StPO.

<sup>203</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 3 Rz 24.

<sup>204</sup> *Schmoller* in WK-StPO § 3 Rz 6.

<sup>205</sup> Siehe Kapitel 2.5.

Kapitel geklärt werden, ob sich aus diesem Grundsatz ein Mitwirkungsverbot für den öffentlichen Ankläger aufgrund Befangenheit ableiten lässt.

Durch Unterzeichnung und Ratifizierung der EMRK sind die Konventionsstaaten verpflichtet, das Vertrauen in die Justiz zu erhalten, indem die Mitglieder des Gerichts ua unparteiisch, also weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht Zweifel an der Unbefangenheit bestehen, sind.<sup>206</sup> Auch wenn die EMRK in Österreich im Verfassungsrang steht und daher diese Rechte unmittelbar für Gerichte und Verwaltungsbehörden anzuwenden sind, werden die darin verbürgten Rechte in erster Linie zur Auslegung der österreichischen Gesetze im einfachen Gesetzesrang herangezogen, da die EMRK lediglich Mindeststandards vorschreibt. Sollte sich im Zuge eines Rechtsstreits ergeben, dass die verfassungsrechtlich garantierten Rechte in Art 6 EMRK weiter sind und somit mehr Rechte garantieren, als jene, die aus dem Objektivitätsgebot abgeleitet werden können, wäre es mMn möglich, über das entscheidende ordentliche Strafgericht eine Normenkontrolle gemäß Art 140 Abs 1 B-VG beim österreichischen VfGH anzuregen, weil die Objektivitätspflicht gemäß § 3 Abs 2 StPO gegen das verfassungsmäßig gewährleistete Recht auf ein faires Verfahren verstoßen würde.

Somit ist hier zu sagen, dass unmittelbar aus dem Fair Trial Grundsatz kein Mitwirkungsverbot für den Staatsanwalt abgeleitet werden kann. Dieser Grundsatz dient dazu, wie der Name schon sagt, ein gerechtes Verfahren zu gewährleisten, indem er elementare Mindestverfahrensgarantien verbürgt.<sup>207</sup> Verstößt der Staatsanwalt gegen die Unparteilichkeit und damit gegen das Objektivitätsgebot, muss mE eine Befangenheit weiterhin über den § 47 StPO geltend gemacht werden. Auch in der Jud lässt sich keine Rsp finden, bei der eine Befangenheit eines Gerichtsorgans unmittelbar auf Art 6 EMRK gestützt worden wäre.

---

<sup>206</sup> EGMR 24.02.1993, 14396/88, *Fey/Österreich* Rz 28 JBL 1993, 508 = ÖJZ 1993, 394; *Meyer* in *Karpenstein/Meyer* (Hrsg), EMRK Kommentar (2012) Art 6 Rz 43.

<sup>207</sup> *Meyer*, EMRK Kommentar Art 6 Rz 1.

#### 4.4 § 3 StAG

Vor der 2. Dienstrechts-Novelle 2007<sup>208</sup> normierte § 3 Abs 2 StAG<sup>209</sup> aF im zweiten, dritten und vierten Satz hinsichtlich der Arbeitsweise für Staatsanwälte Folgendes:

„Sie arbeiten selbständig und in eigener Verantwortung im Rahmen der dienstlichen Anweisungen ihrer Vorgesetzten. Die Staatsanwälte sind der Republik Österreich zur Treue verpflichtet und haben die Bundesverfassung sowie alle anderen Gesetze unverbrüchlich zu beachten. Sie haben sich mit voller Kraft und allem Eifer dem Dienst zu widmen und die Pflichten ihres Amtes rasch, gewissenhaft, unparteiisch und uneigennützig zu erfüllen.“

Auch wenn diese Formulierung nicht mehr explizit in dieser Norm enthalten ist, da diese vom Gesetzgeber gekürzt wurde, kann davon ausgegangen werden, dass die oben zitierte Verpflichtung dennoch weiterhin gilt. Damit hat § 3 StAG im Grunde denselben Regelungsinhalt wie das Objektivitätsgebot gemäß § 3 Abs 2 StPO. Dahingehend verpflichtet mE auch § 3 Abs 2 StAG Staatsanwälte zur objektiven Dienstverrichtung.

Der Unterschied zwischen den beiden gesetzlichen Normen in der StPO und dem StAG liegt mE schlussendlich in der Möglichkeit der Geltendmachung. Das StAG schreibt dem Staatsanwalt im internen Weg vor, wie sich dieser bei der Dienstverrichtung zu verhalten habe, andernfalls droht ihm ein Disziplinarverfahren.

Mit der 2. Dienstrechts-Novelle und der damit zusammenhängenden Streichung des zweiten, dritten und vierten Satzes des § 3 Abs 2 StAG wurden diese sogleich inhaltsähnlich in § 57 Abs 1 Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz (kurz: RStDG)<sup>210</sup> wieder eingeführt.<sup>211</sup> Die Verpflichtung der Staatsanwälte ihr Amt unparteiisch, das heißt neutral, sachlich und vorurteilslos auszuüben, blieb somit auch dienstrechtlich weiterhin bestehen.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> BGBl I 2007/96.

<sup>209</sup> § 3 Abs 2 StAG idF BGBl 1986/164.

<sup>210</sup> BGBl 1961/305 idF BGBl I 2015/32.

<sup>211</sup> Vgl §§ 57 Abs 1, 173 RStDG.

<sup>212</sup> *Wanke/Perl/Sachs*, Taschenkommentar RStDG (2014) § 57 Anm 11.

Wie das Objektivitätsgebot in § 3 Abs 2 StPO statuiert, verpflichtet auch § 57 Abs 1 RStDG Richter und Staatsanwälte ihr Amt unvoreingenommen und unparteiisch auszuüben. Da es sich beim RStDG jedoch lediglich um internes Dienstrecht handelt, kann mE kein unmittelbares Mitwirkungsverbot am Verfahren aus dieser Norm abgeleitet werden. Sehr wohl kann § 57 Abs 1 RStDG mMn für Argumentationszwecke herangezogen werden, wenn ein Staatsanwalt seine Befangenheit seinem Vorgesetzten anzeigt oder wenn ein Beschuldigter eine Aufsichtsbeschwerde einbringt.<sup>213</sup>

#### **4.5 Exkurs: Verletzung des Objektivitätsgebots durch Verfahrensgarantien**

Dass ein Mitwirkungsverbot eines Staatsanwalts nicht unmittelbar aus dem Fair Trial Grundsatz beziehungsweise aus den daraus entspringenden Verfahrensgarantien abgeleitet werden kann, wurde bereits oben festgestellt.<sup>214</sup> An dieser Stelle soll nun untersucht werden, inwiefern ein Zusammenhang zwischen der Unschuldsvermutung beziehungsweise dem Grundsatz der Waffengleichheit und der objektiven Dienstverrichtung eines Staatsanwalts besteht.

„Unschuldsvermutung“ bedeutet für einen Beschuldigten, dass er bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld als unschuldig zu gelten hat.<sup>215</sup> In erster Linie richtet sich die Unschuldsvermutung an Richter, da diese nicht voreingenommen Entscheidungen treffen sollen.<sup>216</sup> Unter diesem Aspekt ergeben sich Gemeinsamkeiten zwischen der Unschuldsvermutung und dem Objektivitätsgebot gemäß § 3 Abs 2 StPO, da sich aus dem Letztgenannten auch die Verpflichtung ergibt, vollkommen unparteiisch zu ermitteln und zu entscheiden.<sup>217</sup>

Des Weiteren folgt aus dem Prinzip der Unschuldsvermutung, dass es die Aufgabe des Anklägers ist, Beweise für die Schuld des Angeklagten zu

---

<sup>213</sup> Siehe dazu Kapitel 5.3.

<sup>214</sup> Ausf dazu Kapitel 4.2.

<sup>215</sup> Siehe dazu Kapitel 2.5.2.5.

<sup>216</sup> *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>5</sup> § 24 Rz 126; *Grabenwarter* in WK-StPO § 8 Rz 4 mwN.

<sup>217</sup> *Grabenwarter* in WK-StPO § 8 Rz 4.

erbringen.<sup>218</sup> Dem Angeklagten soll offensichtlich nicht die Bürde auferlegt werden, sich von Beschuldigungen frei zu beweisen.

Bei der Zusammenarbeit der Staatsanwälte mit den Medien, zu der die Justiz verpflichtet ist, muss besonders auf die Wortwahl der Justizorgane geachtet werden, damit die gewählten Worte die Unschuldsvermutung nicht verletzen.<sup>219</sup> Auf keinen Fall darf die Information an die Öffentlichkeit eine Schuldbehauptung enthalten.<sup>220</sup> Eine Verletzung der Unschuldsvermutung kann auch darin liegen, wenn der Berufungswerber in Gefängniskleidung vor das Berufungsgericht geführt wird, da dies den Eindruck der Schuld vermittelt.<sup>221</sup>

Verstößt der Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren gegen die Unschuldsvermutung, indem er vor der rechtskräftigen Verurteilung eines Angeklagten von dessen Schuld überzeugt ist und dies in der Öffentlichkeit kund tut, liegt mE in der Regel Befangenheit gemäß § 47 Abs 1 Z 3 StPO vor, da dieser Staatsanwalt an der objektiven Verrichtung seiner Arbeit gehindert ist.<sup>222</sup> Damit soll nicht gesagt werden, dass sich aus der Unschuldsvermutung ein Mitwirkungsverbot ableiten lässt, sondern nur, dass mE ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung einen sonstigen Befangenheitsgrund nach § 47 Abs 1 Z 3 StPO darstellen kann.

Ein Staatsanwalt kann die Unschuldsvermutung auch dann verletzen, wenn das freisprechende erstinstanzliche Urteil in Berufung gegangen ist und er während dieser Zeit erklärt, dass kein Richter ihn davon überzeugen könne, dass der Angeklagte unschuldig sei.<sup>223</sup>

Auch im Hauptverfahren könnte der Staatsanwalt dagegen verstoßen, indem er durch entsprechendes Verhalten den Anschein vermittelt, sich von der Schuld des Angeklagten in keiner Weise abbringen zu lassen, obwohl er verpflichtet ist, entlastenden Beweisen mit gleicher Sorgfalt zu begegnen. Schwierig ist hierbei

---

<sup>218</sup> EGMR 06.12.1988, 10590/83, Barbara, Messegu u. Jabardo/Spanien Rz 77.

<sup>219</sup> Vgl BMJ-Pr50000/0002-Pr 3/2014 (Medienerlass).

<sup>220</sup> EGMR 10.02.1995, 15175/89, Allenet de Ribemont/Frankreich Rz 39 ÖJZ 1995, 509.

<sup>221</sup> EGMR 04.03.2008, 33065/03, Samoila u Cionca/Rumänien Rz 99 f.

<sup>222</sup> Vgl EGMR 10.02.1995, 15175/89, Allenet de Ribemont/Frankreich Rz 39 ÖJZ 1995, 509.

<sup>223</sup> EGMR 07.01.2010, 32130/03, Petyo Petkov/Bulgarien Rz 92 ff. *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup> Art 6 Rz 214.

jedoch die Entscheidung deshalb, da der Staatsanwalt gemäß § 210 Abs 1 StPO das Hauptverfahren eingeleitet hat, gerade aus dem Grund, weil er von der Schuld des Täters überzeugt ist. Allenfalls könnte ein Staatsanwalt mE bei einer schwerwiegenden Verletzung der Unschuldsvermutung gemäß § 47 Abs 1 Z 3 StPO befangen sein, da eine vollkommen objektive Tätigkeit in diesem Fall nicht mehr möglich wäre.

Eine Verletzung der Unschuldsvermutung führt mE aus oben genannten Gründen nicht unmittelbar zu einem Mitwirkungsverbot des Staatsanwalts, weil die Verletzung der Unschuldsvermutung letztendlich eine Verletzung des Objektivitätsgebots darstellt, was wiederum zu einer Befangenheit des Staatsanwalts gemäß § 47 StPO führt.

Der Grundsatz der Waffengleichheit besteht im Strafverfahren zwischen dem Vertreter der Anklage und dem Beschuldigten.<sup>224</sup> Beide Parteien müssen im selben Umfang von denselben Beweisen in Kenntnis gesetzt werden um gleichermaßen die Entscheidung des Gerichts beeinflussen zu können.<sup>225</sup> Beide Verfahrensbeteiligten sollen die Möglichkeit haben, „mit den gleichen Waffen kämpfen“ zu können.

Eine Waffengleichheit zwischen Staatsanwalt und Beschuldigten ist im Ermittlungsverfahren nicht vorhanden, da das Gesetz in § 20 Abs 1 StPO der Staatsanwaltschaft die Leitung des Ermittlungsverfahrens überträgt. Zwar ist der Staatsanwalt als Strafverfolgungsbehörde zur Objektivität verpflichtet, dennoch kann laut *Geyer* im Vorverfahren aufgrund der Parteistellungen – die Staatsanwaltschaft als Leiterin des Ermittlungsverfahrens gegenüber des Beschuldigten – keine Waffengleichheit hergestellt werden.<sup>226</sup>

Ohne diese Ansicht zu bestreiten, kann dem mE in gewisser Weise entgegengehalten werden, dass Staatsanwälte im Ermittlungsverfahren an ein strenges Objektivitätsgebot gebunden sind. Insofern sind diese Organe verpflichtet, alle gesammelten Beweise sowohl zugunsten als auch zulasten des

---

<sup>224</sup> Vgl *Sander mann*, „Waffengleichheit“ im Strafprozeß – Zu den rechtlichen Grundlagen dieses Rechtsinstituts (Diss Univ Köln 1975) 5 mwN.

<sup>225</sup> Vgl *Sander mann*, „Waffengleichheit“ 145.

<sup>226</sup> Vgl *Geyer*, Die neue Rolle des Staatsanwalts nach der StPO-Reform in: Band 8 der Schriftenreihe des BMI, Neue Wege im Strafverfahren (2008) 99.



Angeklagten dem Gericht vorzulegen. Immerhin gibt es gemäß § 106 StPO einen wirksamen Rechtsbehelf gegen staatsanwaltschaftliches Handeln.

Weiters ist es mE möglich, dass ein Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren trotz der Stellung als Leiter dieses Verfahrensstadiums vollkommen objektiv handelt.

Diesem Ungleichgewicht des Stärkeverhältnisses im Ermittlungsverfahren wird versucht durch die Stärkung der Rechte der Beschuldigten entgegenzuwirken. Aus dem Recht zur Akteneinsicht ergibt sich nämlich das Recht, dass der Beschuldigte grundsätzlich in alle Beweismittel des Staatsanwalts Einsicht nehmen darf.<sup>227</sup> Diese Offenlegungspflicht besteht ausschließlich für den Staatsanwalt und eben nicht für den Verteidiger des Beschuldigten. Der Verteidiger des Beschuldigten ist hingegen standesrechtlich verpflichtet, seinen Mandanten bestmöglich zu verteidigen.<sup>228</sup> Gemäß § 9 RAO<sup>229</sup> ist der Verteidiger verpflichtet, seinen Mandanten umfassend nach bestem Wissen zu vertreten. Daraus ergibt sich, dass der Verteidiger des Beschuldigten nicht zur Objektivität verpflichtet ist.

Darüber hinaus wurde von Rechtsanwälten die gesetzliche Regelung bezüglich der Sachverständigengutachten kritisiert.<sup>230</sup> Konkret ging es darum, dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren Sachverständige mit einem Gutachten beauftragen konnte und diese in der Hauptverhandlung nahezu unverändert als Beweisgrundlage für das Urteil herangezogen wurden.<sup>231</sup> Die Verteidigung hatte zwar die Möglichkeit Privatsachverständige mit einem Privatgutachten zu betrauen, jedoch war diesen Privatsachverständigen ein direktes Fragerecht verwehrt.<sup>232</sup> Der Sachverständige der Staatsanwaltschaft nahm insofern eine Doppelfunktion ein. Er war einerseits Beweismittel der Staatsanwaltschaft und andererseits ein Gehilfe des Gerichts. Nunmehr wurde dieser Kritik der Rechtsanwaltschaft mit dem Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014<sup>233</sup> begegnet. Mit dem Inkrafttreten dieser Novelle am 01.01.2015 hat der Angeklagte

---

<sup>227</sup> Ausf dazu Kapitel 2.5.2.4.2.

<sup>228</sup> Vgl *Schmoller* in WK-StPO § 3 Rz 6.

<sup>229</sup> BGBl I 2014/40.

<sup>230</sup> 3. Beschluss vom 10. StrafverteidigerInnenstag vom 10.03.2012; 11. StrafverteidigerInnenstag vom 16.03.2013 (abrufbar unter:

<http://www.strafverteidigung.at/strafvert/ingang/download.php#STRAFVERTEIDIGERINNENTAG E-BESCHL%DCSSE>).

<sup>231</sup> 11. StrafverteidigerInnenstag vom 16.03.2013.

<sup>232</sup> Vgl § 249 Abs 3 StPO idF BGBl I 2007/93.

<sup>233</sup> BGBl I 2014/71.

gemäß § 126 Abs 5 StPO die Möglichkeit einen Antrag auf Enthebung des Sachverständigen aufgrund von Befangenheit zu stellen und allenfalls auch selbst einen neuen Sachverständigen vorzuschlagen.

Auch im Hauptverfahren hat der Grundsatz der Waffengleichheit für Staatsanwälte Relevanz. Das wird dadurch deutlich, dass ein Staatsanwalt verpflichtet ist, Rechtsmittel auch zugunsten des Angeklagten zu erheben beziehungsweise, dass er bei einer Änderung des Sachverhalts unter Umständen gezwungen ist, die Klage zurückzuziehen.<sup>234</sup>

Zur Waffengleichheit ist damit schlussfolgernd festzuhalten, dass eine tatsächliche Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigten nicht ohne weitere Schwierigkeiten umsetzbar ist. Um hier aber den Kreis zur Befangenheit zu schließen, soll angemerkt sein, dass es für den Staatsanwalt einen Verstoß gegen das Objektivitätsgebot und damit einen Befangenheitsgrund darstellen kann, wenn er aufgrund von unsachlichen psychologischen Motiven die Rechte des Beschuldigten einschränkt. Dadurch begeht er einen Verstoß gegen diesen Grundsatz.

---

<sup>234</sup> Vgl dazu Kapitel 4.3.2.

## 5. Vorgehensweise bei Verletzung der Objektivität

### 5.1 Selbstanzeige des Staatsanwalts gemäß § 47 StPO

Liegt Befangenheit eines Staatsanwalts im Sinne des § 47 StPO vor, so muss sich dieser grundsätzlich von selbst von allen weiteren Amtshandlungen enthalten.<sup>235</sup>

Nur bei Gefahr im Verzug darf der befangene Staatsanwalt, wie bereits oben ausgeführt, diese unaufschiebbare Amtshandlung grundsätzlich noch vornehmen.<sup>236</sup>

In der Praxis erfolgt eine Selbstanzeige mittels Vorlegen des Akts durch den vermeintlich befangenen Staatsanwalt an den Leiter der Behörde. Zudem macht der Staatsanwalt einen Vermerk mit den Gründen, warum er sich für befangen hält. Im Anschluss daran prüft der Leiter der Behörde, ob tatsächlich eine solche vorliegt. Eine Erklärung des Behördenleiters, dass diese nicht gegeben ist, würde dazu führen, dass ein Staatsanwalt, der sich selbst für befangen hält, in diesem Fall die Ermittlungen weiterhin zu führen hätte. Dies wiederum würde in der Öffentlichkeit zu berechtigten Zweifeln an einem objektiven Strafverfahren führen, sodass in der Praxis die Selbstanzeige eines Staatsanwalts mE zumeist zu einem Wechsel des öffentlichen Anklägers führen wird.

#### 5.1.1 Staatsanwaltliche Vertretungsregelung gemäß § 5 Abs 2 DV-StAG

Durch jede Vertretung eines befangenen Staatsanwalts wird in die staatsanwaltschaftliche Geschäftsverteilung eingegriffen.<sup>237</sup> Es soll jedoch einem Staatsanwalt nicht ermöglicht werden, sich durch eine Selbstanzeige wegen Befangenheit eines unliebsamen Falls zu entledigen.<sup>238</sup> Um diesem Problem zumindest formell zu begegnen, entscheidet der Leiter der Behörde über die Selbstanzeige. Dass eine Änderung der staatsanwaltschaftlichen Geschäftsverteilung nicht ohne wichtigen Grund stattfinden soll, besagt auch § 6 Abs 5 StAG. In dieser Norm ist ausdrücklich festgehalten, dass in die

---

<sup>235</sup> § 47 Abs 1 StPO.

<sup>236</sup> § 47 Abs 2 StPO.

<sup>237</sup> Vgl § 6 Abs 1 StAG.

<sup>238</sup> *Schairer*, Der befangene Staatsanwalt (1983) 143 f.

Geschäftsverteilung der Staatsanwälte während des Kalenderjahres nur bei Vorliegen von schwerwiegenden Gründen eingegriffen werden soll.<sup>239</sup>

Für den Fall der Abwesenheit oder einer sonstigen Verhinderung eines Staatsanwalts ist in der Geschäftsverteilung eine Vertretungsperson für jeden einzelnen Staatsanwalt festzulegen. § 5 Abs 2 DV-StAG normiert ferner, dass als Vertreter des Leiters der Staatsanwaltschaft ein Erster Stellvertreter anzuführen ist, Gruppenleiter durch andere Gruppenleiter und Staatsanwälte durch andere Staatsanwälte vertreten werden.<sup>240</sup>

Über eine solche Selbstanzeige entscheidet der Leiter der Behörde, der der Staatsanwalt angehört, im Dienstaufsweg.<sup>241</sup> Dem Leiter obliegt es zu entscheiden, ob tatsächlich ein Befangenheitsgrund vorliegt oder nicht. Wie jedoch bereits angemerkt, wird mE das entscheidende Organ in der Praxis stets für eine Vertretung des anzeigenden Staatsanwalts sorgen, da eine Selbstanzeige des Staatsanwalts wegen Befangenheit in der Öffentlichkeit begründete Zweifel an der vollkommenen Unvoreingenommenheit entstehen lassen würde.

Für den Fall der Befangenheit des Leiters der Behörde sieht § 47 Abs 3 StPO vor, dass der Leiter der übergeordneten Behörde im Dienstaufsweg zu entscheiden hat.<sup>242</sup>

## 5.2 Ablehnungsantrag

Für den Fall der Ausgeschlossenheit eines Richters sieht das Gesetz gemäß § 44 Abs 3 StPO eine Ablehnungsmöglichkeit für Verfahrensbeteiligte vor. Da die Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren Verfahrensbeteiligte ist, kommt auch ihr das Recht zu, einen Ablehnungsantrag zu stellen.<sup>243</sup> Eine Frist zur Geltendmachung des Ablehnungsgrundes hat der Antragswerber nicht zu beachten, da diese Frist von der Strafprozessreform nicht übernommen wurde.<sup>244</sup> Nur für den Fall, dass der Ausschließungsgrund unmittelbar vor oder während der

---

<sup>239</sup> § 6 Abs 5 StAG.

<sup>240</sup> § 5 Abs 2 DV-StAG.

<sup>241</sup> § 47 Abs 3 StPO; *Lässig* in WK-StPO § 47 Rz 7.

<sup>242</sup> § 47 Abs 3 StPO; *Lässig* in WK-StPO § 47 Rz 7.

<sup>243</sup> *Lässig* in WK-StPO § 44 Rz 8.

<sup>244</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 62.

Hauptverhandlung bekannt wurde, ist er entweder sofort oder sonst unmittelbar bei Bekanntwerden des Grundes geltend zu machen.<sup>245</sup>

Über den Antrag auf Ablehnung wird mit Beschluss entschieden.<sup>246</sup> Die Zuständigkeit für diese Entscheidung kommt der Behörde zu, die bei einer Selbstanzeige eines Richters wegen Ausgeschlossenheit zu entscheiden hätte.<sup>247</sup> Grundsätzlich ist die entscheidende Behörde stets die unmittelbar übergeordnete Behörde. Bei einem abweisenden Beschluss ordnet § 45 Abs 3 StPO ausdrücklich an, dass gegen diesen kein selbstständiges Rechtsmittel möglich ist. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Geltendmachung dieses Ausschließungsgrundes später nochmal möglich ist, indem man ihn gemäß § 281 Abs 1 Z 1 StPO beziehungsweise gemäß § 281 Abs 1 Z 4 StPO als Nichtigkeitsgrund geltend macht.<sup>248</sup>

Für den Fall der Befangenheit eines Staatsanwalts sieht das Gesetz hingegen keine Möglichkeit der Ablehnung durch Verfahrensbeteiligte vor.<sup>249</sup> Somit hat weder der Beschuldigte, noch der Richter, noch ein sonstiger Verfahrensbeteiligter das subjektive Recht einen Antrag auf Ablehnung zu stellen.

Die Frage ist nun, warum vom Gesetzgeber keine Möglichkeit zur Ablehnung von Staatsanwälten geschaffen wurde. ME würde die Adaptierung der Normen über die Ablehnung von Richtern dazu führen, dass ein Verfahrensbeteiligter, insbesondere der im Verfahren zuständige Richter, einen Antrag auf Ablehnung eines Staatsanwalts stellen könnte. Entscheidungsbefugt über einen Ablehnungsantrag wäre das Gericht. Dies würde schlussendlich dazu führen, dass sich das geltende Strafprozessrecht wieder in Richtung eines Inquisitionsprozesses entwickeln würde, da es dem Gericht möglich wäre, Staatsanwälte nach Ermessen auszutauschen.

*Schairer* machte im Jahr 1983 in Deutschland den Vorschlag, das Gesetz dahingehend zu ändern, dass ein Ablehnungsantrag in Bezug auf Staatsanwälte

---

<sup>245</sup> *Ohrnhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013) § 44 Rz 5.

<sup>246</sup> *Lässig* in *WK-StPO* § 45 Rz 13.

<sup>247</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 62.

<sup>248</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63.

<sup>249</sup> RIS-Justiz RS0096897.

möglich sein sollte. Dazu führte er aus, dass über diesen Antrag jedoch kein Gericht entscheiden sollte, sondern der Vorgesetzte des abgelehnten Staatsanwalts.<sup>250</sup>

### 5.3 Aufsichtsbeschwerde

Unter dem Recht zur Aufsicht, welches im 7. Abschnitt des StAG geregelt ist, werden die Befugnisse der übergeordneten Behörde verstanden, mit gezielten „Maßnahmen zur straffen und raschen Lenkung der unterstehenden Behörden“ hinzuwirken. Diese Behörde hat dieses Aufsichtsrecht im öffentlichen Interesse auszuüben. Ferner stellt die Aufsichtsbeschwerde für den Beschwerdeführer eine Möglichkeit dar, die Oberbehörde dazu anzuregen, ihr Aufsichtsrecht in eine gewisse Richtung auszuüben.<sup>251</sup>

Gemäß § 37 Abs 1 StAG kann gegen einen Staatsanwalt wegen seiner Amtsführung Beschwerde eingebracht werden. Dies ist bei jeder vorgesetzten Stelle des Staatsanwalts möglich.<sup>252</sup> Ferner ordnet § 37 Abs 2 StAG an, dass jenem Staatsanwalt, gegen den Beschwerde erhoben wurde, diese mit der Aufforderung weiterzuleiten ist, in einer bestimmten Frist dazu Stellung zu nehmen und gegebenenfalls den Beschwerdegrund auszuräumen. Ausgenommen davon ist eine offenbar unbegründete Beschwerde.<sup>253</sup>

Die Legitimation zur Erhebung einer Aufsichtsbeschwerde kommt grundsätzlich jeder Person zu, die sich durch ein Vorgehen eines Staatsanwalts beschwert fühlt.<sup>254</sup>

Bei der sogenannten Beschwer muss zwischen formeller und materieller Beschwer unterschieden werden. Eine formelle Beschwer liegt vor, wenn von einem Sachantrag eines Rechtsmittelwerbers zum Nachteil desselben abgewichen wird. Eine materielle Beschwer liegt hingegen vor, wenn durch eine Entscheidung die Rechtsstellung des Rechtsmittelwerbers beeinträchtigt wird.<sup>255</sup>

---

<sup>250</sup> *Schairer*, Der befangene Staatsanwalt 186 ff.

<sup>251</sup> Vgl *Melichar*, Die Aufsichtsbeschwerde, ÖJZ 1953, 197 ff; VwGH 14.12.1995, 94/19/1203.

<sup>252</sup> § 37 Abs 1 StAG.

<sup>253</sup> Vgl § 37 Abs 2 StAG.

<sup>254</sup> VwGH 14.12.1995, 94/19/1203.

<sup>255</sup> RIS-Justiz RS0041868.

Eingebracht werden kann die Aufsichtsbeschwerde in staatsanwaltschaftlichen Angelegenheiten bei jeder dem Staatsanwalt vorgesetzten Stelle. Somit wäre es möglich, die Aufsichtsbeschwerde gegen einen Bezirksanwalt sogar beim BMJ einzubringen. Weitere vorgesetzte Stellen können die OStA oder der Behördenleiter sein. Im Endeffekt entscheidet jedoch stets das unmittelbar vorgesetzte Organ über die Beschwerde, damit dieses im Falle der Begründetheit der Aufsichtsbeschwerde die erforderlichen Maßnahmen setzen kann.<sup>256</sup>

Dem Wesen einer Aufsichtsbeschwerde inhärent ist, dass die entscheidungsbefugte Oberbehörde nicht verpflichtet ist, auch tatsächlich über eine solche Beschwerde zu entscheiden. Mit anderen Worten erlangt der Beschwerdeführer niemals ein subjektives Recht auf Erledigung der angeregten Beschwerde. Auch für den Fall, dass der Beschwerdeführer im vorhergehenden Verfahren, welches den Anlassfall zur Aufsichtsbeschwerde darstellt, Partei war, kommt dieser Person kein Recht auf Erledigung zu. In Ermangelung eines Rechtsanspruchs beziehungsweise eines öffentlichen Interesses einer Aufsichtsbeschwerde kann der Beschwerdeführer niemals Partei in einem solchen Verfahren sein.<sup>257</sup>

Die Konsequenz daraus, dass diesem niemals Parteistellung zukommt, ist, dass er kein Recht auf Erledigung und daraus folgend keine Legitimation zur Einbringung einer Säumnisbeschwerde hat.<sup>258</sup> Der Zweck einer Säumnisbeschwerde ist, dass man nach dem Verstreichen einer Frist von grundsätzlich sechs Monaten eine Beschwerde an die übergeordnete Behörde richten kann, die sich gegen die Untätigkeit einer säumigen Behörde richtet.<sup>259</sup> Diese Möglichkeit entfällt eben im Zusammenhang mit einer Aufsichtsbeschwerde. In der Praxis erscheint eine solche Regelung mE jedoch nicht unbedingt notwendig, da das zur Entscheidung berufene Organ meist darauf reagieren wird, da es ebenso dienstrechtliche Verpflichtungen einzuhalten hat.<sup>260</sup> Ferner besteht auch noch die Möglichkeit bei entsprechender Begründetheit über die Medien an

---

<sup>256</sup> Vgl. *Schindler/Pöll*, StAG<sup>2</sup> (2000) § 37.

<sup>257</sup> Vgl. *Melichar*, ÖJZ 1953, 197.

<sup>258</sup> Vgl. § 73 Abs 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl I 2013/161.

<sup>259</sup> Vgl. § 73 Abs 1 AVG.

<sup>260</sup> Vgl. § 57 Abs 1 RStDG.

die Öffentlichkeit zu treten und auf diesem Weg Druck auf die Behörde auszuüben, indem auf die behauptete ungerechte Behandlung hingewiesen wird.

Einer Aufsichtsbeschwerde kommt keine aufschiebende Wirkung zu.<sup>261</sup>

## 5.4 Einspruch wegen Rechtsverletzung

Da sich der Rechtsschutz für Betroffene in der StPO in der Fassung vor der Strafprozessreform, also vor dem 01.01.2008, auf das gerichtliche Vorverfahren konzentriert hat, mit Inkrafttreten dieser Reform das gerichtliche Vorverfahren aufgelöst und damit nahezu alle Aufgaben der Staatsanwaltschaft übertragen wurden, musste der Rechtsschutz im neuen staatsanwaltschaftlichen Vorverfahren reformiert und erweitert werden.<sup>262</sup> Es gab nämlich für Betroffene in der damals geltenden Fassung der StPO keine Möglichkeit, sich gegen Handlungen der Kriminalpolizei oder der Staatsanwaltschaft zur Wehr zu setzen.<sup>263</sup> Als Rechtsschutzmittel wurde sodann der Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO eingeführt, der seit dem Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2013<sup>264</sup> mit einer Frist von sechs Wochen ab Kenntnis der behaupteten Rechtsverletzung begrenzt ist.<sup>265</sup>

Legitimiert zur Erhebung dieses Einspruchs ist jede Person, die behauptet, im Ermittlungsverfahren durch eine kriminalpolizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Handlung in einem subjektiven Recht verletzt worden zu sein.<sup>266</sup> Diese Tätigkeit kann eine tatsächliche (zum Beispiel eine Rechtsverletzung bei der Hausdurchsuchung) oder eine rechtliche (Verweigerung des Akteneinsichtsrechts) Handlung sein.<sup>267</sup> Zudem kann auch ein Unterlassen einer Handlung durch den Staatsanwalt oder eines seiner ihm untergeordneten Organe einen Einspruch nach § 106 Abs 1 Z 1 StPO begründen.<sup>268</sup>

---

<sup>261</sup> Lässig, Ausschließung und Befangenheit in der neuen StPO, ÖJZ 2009, 13.

<sup>262</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 141.

<sup>263</sup> Koller in Schmölzer/Mühlbacher (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013) § 106 Rz 1.

<sup>264</sup> BGBl I 2013/195.

<sup>265</sup> § 106 Abs 3 StPO.

<sup>266</sup> Vgl Koenig/Pilnacek in Fuchs/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2014) § 106 Rz 10.

<sup>267</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 141.

<sup>268</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 142.



Unter einem subjektiven Recht werden zum einen all jene Rechte verstanden, die dem Betroffenen ein gewisses Verfahrensrecht aus der StPO verleihen (§ 106 Abs 1 Z 1 StPO). Zum anderen werden darunter auch die Vorschriften über die Voraussetzungen und Bedingungen eines Vorgehens der Organe im Ermittlungsverfahren gegenüber dem Betroffenen verstanden (§ 106 Abs 1 Z 2 StPO).<sup>269</sup>

Insofern kann ein subjektives Recht nicht nur durch die Anordnung oder Ausübung unmittelbaren Zwangs per se verletzt sein, sondern auch durch die Art und Weise der Durchführung.<sup>270</sup>

In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob eine Verletzung eines subjektiven Rechts gegeben ist, wenn ein befangener Staatsanwalt an einem Strafverfahren, insbesondere dem Ermittlungsverfahren, teilnimmt und ob diese Verletzung mit einem Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO geltend gemacht werden kann?

Bereits oben wurde ausgeführt, dass der Beschuldigte ein subjektives Recht auf eine objektive und vollständige Aufklärung des Sachverhalts hat.<sup>271</sup> Ein solches besteht für Verfahrensbeteiligte hingegen nicht in Bezug auf Enthaltung eines befangenen Organs der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren beziehungsweise auf dessen Ablehnung.<sup>272</sup> Eine Rechtsverletzung liegt zwar vor, weil gegen das Recht auf objektive Aufklärung des Sachverhalts verstoßen wird. Die Befangenheit kann jedoch nicht mit einem Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO geltend gemacht werden, da dieser ausschließlich dann möglich ist, sofern kein anderes Rechtsmittel ergriffen werden kann.<sup>273</sup> § 47 Abs 3 StPO sieht nämlich ein eigenes Prozedere zur Geltendmachung der Befangenheit eines Staatsanwalts im Dienstaufsichtsweg vor.<sup>274</sup>

*Bertel* vertritt die Meinung, dass ein Einspruch wegen Rechtsverletzung möglich sein sollte, wenn der Behördenleiter einen Staatsanwalt als unbefangen erklärt

---

<sup>269</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 141.

<sup>270</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 142.

<sup>271</sup> Vgl dazu Kapitel 2.2.

<sup>272</sup> OLG Graz 11.02.2010, 10 Bs 24/10w.

<sup>273</sup> OLG Graz 11.02.2010, 10 Bs 24/10w.

<sup>274</sup> OLG Graz 11.02.2010, 10 Bs 24/10w.

hat, obwohl er tatsächlich befangen gewesen wäre.<sup>275</sup> Auch *Seiler* plädiert für ein Einspruchsrecht nach § 106 StPO, da ein Staatsanwalt im Bereich der Diversion der Stellung eines Richters gleichkommt und ein befangener Staatsanwalt in diesem Fall bedenkliche Auswirkungen haben kann.<sup>276</sup> Ferner vertritt Letztgenannter die Ansicht, dass dem Beschuldigten „zumindest“ dann ein Einspruch wegen Rechtsverletzung gemäß § 106 StPO zustehen sollte, wenn er der Ansicht ist, dass ein befangenes Organ gegen ihn Ermittlungen führt.<sup>277</sup>

## 5.5 Delegation eines Strafverfahrens

In diesem Kapitel soll die Frage geklärt werden, unter welchen Umständen eine Zuständigkeitsübertragung auf wessen Initiative hin durchgeführt wird. Der von *Nordmeyer* eingeführte Begriff der „Übertragung“<sup>278</sup> wird aufgrund der besseren Unterscheidung nur für die Staatsanwaltschaft verwendet. Der Begriff „Delegation“ wird, dem Gesetz folgend, lediglich im Zusammenhang mit der gerichtlichen Delegation gemäß § 39 StPO verwendet.<sup>279</sup> Kurzum gesagt bedeutet dies, dass im Ermittlungsverfahren ein Strafverfahren übertragen und im Hauptverfahren ein Verfahren gerichtlich delegiert wird.

### 5.5.1 Übertragung gemäß § 28 StPO

§ 28 StPO normiert die Zuständigkeit von Staatsanwaltschaften im Ermittlungsverfahren. Da im Ermittlungsverfahren hauptsächlich die Staatsanwaltschaft tätig wird, entscheidet bei Kompetenzstreitigkeiten (negativen als auch positiven) in der Regel die OStA.<sup>280</sup> Eine Befugnis des Gerichts, ein Ermittlungsverfahren zu übertragen, beziehungsweise die Entscheidung über die Zuständigkeit oder Nichtzuständigkeit einer Staatsanwaltschaft würde mit dem System im Ermittlungsverfahren unvereinbar sein.<sup>281</sup>

Ein positiver Kompetenzstreit entsteht dadurch, dass sich zwei oder mehrere Staatsanwaltschaften für die Ermittlungstätigkeit eines Strafverfahrens zuständig

---

<sup>275</sup> *Bertel* in Kommentar StPO § 106 Rz 3.

<sup>276</sup> *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>13</sup> Rz 183.

<sup>277</sup> *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>13</sup> Rz 183.

<sup>278</sup> *Nordmeyer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012) §§ 28, 28a.

<sup>279</sup> Vgl *Leitner* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013) § 28 FN 1.

<sup>280</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 50.

<sup>281</sup> Vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 50; *Pilnacek/Pleischl*, Vorverfahren § 28 Rz 110.

erklären.<sup>282</sup> Ein negativer Kompetenzkonflikt liegt hingegen vor, wenn sich keine Staatsanwaltschaft für die Ermittlung eines Strafverfahrens bereit erklärt.<sup>283</sup> Sind die beiden Staatsanwälte einer unterschiedlichen OStA unterstellt, so entscheidet über diesen Kompetenzkonflikt die Generalprokuratur.<sup>284</sup>

Eine Übertragung des Strafverfahrens findet entweder von Amts wegen oder auf Antrag bei Vorliegen eines wichtigen Grundes statt.<sup>285</sup> Von Amts wegen bedeutet, dass die OStA von selbst das Strafverfahren einer Staatsanwaltschaft abnimmt und an eine andere Staatsanwaltschaft überträgt. Auch eine Anregung auf Übertragung eines Verfahrens an die OStA durch den verfahrensführenden Staatsanwalt kommt einer Übertragung von Amts wegen gleich.<sup>286</sup>

Ein förmliches Antragsrecht der verfahrensführenden Staatsanwaltschaft wäre nach *Nordmeyer* systemwidrig, da die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren selbst leitet.<sup>287</sup> Anderer Ansicht sind in der Lehre *Fabrizy*<sup>288</sup> und *Bertel*<sup>289</sup>, die der Meinung sind, dass ein Staatsanwalt auf jeden Fall antragsberechtigt ist. Tatsächlich antragsberechtigt für eine Übertragung des Ermittlungsverfahrens ist jedoch nur der Beschuldigte.<sup>290</sup> Alle sonstigen Verfahrensbeteiligten wie etwa das Opfer haben somit keine Antragslegitimation.<sup>291</sup>

Damit ein Verfahren an eine andere Staatsanwaltschaft übertragen wird, muss ein wichtiger Grund vorliegen, denn eine Durchbrechung der gesetzlichen Regelung der örtlichen Zuständigkeit soll nur im Ausnahmefall vorgenommen werden.<sup>292</sup> Das Gesetz sieht hierfür ausdrücklich vor, dass eine Verfahrensübertragung vorgenommen werden soll, wenn es aus Gründen der „öffentlichen Sicherheit oder aus anderen wichtigen Gründen“ geboten ist.<sup>293</sup> Diese Gründe sind aufgrund des

---

<sup>282</sup> *Leitner* in Praktikerkommentar StPO § 28 Rz 19.

<sup>283</sup> *Leitner* in Praktikerkommentar StPO § 28 Rz 19.

<sup>284</sup> § 28 StPO; *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 28 Rz 1.

<sup>285</sup> § 28 StPO.

<sup>286</sup> Vgl. *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 5.

<sup>287</sup> *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 5.

<sup>288</sup> *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> § 28 Rz 2.

<sup>289</sup> *Bertel* in Kommentar zur StPO § 28 Rz 3.

<sup>290</sup> Vgl. § 28 S 5 StPO iVm § 39 Abs 2 StPO; *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 5.

<sup>291</sup> *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 5.

<sup>292</sup> Vgl. *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 2.

<sup>293</sup> § 28 StPO.

Ausnahmecharakters einer Übertragung „strikt auszulegen“.<sup>294</sup> Was genau unter „öffentlicher Sicherheit“ verstanden werden kann, wird weder im Gesetz noch in den Materialien näher erläutert.<sup>295</sup> Allerdings wäre ein solcher Grund beispielsweise das Führen eines Strafverfahrens gegen eine terroristische Vereinigung gemäß § 278b StGB, bei dem die erhöhten Sicherheitsanforderungen in diesem Sprengel nicht erfüllt werden können.<sup>296</sup> „Andere wichtige Gründe“ können in prozessualen Zweckmäßigkeitserwägungen wie zum Beispiel einer Kostenersparnis oder einer Beschleunigung des Verfahrens liegen.<sup>297</sup> Ferner ist ein wichtiger Grund, der zu einer Übertragung führt, wenn einerseits der Beschuldigte seinen Lebensmittelpunkt und andererseits die meisten Zeugen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Sprengel als der zuständigen Staatsanwaltschaft haben<sup>298</sup> oder wenn ein Lokalaugenschein in einem anderen Sprengel notwendig ist.<sup>299</sup>

Eine Übertragung des Ermittlungsverfahrens kann auch auf den Grundsatz „Recht auf ein faires Verfahren“ (Art 6 Abs 1 EMRK) gestützt werden.<sup>300</sup> Dieser Grundsatz gewährleistet dem Beschuldigten ua das Recht auf ein unparteiisches Gericht, wobei schon der äußere Anschein von Voreingenommenheit genügen kann, um diesen Grundsatz zu verletzen.<sup>301</sup> § 28 StPO stellt hier jedoch nicht wie § 47 Abs 1 StPO auf die Befangenheit eines „einzelnen, konkret und aktuell“<sup>302</sup> befangenen Organs ab, sondern auf die Staatsanwaltschaft beziehungsweise OStA als gesamte Behörde.<sup>303</sup> Dies zeigt sich dadurch, dass bei einem Ermittlungsverfahren gegen einen Staatsanwalt derselben Staatsanwaltschaft die Möglichkeit geschaffen wurde, ein Verfahren zu übertragen.<sup>304</sup> Einerseits soll der Anschein einer Befangenheit nach außen hin vermieden werden und andererseits soll kein Staatsanwalt als Beschuldigter seinen Kollegen gegenüber stehen müssen.<sup>305</sup> Durch die Schaffung der eben erwähnten Bestimmung ist es nicht

---

<sup>294</sup> Vgl. *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 2 mwN.

<sup>295</sup> *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 8.

<sup>296</sup> *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 8.

<sup>297</sup> *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 9.

<sup>298</sup> GP Gw 31/08d; *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 9.

<sup>299</sup> OGH 16.01.1985, 9 Os 5/85.

<sup>300</sup> *Nordmeyer* in WK-StPO §§ 28, 28a Rz 2.

<sup>301</sup> Vgl. dazu Kapitel 2.2.

<sup>302</sup> RIS-Justiz RS0097075; *Lässig* in WK-StPO Vor §§ 43-47 Rz 4.

<sup>303</sup> JAB 406 BlgNR 22. GP 11 f.

<sup>304</sup> JAB 406 BlgNR 22. GP 11 f; *Leitner* in Praktikerkommentar StPO § 28 Rz 6.

<sup>305</sup> JAB 406 BlgNR 22. GP 11; *Pilnacek/Pleischl*, Vorverfahren § 28 Rz 111.

notwendig, dass bei jedem einzelnen Organ der Staatsanwaltschaft eine Befangenheit fingiert und bejaht wird.<sup>306</sup> *Leitner* spricht in diesem Zusammenhang vom Begriff der „strukturellen Befangenheit“ einer Staatsanwaltschaft.<sup>307</sup>

Stellt der Beschuldigte einen Antrag auf Übertragung des Ermittlungsverfahrens gemäß § 28 StPO und wird dieser negativ beantwortet, gibt es keine Möglichkeit diese Entscheidung mit einem Rechtsmittel zu bekämpfen. Intention des Gesetzgebers war es, diese Entscheidungen innerhalb der staatsanwaltschaftlichen Behördenstruktur zu entscheiden. Zur Prüfung des Rechtsmittels und somit einer staatsanwaltschaftlichen Entscheidung wäre anderenfalls ein Gericht zuständig, was dem vom Gesetzgeber vorgesehenen System zuwider laufen würde.<sup>308</sup>

Allerdings ist es möglich, gegen eine abweisende Entscheidung neuerlich einen Antrag einzubringen, der sich auf neue Gründe stützt.<sup>309</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Befangenheit eines einzelnen Organs weiterhin über § 47 StPO geltend zu machen ist. Nur bei Vorliegen der Gründe in § 28 S 1 und 2 StPO, das heißt Gründe der öffentlichen Ordnung beziehungsweise sonstige wichtige Gründe und Gründe der sogenannten strukturellen Befangenheit, kommt dem Beschuldigten ein Antragsrecht zur Übertragung der Zuständigkeit zu.<sup>310</sup> Es ist demnach zu unterscheiden, ob der vorliegende Grund an der Unvoreingenommenheit eines einzelnen Staatsanwalts oder an der vollkommenen Objektivität der Staatsanwaltschaft als Ganzes zweifeln lässt. Ist der einzelne, konkret befasste Staatsanwalt befangen, kommt es zu keiner Übertragung der Zuständigkeit gemäß § 28 StPO. Eine solche rechtfertigt niemals eine Übertragung an eine andere Staatsanwaltschaft.

### **5.5.2 Delegation gemäß § 39 StPO**

Bei § 39 StPO handelt es sich um die gerichtliche Delegation eines Strafverfahrens im Stadium der Hauptverhandlung beziehungsweise im

---

<sup>306</sup> Vgl. *Leitner* in *Praktikerkommentar StPO* § 28 Rz 6.

<sup>307</sup> *Leitner* in *Praktikerkommentar StPO* § 28 Rz 8.

<sup>308</sup> *Nordmeyer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), *Wiener Kommentar zur StPO* (2012) Vor §§ 25-28a Rz 5.

<sup>309</sup> OGH 27.01.2000, 15 Nds 56/99; *Nordmeyer* in *WK-StPO* §§ 28, 28a Rz 6.

<sup>310</sup> *Leitner* in *Praktikerkommentar StPO* § 28 Rz 7.

Rechtsmittelverfahren. Durchgeführt wird diese jeweils durch das zuständige OLG innerhalb seines Sprengels, anderenfalls die Entscheidungsbefugnis dem OGH zukommt.<sup>311</sup> Antragsberechtigt sind gemäß § 39 Abs 2 StPO ausdrücklich der Beschuldigte und der Staatsanwalt. Wobei der Begriff „Beschuldigter“ ein Versehen des Gesetzgebers sein muss, da im Hauptverfahren der Beschuldigte bereits zum „Angeklagten“ wurde.<sup>312</sup> Ebenso ist das Gericht selbst befugt eine Delegation anzuregen.<sup>313</sup>

Im Wesentlichen handelt es sich bei den Delegierungsgründen um jene nach § 28 StPO.<sup>314</sup> Auch im Hauptverfahren stellt es einen wichtigen Grund zur Delegation dar, wenn ein Verfahren in erster Instanz gegen einen Staatsanwalt geführt wird, dessen Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen ihn zu führen hat.<sup>315</sup>

In der Praxis spielt die Möglichkeit einer gerichtlichen Delegation gemäß § 39 StPO eine erhebliche Rolle obwohl von dieser Möglichkeit der Delegation nur in sehr eingeschränktem Ausmaß Gebrauch gemacht werden sollte. Der Grund dafür ist, dass die gesetzliche Zuständigkeitsregelung nicht durchbrochen werden sollte.<sup>316</sup>

Auf den Fall Mekis würde das bei Anwendung der nun geltenden Normen bedeuten, dass schon im Ermittlungsverfahren eine Zuständigkeitsverschiebung stattfinden hätte können und auch vermutlich stattgefunden hätte. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber in der Zwischenzeit eingesehen hat, dass ein von einer Staatsanwaltschaft geführtes Verfahren gegen einen „eigenen“ Staatsanwalt zumindest nach außen hin den Anschein einer Voreingenommenheit suggeriert.

---

<sup>311</sup> § 39 Abs 1 StPO.

<sup>312</sup> *Oshidari* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012) § 39 Rz 4.

<sup>313</sup> § 39 Abs 2 StPO.

<sup>314</sup> Siehe dazu Kapitel 5.5.1.

<sup>315</sup> § 39 Abs 1 StPO.

<sup>316</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 58.

## 6. Litigation PR

Der Begriff „Litigation PR“ setzt sich aus den englischen Wörtern „Litigation“ und „PR“ zusammen. Das Wort Litigation hat sich in Österreich bereits etabliert und bedeutet auf Deutsch „Prozess“, „Rechtsstreit“ oder „Gerichtsverfahren“.<sup>317</sup> „PR“ setzt sich aus den englischen Wörtern „Public Relations“ zusammen und heißt übersetzt „Pressearbeit“ oder auch „Öffentlichkeitsarbeit“.<sup>318</sup> Konkret bedeutet Litigation PR übersetzt soviel wie „Öffentlichkeitsarbeit vor, bei und während Rechtsstreitigkeiten“.<sup>319</sup>

Am Anfang des 21. Jahrhunderts stieg das Interesse der Öffentlichkeit an Gerichtsverfahren.<sup>320</sup> Sind noch vor diesem Zeitpunkt nur wenige Gerichtsverhandlungen in der Öffentlichkeit diskutiert worden, änderte sich das zu dieser Zeit dramatisch.<sup>321</sup> Heutzutage ist es praktisch unmöglich, eine Tageszeitung zu finden, in der keine Berichterstattung über einen Strafprozess zu lesen ist. Große Gerichtsverfahren wie zum Beispiel der Bawag Prozess, das Verfahren gegen Kartnig oder der Fall Kampusch füllten wochenlang die Tageszeitungen. In all diesen erwähnten Causen wird, größtenteils unbemerkt von den Medienkonsumenten, Litigation PR betrieben. Verhandlungen von Strafverfahren werden von den Berichterstattem mE meist deshalb gewählt, weil diese in der Regel mehr Brisanz besitzen als ein Zivilprozess.

Zu den Akteuren, die Litigation PR betreiben, zählen im Grunde alle Personen und Berufsgruppen, die in irgendeiner Weise mit dem Justizapparat in Berührung kommen. Gerichte, Staatsanwaltschaften, Unternehmen und die Polizei sind nur einige der Akteure.<sup>322</sup>

---

<sup>317</sup>

[http://dict.leo.org/ende/index\\_de.html#/search=litigation&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on](http://dict.leo.org/ende/index_de.html#/search=litigation&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on) (17.03.2015).

<sup>318</sup>

[http://dict.leo.org/ende/index\\_de.html#/search=relations&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on](http://dict.leo.org/ende/index_de.html#/search=relations&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on) (17.03.2015).

<sup>319</sup> *Holzinger/Wolff*, Im Namen der Öffentlichkeit – Litigation-PR als strategisches Instrument bei juristischen Auseinandersetzungen (2009) 18.

<sup>320</sup> Vgl. *Autischer*, Im Gerichtssaal der öffentlichen Meinung - Grundlagen der Litigation PR in Österreich, in *Pilgermair* (Hrsg), Wandel in der Justiz (2013) 261.

<sup>321</sup> Vgl. *Autischer* in *Pilgermair* 261.

<sup>322</sup> Vgl. *Autischer* in *Pilgermair* 268.

Ob nun Journalisten über den einen oder den anderen Fall berichten, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Diese sind Indizien, die erwarten lassen, ob in der Öffentlichkeit ein breiteres Interesse an der Verfolgung des Falles besteht. Erstmals im Jahr 2005 wurde von *Wolf* eine Liste von 12 Reizmerkmalen veröffentlicht, welche vermuten lassen, wann eine Causa von Interesse für die Öffentlichkeit ist.<sup>323</sup>

In den verschiedenen Medien wird demnach bevorzugt von einem Fall berichtet, wenn eines der folgenden Reizkriterien erfüllt ist:

- wenn es sich um einen neuen, in dieser Weise noch nie aufgetretenen Rechtsstreit handelt,
- wenn der Fall „sensationelle“ Daten oder Fakten preisgibt,
- wenn viele Menschen davon betroffen sind, wie zum Beispiel bei Großbetrügern,
- wenn es sich um große Geldsummen handelt,
- wenn der Fall für einen aktuellen Trend steht,
- wenn der Fall aus einem politischen Hintergrund oder aus einer politischen Motivation heraus begangen worden ist,
- wenn der Fall zur Erlassung eines neuen Gesetzes führen könnte,
- wenn prominente beziehungsweise bekannte Privatpersonen oder Unternehmen in den Rechtsstreit involviert sind oder
- wenn der Fall geeignet ist, die Menschen zu beeindrucken, zu emotionalisieren oder in sonstiger Weise gefühlsmäßig stark zu berühren.<sup>324</sup>

Bei genauerer Betrachtung dieser Kriterien ist auffällig, dass ua die Einhaltung der Rechtsprechungslinie nicht im Interessengebiet der Medien liegt. Der Grund dafür ist, dass sich die Berichterstattung an der Medienlogik orientiert, was bedeutet, dass Nachrichten von den Medienkonsumenten verfolgt und auch weitererzählt werden müssen.<sup>325</sup>

---

<sup>323</sup> *Holzinger/Wolff*, Im Namen der Öffentlichkeit 128.

<sup>324</sup> *Holzinger/Wolff*, Im Namen der Öffentlichkeit 128.

<sup>325</sup> Vgl. *Autischer* in *Pilgermair* 264.



Die Litigation PR Spezialisten *Kepplinger* und *Zerback* beschreiben diesen Widerspruch wie folgt: „Das primäre Ziel der Justiz gilt dem Recht, das primäre Interesse der Medien dem Unrecht“.<sup>326</sup>

Wie bereits oben erwähnt, handelt es sich bei Litigation PR um die gezielte Beeinflussung der Öffentlichkeit mittels verschiedenster Kommunikationsarten vor, während und nach einer Rechtsstreitigkeit. Das Ziel dieser Strategie im Strafverfahren ist es, den Ruf des Beschuldigten zu schützen, aufrecht zu erhalten oder wiederherzustellen.<sup>327</sup>

Im Wesentlichen obliegt es daher dem Verteidiger des Beschuldigten, die öffentliche Meinung in eine gewollte, für seinen Mandanten günstige Richtung zu lenken. Für den Verteidiger heißt das, er muss den Standpunkt seines Mandanten klar definieren und darlegen sowie die Argumentation der gegnerischen Partei entkräften. Außerdem muss er die Medien zu einer neutralen Berichterstattung bewegen sowie die meist hoch komplexen Sachverhalte laienhaft erörtern, um damit positive Stimmung in der Öffentlichkeit zu erzeugen.<sup>328</sup>

Der amerikanische Litigation PR Experte *Haggerty* bezeichnet den modernen Prozess als „Zwei Fronten Krieg“. Damit meint er, dass selbst jemand, der einen Prozess im Gerichtssaal gewinnt, sei es als Angeklagter im Strafverfahren oder als Kläger beziehungsweise Beklagter in einem Zivilprozess, erst die Öffentlichkeit von seiner Unschuld überzeugt werden muss.<sup>329</sup>

Hierzu führt *Autischer*<sup>330</sup> aus, dass die Öffentlichkeit keine Unschuldsvermutung kennt. Nachvollziehbar wird diese Behauptung durch eine genauere Auseinandersetzung mit verschiedenen Medienberichterstattungen und den darauffolgenden Reaktionen der Öffentlichkeit. Obwohl in vielen Fällen noch keine fundierten Angaben zu Ermittlungen gemacht werden können, wird in den Berichterstattungen bereits ein Bild vermittelt, welches unmittelbar zu einer Vorverurteilung des Beschuldigten führt.<sup>331</sup>

Dass man auch als Kläger in das Kreuzfeuer der Öffentlichkeit geraten kann, mussten der ehemalige Fußballprofi David Beckham und seine Frau erleben.

---

<sup>326</sup> *Kepplinger/Zerback*, Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte (2008) 219.

<sup>327</sup> *Autischer* in *Pilgermair* 265.

<sup>328</sup> *Autischer* in *Pilgermair* 266.

<sup>329</sup> Vgl. *Autischer* in *Pilgermair* 262 mwN.

<sup>330</sup> *Autischer* in *Pilgermair* 262.

<sup>331</sup> <http://sport.oe24.at/fussball/Admira-ueber-Vorverurteilung-entruestet/32042824> (18.03.2015).

Obwohl das Ehepaar zu Recht ihre ehemalige diebische Haushälterin klagte, musste es aufgrund des medialen Drucks die Klage zurückziehen.<sup>332</sup>

In den Jahren 2008 und 2009 wurde unter deutschen Richtern und Staatsanwälten eine Studie durchgeführt, um herauszufinden, inwiefern sich diese Berufsgruppen von der medialen Berichterstattung beeinflussen lassen.<sup>333</sup> Das Ergebnis der Studie ist erstaunlich und interessant, denn sie ergab, dass die Medienberichterstattung zwar keinen Einfluss auf die Justizorgane bei der Beurteilung der Schuldfrage, aber sehr wohl auf die Strafhöhe, die Erteilung von bedingter oder unbedingter Strafe und die Anordnung von Untersuchungshaft hat.<sup>334</sup>

Die Rechtsgrundlage für die Pressearbeit der Gerichte und der Staatsanwaltschaften war bis zum 31.07.2014 der sogenannte „Medienerlass“<sup>335</sup>. Am 01.08.2014 trat ein neuer Medienerlass<sup>336</sup> in Kraft, bei dem sich jedoch nur wenig änderte.

Dieser nun geltende Medienerlass stellt zu Beginn fest, dass die freie Berichterstattung der Medien zu den bedeutungsvollsten Freiheiten einer modernen demokratischen Gesellschaft gehört. Außerdem fördere eine gute Zusammenarbeit zwischen der Justiz und den Medien das Vertrauen der breiten Bevölkerung in die Justiz.<sup>337</sup>

Ferner hält der Erlass die Verpflichtung für die Justizbehörden fest, den Informationsanspruch der Medien im gesetzlichen Rahmen durch aktive Öffentlichkeitsarbeit zu erfüllen. Diesbezüglich wurde auch erkannt, dass durch die Weitergabe von Informationen an die Öffentlichkeit Rechte beziehungsweise rechtlich geschützte Interessen der Verfahrensbeteiligten, wie zum Beispiel die Unschuldsvermutung oder das Recht auf ein faires Verfahren, verletzt werden können.<sup>338</sup>

---

<sup>332</sup> *Autischer in Pilgermair* 262.

<sup>333</sup> *Kepplinger/Zerback*, Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte.

<sup>334</sup> *Kepplinger/Zerback*, Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte.

<sup>335</sup> Erlass des BMJ zu JMZ 4410/9-Pr 1/2003.

<sup>336</sup> Erlass des BMJ zu BMJ-Pr50000/0002-Pr 3/2014.

<sup>337</sup> Erlass des BMJ zu BMJ-Pr50000/0002-Pr 3/2014.

<sup>338</sup> Vgl. Erlass des BMJ zu BMJ-Pr50000/0002-Pr 3/2014.

Aus diesem Grund steht der ebengenannten die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gegenüber.<sup>339</sup> Somit haben ua Staatsanwälte kein Recht, Informationen preiszugeben, die ihnen im Zuge ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt geworden sind.<sup>340</sup> Bei Verletzung des § 58 Abs 1 RStDG droht dem Organ zusätzlich zu einem Disziplinarvergehen auch eine Anzeige und gegebenenfalls Verurteilung nach § 310 StGB („Verletzung des Amtsgeheimnisses“).

Das somit erzeugte Spannungsfeld zwischen Pflicht zur Befriedigung des Informationsanspruchs auf der einen Seite und der Gefahr der Verurteilung wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses auf der anderen Seite federn zumindest zum Teil § 35a StAG sowie der Medienerlass ab.<sup>341</sup> § 35a StAG erlaubt es unter gewissen Voraussetzungen, die Begründung der Einstellung eines Ermittlungsverfahrens in der Ediktsdatei zu veröffentlichen.

## 6.1 Immofinanz Prozess

Im „Immofinanz Prozess“ wurde über die Veruntreuung von mehreren hundert Millionen Euro verhandelt. Die drei Angeklagten wurden am Ende des Verfahrens schuldig gesprochen und zum Teil zu einer hohen Haftstrafe verurteilt.<sup>342</sup> Das Verhalten der Angeklagten im Strafverfahren war hinsichtlich der Litigation PR nicht ohne Bedeutung, denn deren Verhalten könnte sich nachteilig auf das Urteil ausgewirkt haben, sodass die Frage offen bleibt, ob die Strafhöhe nicht milder ausgefallen wäre.

Schon zu Beginn des Hauptverfahrens empörte sich ein Angeklagter darüber, dass eine Hausdurchsuchung bei ihm durchgeführt worden war. Dies war anschließend ausschlaggebend für ihn, in keiner Weise mit dem zuständigen Staatsanwalt *Sackmann* zu kooperieren. Es wurde jedoch nicht nur die Kooperation mit der Justiz verweigert, sondern ihnen wurde von Sackmann aufgrund ihres Verhaltens auch „Arroganz, Gleichgültigkeit und Lügen“ vorgeworfen.<sup>343</sup> Dieses Verhalten vermittelten Journalisten wiederum über die

---

<sup>339</sup> § 58 Abs 1 RStDG.

<sup>340</sup> § 58 Abs 1 RStDG.

<sup>341</sup> *Autischer* in *Pilgermair* 270.

<sup>342</sup> [http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1388373/ImmofinanzProzess\\_Sechs-Jahre-Haft-fur-Petrikovics](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1388373/ImmofinanzProzess_Sechs-Jahre-Haft-fur-Petrikovics) (20.03.2015).

<sup>343</sup> [http://diepresse.com/home/sport/mehrsport/1388453/Immofinanz\\_Holen-Sie-die-Herren-von-ihren-hohen-Rossern](http://diepresse.com/home/sport/mehrsport/1388453/Immofinanz_Holen-Sie-die-Herren-von-ihren-hohen-Rossern) (20.03.2015).

Medien an die Öffentlichkeit und die Öffentlichkeit bildete sich schnell und ohne Gnade ein Urteil.

Zudem verstand es der zuständige Staatsanwalt Sackmann, die Öffentlichkeitsarbeit für sich einzusetzen. Er trug beispielsweise seine Anklageschrift mittels Unterstützung von „Powerpointfolien“ vor, da er wusste, dass diese Vortragsweise zu einem höheren Verständnis in der Öffentlichkeit beiträgt und schließlich für ihn und die Anklage positiv auswirkt.<sup>344</sup>

Auch der Verteidiger, der auf Seiten der Immofinanz auftrat, versuchte unter Anwendung von Litigation PR den Ruf seiner Mandanten zu schützen, indem er die Öffentlichkeit zu beeinflussen versuchte. Der Rechtsanwalt versuchte den Anwesenden im Gerichtssaal darzulegen, dass Staatsanwalt Sackmann befangen ist und damit für seine Klienten kein objektives Strafverfahren zu erwarten ist. Auch nach der Belehrung durch Sackmann und der Richterin, dass ein solcher Antrag nur bei der Dienstaufsichtsbehörde möglich ist, ließ er sich nicht davon abbringen, die vermeintliche Befangenheit des Staatsanwalts weiterhin ausführlich zu erläutern. Schließlich ging es darum, die Öffentlichkeit davon zu überzeugen, dass kein faires Verfahren vorliegt und somit seine Mandanten mit Unrecht behandelt werden. Anwesende bei Gericht bezeichneten das Auftreten des Verteidigers treffend als „Theaterdonner“.<sup>345</sup>

Diese Fallbesprechung soll zeigen, dass sich ein gewisses Verhalten wie zum Beispiel die gewählten Worte oder sogar die Körperhaltung in einem Gerichtsverfahren negativ auswirken kann. Jedes Verhalten, sofern von medialem Interesse, wird von den Medien an die Öffentlichkeit transportiert, was zur Folge hat, dass sich die Menschen ein Bild der Angeklagten machen und dieses „schlechte“ Verhalten unter Umständen zu einem höheren Strafmaß führen kann.

## 6.2 Bawag Prozess

Helmut Elsner ist ein Ex-Generaldirektor der Bank für Arbeit und Wirtschaft (kurz: Bawag). Nachdem die Bank durch mehrere Geschäfte Geld in Milliardenhöhe

---

<sup>344</sup> [http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1395267/Litigation\\_Neue-Form-der-KrisenPR](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1395267/Litigation_Neue-Form-der-KrisenPR) (20.03.2015).

<sup>345</sup> <http://www.format.at/news/oesterreich/immofinanz-prozess-theaterdonner-staatsanwalt-351631> (20.03.2015).

verlor, wurde er schlussendlich in höchster Instanz zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt. Dieses Verfahren zog sich über sechs Jahre hin und ist mE ein Paradebeispiel für Litigation PR. Im Laufe des Strafverfahrens erlebte Elsner einige Höhen und Tiefen, verursacht durch die Berichterstattung der Medien.

Elsner verfolgte während der Zeit des Verfahrens in erster Instanz den Grundsatz, keine Kommentare zum Verfahren abzugeben. Auch als der ua wegen Betrugs in Milliardenhöhe angeklagte Elsner von einer Boulevardzeitung mit seinem Porsche in einem südfranzösischen Urlaubsort abgelichtet wurde, beharrte er darauf, nichts zu kommentieren.<sup>346</sup> Später versuchte er dann durch Litigation PR seinen Ruf bestmöglich zu erhalten beziehungsweise wiederherzustellen. Elsner behauptete ua, dass sich der zuständige Staatsanwalt mit dem Verteidiger des Mitangeklagten zum „Kaffeekränzchen“ getroffen hätte. Damit wollte er erreichen, dass die anwesenden Medienberichtersteller die Meinung an die Öffentlichkeit transportieren, dass Elsner kein faires Verfahren erwarte, da die Hauptschuld bei ihm gesucht werden würde und der Mitangeklagte mit einem „Deal“ davon kommen werde.<sup>347</sup>

Dieser extravagante Lebensstil und sein konsequentes Ablehnen einer Stellungnahme vor den Medien führten schlussendlich zu einer medialen Vorverurteilung. Elsner wurde sogar zum „Staatsfeind Nummer Eins“ erklärt.<sup>348</sup>

Die mediale Berichterstattung zerstörte zusehends den Ruf Elsners. Nach dem erstinstanzlichen Urteil, in dem Elsner zu knapp zehn Jahren Haft verurteilt wurde, änderte er seine Strategie. Ruth Elsner, Ehefrau von Helmut Elsner, bezeichnet heute die konsequente Verweigerung der Aussage vor den Medien als Fehler.<sup>349</sup>

Nach der Verurteilung in erster Instanz betrieben die Elsners aktiv Litigation PR. Helmut Elsner äußerte sich öffentlich zu den Vorwürfen und sprach von einer Intrige gegen ihn.<sup>350</sup> Nachdem Elsner das Urteil in erster Instanz teilweise erfolgreich bekämpfte, er aber vom OGH zur Höchststrafe von 10 Jahren verurteilt wurde, zeigte sich, dass die betriebene Litigation PR dennoch bereits erfolgreich

---

<sup>346</sup> <http://www.news.at/a/so-helmut-elsner-cote-porsche-weltspartag-neue-luxus-fotos-144972> (20.03.2015).

<sup>347</sup> [http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/bawag/381477/Bawag\\_Elsner-kritisiert-Kaffeekraenzchen-bei-Staatsanwalt](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/bawag/381477/Bawag_Elsner-kritisiert-Kaffeekraenzchen-bei-Staatsanwalt) (20.03.2015).

<sup>348</sup> [http://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20100218\\_OTSO265/wirtschaftsblatt-kommentar-lassen-wir-helmut-elsner-doch-frei-von-wolfgang-unterhuber](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20100218_OTSO265/wirtschaftsblatt-kommentar-lassen-wir-helmut-elsner-doch-frei-von-wolfgang-unterhuber) (20.03.2015).

<sup>349</sup> Vgl [www.ruth-elsner.com](http://www.ruth-elsner.com) (25.03.2015).

<sup>350</sup> <http://www.profil.at/articles/0827/560/211505/man-helmut-elsner-urteil-exklusiv-interview> (20.03.2015).

war, denn der öffentliche Tenor änderte sich. Mittlerweile wurde Elsner von den Medien als „armer Sündenbock“ dargestellt, der an Herzproblemen leidet.<sup>351</sup> Ruth Elsner war damals nahezu täglich in allen Medien präsent, sie stellte eine eigene „Website“ online und schrieb zuletzt sogar ein Buch über ihren Kampf mit der Justiz.

Im Jahr 2011 wurde Elsner auf Grund von Haftunfähigkeit aus der Haft entlassen.

---

<sup>351</sup> [http://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20100218\\_OTS0265/wirtschaftsblatt-kommentar-lassen-wir-helmut-elsner-doch-frei-von-wolfgang-unterhuber](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20100218_OTS0265/wirtschaftsblatt-kommentar-lassen-wir-helmut-elsner-doch-frei-von-wolfgang-unterhuber) (20.03.2015).

## 7. Konsequenzen einer Befangenheit

In diesem Kapitel werden die Folgen eines Urteils erörtert, sofern ein befangener Staatsanwalt am Strafverfahren mitgewirkt hat. Weiters werden die Konsequenzen für den Staatsanwalt selbst in strafrechtlicher und dienstrechtlicher Hinsicht untersucht.

### 7.1 Urteil

Ein Urteil, bei dem ein befangener Staatsanwalt im Strafverfahren mitgewirkt hat, ist anders als bei Richtern nicht mit absoluter Nichtigkeit bedroht.<sup>352</sup>

Der Gesetzgeber erklärt das damit, dass an ermittelnde Organe nicht ein gleich strenger Maßstab angelegt werden muss, wie an entscheidende Organe. Außerdem sind die durch Staatsanwalt oder Kriminalpolizei aufgenommenen Beweise der Unterziehung einer richterlichen Nachprüfung möglich.<sup>353</sup>

Für Sachverständige und Dolmetscher, für die ebenfalls die Befangenheitsregelung des § 47 Abs 1 StPO gilt, sieht das Gesetz hingegen vor, dass das Strafverfahren nichtig ist, wenn sie trotz Befangenheit nicht von ihrem Amt enthoben werden.<sup>354</sup>

*Sigl* ist der Meinung, dass in gewissen Einzelfällen die Befangenheit eines Staatsanwalts zur Nichtigkeit des Urteils führen sollte. Als Beispiel führt er eine Feindschaft des Staatsanwalts mit dem Angeklagten an.<sup>355</sup> Dazu kann ausgeführt werden, dass eine offenkundige Feindschaft ohnehin einen Befangenheitsgrund gemäß § 47 Abs 1 Z 3 StPO darstellen wird und dass letztendlich ein Richter die Entscheidungskompetenz über das Urteil trägt.

---

<sup>352</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63 f.

<sup>353</sup> ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 63 f.

<sup>354</sup> § 126 Abs 4 StPO.

<sup>355</sup> *Sigl*, Hinschauen und Einmischen, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung - Ringen um Fairness, (2005) 87.

## 7.2 Staatsanwalt

### 7.2.1 Dienstrechtliche Konsequenzen

Allgemein ist festzuhalten, dass Staatsanwälte wie auch Richter Bundesbeamte sind.<sup>356</sup> Die gesetzliche Regelung für das Disziplinarrecht der Staatsanwälte findet sich jedoch nicht im BDG, sondern in einem eigenem Gesetz, nämlich dem RStDG.<sup>357</sup> Beim Disziplinarrecht handelt es sich um die Ahndung von dienstrechtlichen Pflichtverletzungen, wobei das Dienststrafrecht kein Typenstrafrecht ist.<sup>358</sup> Ein Typenstrafrecht im Vergleich dazu normiert konkrete Tatbilder wie zum Beispiel das StGB.<sup>359</sup>

Alleine die Disziplinargerichte sind befugt zu entscheiden, ob ein bestimmtes Verhalten als dienstrechtliche Pflichtverletzung zu ahnden ist.<sup>360</sup>

Die Zuständigkeit der Disziplinargerichte ist in § 111 RStDG geregelt und schreibt ua vor, dass zum Beispiel bei einem Disziplinarvergehen eines Grazer Staatsanwalts das OLG Wien als Disziplinargericht zuständig ist. Örtlich erfasst ist immer der gesamte Sprengel, sodass das OLG Wien auch für Disziplinarvergehen eines Kärntner Staatsanwalts zuständig ist.<sup>361</sup>

Für eine Verurteilung im Disziplinarrecht muss, wie auch im allgemeinen Strafrecht, der Disziplinarbeschuldigte rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben und es darf kein Rechtfertigungsgrund vorliegen, der die Schuld ausschließt.<sup>362</sup> Aber nicht jedes Disziplinarvergehen führt laut Jud zu einer Verhängung einer Disziplinarstrafe.<sup>363</sup> Eine solche wird dann verhängt, wenn „die Pflichtverletzung mit Rücksicht auf die Art oder Schwere der Verfehlung, auf die Wiederholung oder auf andere erschwerende Umstände ein Dienstvergehen darstellt“.<sup>364</sup> Der Gefahr einer möglichen Disziplinarstrafe kann ein befangener Staatsanwalt damit entgegenwirken, indem er eine Selbstanzeige wegen Befangenheit erstattet, denn diese entbindet Richter, mE analog auf

---

<sup>356</sup> *Wanke/Perl/Sachs*, RStDG Art IIa Anm 2.

<sup>357</sup> Siehe §§ 101 ff RStDG.

<sup>358</sup> RIS-Justiz RS0072482; *Wanke/Perl/Sachs*, RStDG § 101 Anm 1.

<sup>359</sup> RIS-Justiz RS0072482.

<sup>360</sup> RIS-Justiz RS0072482.

<sup>361</sup> §§ 101 ff RStDG.

<sup>362</sup> *Wanke/Perl/Sachs*, RStDG § 101 Anm 7.

<sup>363</sup> OGH 20.03.2014, Ds 25/13 JBL 2014/404.

<sup>364</sup> § 101 Abs 1 RStDG.



Staatsanwälte anzuwenden, von den in § 57 Abs 1 RStDG normierten Dienstpflichten.<sup>365</sup>

Ob nun ein Staatsanwalt bereits beim ersten Verstoß gegen die Selbstanzeigespflicht disziplinarrechtlich zu belangen ist, ist fraglich. ME muss stets fallbezogen unterschieden werden, wie schwer die Verletzung gegen das Objektivitätsgebot tatsächlich ist. Außerdem unterliegen grundsätzlich alle Beweise einer richterlichen Nachkontrolle, sodass eventuelle Verstöße eines Staatsanwalts nicht allzu schwere Auswirkungen haben werden. Dennoch sollten mE bei vorsätzlichen Verstößen jedenfalls Disziplinarstrafen folgen.

### **7.2.2 Strafrechtliche Konsequenzen**

Setzt ein Staatsanwalt in Ausübung seiner Tätigkeit ein strafrechtlich relevantes Verhalten, ist er ohne Zweifel belangbar. Auch eine grobe Verfehlung einer Dienstpflicht im Sinne des § 57 Abs 1 RStDG kann zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen. Ein solcher Fall kann zum Beispiel dann vorliegen, wenn ein Staatsanwalt seine Position ausnutzt um einen Amtsmissbrauch<sup>366</sup> zu begehen. In diesem Fall würde auf der einen Seite ein zu ahndendes Disziplinarverbrechen vorliegen sowie ein Amtsmissbrauch des Staatsanwalts gemäß § 302 StGB. Der strafrechtliche Grundsatz „ne bis in idem“ (Doppelbestrafungsverbot) gemäß Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK gelangt in diesem Fall nicht zur Anwendung, da eine disziplinarrechtliche Verurteilung eine strafrechtliche nicht ausschließt.<sup>367</sup>

Überdies ist die Suspendierung eines Staatsanwalts schon dann gerechtfertigt, wenn gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Beteiligung an einem Verbrechen anhängig ist, welches mit einer Freiheitsstrafe zwischen einem und zehn Jahren geahndet wird.<sup>368</sup>

---

<sup>365</sup> OGH 17.12.2012, 9 Nc 40/12z.

<sup>366</sup> § 302 StGB.

<sup>367</sup> OGH 04.03.1996, Ds 1/96.

<sup>368</sup> OGH 04.12.2014, Ds 4/14; OGH 30.08.2012, Ds 14/12; OGH 05.05.2010, Ds 7/10; OGH 16.07.1986, Ds 5/86 SSt 57/52.

## 8. Befangenheitsvermeidende Regelungen in der Praxis

Für die Organe der Staatsanwaltschaft und der Kriminalpolizei sind Erlässe ergangen, die in der Praxis bedeutsam sind. Diese Erlässe zielen ua darauf ab, Befangenheit beziehungsweise jeglichen Anschein dieser zu vermeiden.<sup>369</sup>

Auf folgende Erlässe ist hinzuweisen:<sup>370</sup>

- Erlass vom 06.11.2009 über Misshandlungsvorwürfe gegen Organe der Sicherheitsbehörden und Strafvollzugsbediensteten; Sicherstellung einer objektiven und jeden Anschein der Voreingenommenheit ausschließenden Verfahrensführung
- Erlass vom 27.04.2010, mit dem der Erlass des BMI vom 23.04.2010 über Misshandlungsvorwürfe, Dokumentation, Sachverhaltserhebung, Meldungslegung an den Menschenrechtsbeirat und Organisation, BMI-OA1000/0047-II/1b/2010, bekannt gemacht wird
- Erlass vom 03.12.2009 über die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, Erlass des BMI vom 01.12.2009
- Erlass vom 15.10.2010 über Zwangsmittelanwendungen – Erlass des BMI vom 13.10.2010, BMI-OA1370/0003-II/1/2010

Diese Erlässe sind ua deshalb notwendig geworden, weil die Öffentlichkeit die Staatsanwaltschaften und Kriminalpolizei zunehmend kritisierte, wenn diese Justizorgane Ermittlungsmaßnahmen gegen Organe der Sicherheitsbehörden und Strafvollzugsbediensteten wegen des Verdachts der Misshandlung beziehungsweise Folter von Häftlingen setzten.<sup>371</sup> Kritikpunkt der Öffentlichkeit war eine vermutete Voreingenommenheit der ermittelnden Organe, wenn diese gegen Kollegen der Justiz zu ermitteln hatten.<sup>372</sup> Daraufhin wurden Wege vorgegeben, wie sich diese Organe bei Ermittlungshandlungen zu verhalten haben, um dieser Anscheinsbefangenheit entgegenzuwirken.<sup>373</sup>

---

<sup>369</sup> *Ohrnhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), *Praktikerkommentar zur StPO* (2013) § 47 Rz 6.

<sup>370</sup> Abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Bm-Erlaesse/>.

<sup>371</sup> Vgl Erlass vom 06.11.2009, ZI. BMJ-L880.014/0010-II 3/2009.

<sup>372</sup> Erlass vom 06.11.2009, ZI. BMJ-L880.014/0010-II 3/2009.

<sup>373</sup> Erlass vom 06.11.2009, ZI. BMJ-L880.014/0010-II 3/2009.

## 9. Sollte bei Entscheidungen über Befangenheit sensibler entschieden werden? Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland

Die Regelung über die Befangenheit der Staatsanwälte in Deutschland ist mE der österreichischen zum Teil ähnlich und daher vergleichbar. Dennoch gibt es wesentliche Unterschiede, auf welche ich nachstehend eingehen möchte.

Einer dieser wesentlichen Unterschiede ist, dass es in der deutschen StPO<sup>374</sup> (kurz: dStPO) keine gesetzliche Normierung von Ausschließungsbeziehungswise Befangenheitsgründen für Staatsanwälte gibt. Da diese in §§ 22 ff dStPO nur für Richter und Sachverständige gelten.<sup>375</sup>

Gemeinsam ist den Staatsanwälten in Deutschland und Österreich, dass sie im Vorverfahren jeweils als Herrscher des Ermittlungsverfahrens fungieren.<sup>376</sup> In dieser Funktion sind die deutsche Staatsanwaltschaft wie auch die österreichische Staatsanwaltschaft dem Objektivitätsgebot verpflichtet, sodass sie belastende und entlastende Umstände mit gleicher Sorgfalt zu ermitteln haben.<sup>377</sup>

Die wesentliche Frage in diesem Kapitel ist, ab wann ein Staatsanwalt in einem deutschen Strafverfahren als befangen gilt und wie diese Befangenheit in Deutschland geltend zu machen ist. Es wurde bereits oben erwähnt, dass die deutsche StPO keine Gründe normiert, die einen Staatsanwalt vom Verfahren ausschließt. Aus diesem Grund wurden von wenigen deutschen Bundesländern Landesgesetze<sup>378</sup> erlassen, die den Staatsanwalt bei Vorliegen gewisser Voraussetzung von der weiteren Mitwirkung am Strafverfahren ausschließen sollen.<sup>379</sup> Aber schon *Tolksdorf* kam 1989 zum Schluss, dass die Bundesländer keine Kompetenz zur Erlassung dieser verfahrensrechtlich verbindlichen Vorschriften über die Befangenheit hatten und damit unverbindlich waren.<sup>380</sup> Auch eine analoge Anwendung des § 22 dStPO auf Staatsanwälte ist nicht vorgesehen

---

<sup>374</sup> dBGBI I 1987/1074 idF dBGBI I 2015/10.

<sup>375</sup> Vgl *Kindhäuser*, Strafprozessrecht<sup>2</sup> (2010) § 5 Rz 18.

<sup>376</sup> Vgl *Heger*, Strafprozessrecht (2012) Rz 132.

<sup>377</sup> Vgl *Hellmann*, Strafprozessrecht<sup>2</sup> (2005) § 5 Rz 101.

<sup>378</sup> § 11 BWAGGVG; § 7 NdsAGGVG; § 14 AGGVGLSA.

<sup>379</sup> *Hellmann*, Strafprozessrecht<sup>2</sup> § 5 Rz 102.

<sup>380</sup> *Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt (1989) 46 ff.

und wird von der Rsp abgelehnt.<sup>381</sup> Begründet wird dies mit der Erklärung, dass die Objektivitätspflicht der Staatsanwälte nicht vollkommen jener der von Richtern entspricht.<sup>382</sup> Dennoch wird von der Lehre teilweise vertreten, dass § 22 Z 1 bis 3 dStPO auf Staatsanwälte anwendbar sein soll.<sup>383</sup> Diese Gründe entsprechen in der österreichischen StPO § 47 Abs 1 Z 1. Dem folgend, wäre ein Staatsanwalt von einem Strafverfahren ausgeschlossen, wenn er selbst Beschuldigter beziehungsweise Opfer ist oder wenn er zum Beschuldigten in einem verwandtschaftlichen Verhältnis steht.<sup>384</sup>

In der dStPO existiert, ebenso wenig wie in Österreich, kein Recht auf Ablehnung eines Staatsanwalts durch die Verfahrensbeteiligten.<sup>385</sup> Es ist die Aufgabe des Staatsanwalts selbst auf seine Vertretung beim Dienstvorgesetzten hinzuwirken.<sup>386</sup> Ansonsten steht dem Beschuldigten die Möglichkeit offen, eine Dienstaufsichtsbeschwerde beim Dienstvorgesetzten des Staatsanwalts einzubringen.<sup>387</sup> Auch dem Gericht steht die Möglichkeit offen, auf die Ablösung des Staatsanwalts hinzuwirken, jedoch mit der Einschränkung, dass die Ablösung nicht gegen den Willen des Dienstvorgesetzten vorgenommen werden kann.<sup>388</sup>

Gegen ein ergangenes Urteil, bei dem ein befangener Staatsanwalt mitgewirkt hat, ist in Deutschland eine Revision möglich. Dieses Rechtsmittel führt jedoch nur dann zum Erfolg, wenn die Mitwirkung des befangenen Staatsanwalts zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, als wenn ein nicht befangener Staatsanwalt als öffentlicher Ankläger fungiert hätte.<sup>389</sup>

Folgende Beispiele führten in Deutschland dazu, dass Richter beziehungsweise Staatsanwälte von einem Verfahren ausgeschlossen wurden. Diese Beispiele sollen veranschaulichen, ob in Deutschland generell sensibler über eine mögliche Voreingenommenheit von Gerichtsorganen entschieden wird.

---

<sup>381</sup> *Schmitt* in *Meyer-Goßner/Schmitt* (Hrsg), Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> (2014) Vor § 22 Rz 3 mwN.

<sup>382</sup> *Hellmann*, Strafprozessrecht<sup>2</sup> § 5 Rz 103.

<sup>383</sup> *Pavlik*, Der disqualifizierte Staatsanwalt, NStZ 1995, 309 mwN.

<sup>384</sup> Vgl *Pavlik*, NStZ 1995, 309.

<sup>385</sup> *Schmitt* in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> Vor § 22 Rz 5.

<sup>386</sup> *Schmitt* in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> Vor § 22 Rz 4.

<sup>387</sup> *Pavlik*, NStZ 1995, 309 (313).

<sup>388</sup> *Schmitt* in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> Vor § 22 Rz 4.

<sup>389</sup> *Meyer-Goßner* in *Meyer-Goßner/Schmitt* (Hrsg), Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> (2014) § 337 Rz 38.

Bezugnehmend auf Richter wurde judiziert, dass es keine Zweifel an der Unvoreingenommenheit eines Richters entstehen lässt, wenn eine dienstliche Beziehung zwischen dem Richter und dem Beschuldigten besteht. Selbst dann, wenn er mit dem Beschuldigten im selben Spruchkörper arbeitet.<sup>390</sup>

In Deutschland kann kein Richter mit der Begründung abgelehnt werden, dass er bereits an einer Vorentscheidung mitgewirkt hat. Dies wurde damit begründet, dass ein Richter in einer späteren Entscheidung auch entgegen seiner vorherigen Ansicht urteilen kann.<sup>391</sup>

Ein unangemessenes Verhalten des Richters vor oder während der Hauptverhandlung führt in Deutschland regelmäßig zur Ausschließung eines Richters. Voreingenommenheit wurde angenommen, als der Richter dem Angeklagten beispielsweise das Recht auf rechtliches Gehör bewusst verweigerte, als dieser den Angeklagten als „schwachsinnig“ bezeichnete oder als der Richter sich gegenüber dem Angeklagten in einer Weise äußerte, die Voreingenommenheit vermuten lässt (hier: „Sie sind für das Gericht der Typ des Gewohnheitsverbrechers“).<sup>392</sup>

In Bezug auf den Staatsanwalt wird in Deutschland regelmäßig in folgenden Fällen Befangenheit angenommen. Kommt der Staatsanwalt als Täter oder Opfer in Betracht oder ist er mit dem Täter oder Opfer verwandt, verschwägert oder verheiratet, so wird der Staatsanwalt in der Regel vertreten.<sup>393</sup>

War der Staatsanwalt bereits als einseitiger Sachwalter, also als Anwalt des Verletzten oder Anwalt des Beschuldigten, tätig, wird generell an der Objektivität des Staatsanwalts zu zweifeln sein.<sup>394</sup>

Einen weiteren Befangenheitsgrund stellte es in Deutschland dar, als der Staatsanwalt in der Hauptverhandlung als Zeuge ausgesagt hat.<sup>395</sup>

---

<sup>390</sup> Meyer-Goßner in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> § 24 Rz 10 ff mwN.

<sup>391</sup> Meyer-Goßner in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> § 24 Rz 10 ff mwN.

<sup>392</sup> Meyer-Goßner in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> § 24 Rz 10 ff mwN.

<sup>393</sup> Vgl Alexander in Radtke/Hohmann, Strafprozessordnung Kommentar (2011) § 22 Rz 10 mwN.

<sup>394</sup> Alexander in Strafprozessordnung Kommentar § 22 Rz 10 mwN.

<sup>395</sup> Alexander in Strafprozessordnung Kommentar § 22 Rz 10 mwN.

Keinem Mitwirkungsverbot unterliegt ein Staatsanwalt hingegen dann, wenn er als Ermittlungs-, Eröffnungs- oder Ergänzungsrichter sowie als Polizeibeamter im Vorverfahren tätig war.<sup>396</sup>

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich, was die Ausgeschlossenheit von Gerichtsorganen betrifft, sehr ähnlich ist, jedoch die Gerichte in Österreich mit der Ausgeschlossenheit dieser Organe etwas sensibler umzugehen scheinen. Anderer Ansicht ist *Ainedter*<sup>397</sup>, allerdings noch bei Geltung der alten Rechtslage in Österreich, der meint, dass in Deutschland generell sensibler mit der Befangenheit umgegangen wird. Der gravierendste Unterschied erscheint mir persönlich darin, dass es in Deutschland im Vergleich zu Österreich kein gesetztes Recht zur Befangenheit von Staatsanwälten gibt.

Letztendlich ergibt sich die Frage, ob ein Austausch des Staatsanwalts überhaupt sinnvoll ist. Denn, wie *Ainedter* einst sagte, bei einem Wechsel des Staatsanwalts kommt „selten etwas besseres nach“.<sup>398</sup> Begründend führte er hierzu aus, dass kein Staatsanwalt erfreut sein wird, wenn er kurzfristig die Arbeit eines Kollegen zusätzlich übernehmen muss.<sup>399</sup>

---

<sup>396</sup> *Alexander* in Strafprozessordnung Kommentar § 22 Rz 10 mwN.

<sup>397</sup> *Ainedter*, Befangenheit bei Richtern und Staatsanwälten – was nun? in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness (2005) 74.

<sup>398</sup> *Ainedter* in *Soyer* 61.

<sup>399</sup> *Ainedter* in *Soyer* 61.

## 10. Resümee

Die Strafprozessreform war eine große Errungenschaft für die Staatsanwaltschaft selbst und die gesamte Justiz. Durch die Übertragung der Leitungsbefugnis des Ermittlungsverfahrens an die Staatsanwaltschaft und den damit zusammenhängenden weiteren Aufgaben wurde die Staatsanwaltschaft auch für die Öffentlichkeit sichtbar. Mit Übernahme der verfahrensleitenden Position war aber auch ein verstärkter Rechtsschutz gegen Akte der Staatsanwaltschaft vonnöten. Eine Maßnahme zur Stärkung des Rechtsschutzes war ua die Einführung des § 47 StPO, um bei Voreingenommenheit von Staatsanwälten dagegen vorgehen zu können. Viel wichtiger war es jedoch, zuvor überhaupt ein entsprechendes Problembewusstsein bei den Staatsanwälten zu schaffen.

Die Beschränkung der Möglichkeit auf eine Aufsichtsbeschwerde als Rechtsschutzmittel anstatt eines Ablehnungsantrags ist mE korrekt, da wie der Gesetzgeber schon sagt, an ermittelnde Organe nicht der gleich strenge Maßstab anzulegen ist, wie an entscheidende Organe. Die Möglichkeit einer Ablehnung eines Staatsanwalts mittels Antrag könnte aus meiner Sicht sogar soweit führen, dass dies regelmäßig zur Strategie der Verteidiger werden könnte. Daher ist es mMn sehr wichtig, dass kein Ablehnungsantrag möglich ist. Wie ich bereits oben angemerkt habe, würde ein Gericht über einen Ablehnungsantrag entscheiden, sodass Richter in einer gewissen Weise die Möglichkeit hätten, sich den „richtigen“ Staatsanwalt auszusuchen. All dies würde zu einer Rückkehr zum Inquisitionsverfahren führen, was wiederum nicht im Sinne der Rechtsstaatlichkeit sein kann.

Da ein Ablehnungsantrag aber ohnehin nicht in Aussicht steht, möchte ich noch etwas zur (Dienst-)Aufsichtsbeschwerde hinzufügen. Auch wenn es für den Beschuldigten kein Recht auf Erledigung einer solchen gibt, wird jedoch jedes entscheidungsbefugte Organ darauf erpicht sein, im Sinne seiner berufsrechtlichen Verpflichtung über die Beschwerde zu entscheiden. Kann man doch mE die Erledigung einer Beschwerde unter die Dienstpflichten gemäß § 57 Abs 1 RStDG subsumieren. Jedenfalls würde es sich kein Leiter einer Staatsanwaltschaft erlauben, bei einer Beschwerdeentscheidung „säumig“ zu sein, da es doch noch weitere Möglichkeiten gibt, um Druck auf die Staatsanwaltschaft auszuüben. Zu denken sei an dieser Stelle beispielsweise an die Bekanntmachung des Falles über die Medien.

Das Vertrauen der Bevölkerung in die österreichische Justiz könnte gestärkt werden, indem man Staatsanwälten ebenfalls die richterliche Unabhängigkeit verfassungsrechtlich zusichern würde.<sup>400</sup> Vor allem würde dadurch eine politische Einflussnahme in die Strafverfolgung vereitelt werden.<sup>401</sup> Insgesamt würde dadurch auch dem Grundsatz „Justice must not only be done, it must also seem to be done“<sup>402</sup> besser entsprochen werden.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> Vgl. *Mühlbacher*, Partei mit Auftrag zur Unparteilichkeit - Die Staatsanwaltschaft (2013).

<sup>401</sup> *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>13</sup> Rz 244.

<sup>402</sup> EGMR 17.01.1970, 2689/65, *Delcourt*/ Belgien Rz 31.

<sup>403</sup> Vgl. *Mühlbacher*, Partei mit Auftrag zur Unparteilichkeit.



# Literaturverzeichnis

## Kommentare

*Achammer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2009)

(zitiert: *Achammer* in WK-StPO)

*Alexander* in *Radtke/Hohmann*, Strafprozessordnung Kommentar (2011)

(zitiert: *Alexander* in Strafprozessordnung Kommentar)

*Bertel* in *Bertel/Venier* (Hrsg), Kommentar zur StPO (2012)

(zitiert: *Bertel* in Kommentar StPO)

*Birklbauer/Mayrhofer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2009)

*Fabrizy*, StPO<sup>12</sup> (2014)

(zitiert: *Fabrizy*, StPO<sup>12</sup>)

*Grabenwarter* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2009)

(zitiert: *Grabenwarter* in WK-StPO)

*Kier* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2008)

(zitiert: *Kier* in WK-StPO)

*Koller* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013)

(zitiert: *Koller* in Praktikerkommentar StPO)

*Koenig/Pilnacek* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2014)

*Kroschl* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013)

(zitiert: *Kroschl* in Praktikerkommentar StPO)

*Lässig* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012)

(zitiert: *Lässig* in WK-StPO)

*Leitner* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013)

(zitiert: *Leitner* in Praktikerkommentar StPO)

*Meyer* in *Karpenstein/Meyer* (Hrsg), EMRK Kommentar (2012)

*Meyer-Goßner* in *Meyer-Goßner/Schmitt* (Hrsg), Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> (2014)

(zitiert: *Meyer-Goßner* in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup>)

*Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK<sup>3</sup> (2011)

(zitiert: *Meyer-Ladewig*, EMRK<sup>3</sup>)

*Nordmeyer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012)

(zitiert: *Nordmeyer* in WK-StPO)

*Ohrnhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013)

(zitiert: *Ohrnhofer* in Praktikerkommentar StPO)

*Oshidari* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012)

(zitiert: *Oshidari* in WK-StPO)

*Schindler/Pöll*, StAG<sup>2</sup> (2000)

*Schmitt* in *Meyer-Goßner/Schmitt* (Hrsg), Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup> (2014)

(zitiert: *Schmitt* in Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen<sup>57</sup>)

*Schmoller* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO (2012)

(zitiert: *Schmoller* in WK-StPO)

*Tauschmann* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Praktikerkommentar zur StPO (2013)

(zitiert: *Tauschmann* in Praktikerkommentar StPO)

*Wanke/Perl/Sachs*, Taschenkommentar RStDG (2014)

(zitiert: *Wanke/Perl/Sachs*, RStDG)

## Monographien

*Ainedter*, Befangenheit bei Richtern und Staatsanwälten – was nun? in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Ringen um Fairness (2005)

(zitiert: *Ainedter* in *Soyer*)

*Autischer*, Im Gerichtssaal der öffentlichen Meinung - Grundlagen der Litigation PR in Österreich, in *Pilgermair* (Hrsg), Wandel in der Justiz (2013)

(zitiert: *Autischer* in *Pilgermair*)

*Bertel/Venier*, Strafprozessrecht<sup>8</sup> (2015)

*Birklbauer*, Strafprozessrecht – Eine Einführung in das Grundstudium (2012)

(zitiert: *Birklbauer*, Strafprozessrecht)

*Geyer*, Die neue Rolle des Staatsanwalts nach der StPO-Reform in: Band 8 der Schriftenreihe des BMI, Neue Wege im Strafverfahren (2008)

*Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup> (2012)

(zitiert: *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup>)

*Heger*, Strafprozessrecht (2012)

*Hellmann*, Strafprozessrecht<sup>2</sup> (2005)

(zitiert: *Hellmann*, Strafprozessrecht<sup>2</sup>)

*Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>5</sup> (2014)

(zitiert: *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>5</sup>)

*Kindhäuser*, Strafprozessrecht<sup>2</sup> (2010)

*Mayerhofer*, Das österreichische Strafrecht<sup>5</sup>, Zweiter Teil §§ 1 bis 270 StPO (2004)

*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>10</sup> (2014)

*Pilnacek/Pleischl*, Das neue Vorverfahren (2005)  
(zitiert: *Pilnacek/Pleischl*, Vorverfahren)

*Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>8</sup> (2010)

*Sandermann*, „Waffengleichheit“ im Strafprozeß – Zu den rechtlichen Grundlagen dieses Rechtsinstituts (Diss Univ Köln 1975)  
(zitiert: *Sandermann*, „Waffengleichheit“)

*Schairer*, Der befangene Staatsanwalt (1983)  
(zitiert: *Schairer*, Der befangene Staatsanwalt)

*Seiler*, Strafprozessrecht<sup>13</sup> (2014)  
(zitiert: *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>13</sup>)

*Sigl*, Hinschauen und Einmischen, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung - Ringen um Fairness (2005)

*Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt (1989)  
(zitiert: *Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot)

## **Materialien**

BMJ-Pr50000/0002-Pr 3/2014 (Medienerlass)

Erlass des BMJ zu JMZ 4410/9-Pr 1/2003 (Medienerlass)

ErläutRV 25 BlgNR 22. GP

JAB 406 BlgNR 22. GP

ME Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, 38/ME 25. GP

ME Strafprozessreformbegleitgesetz II, 134/ME 23. GP

## Beiträge in Zeitschriften

*Lässig*, Ausschließung und Befangenheit in der neuen StPO, ÖJZ 2009, 13

*Melichar*, Die Aufsichtsbeschwerde, ÖJZ 1953, 197

*Mühlbacher*, Partei mit Auftrag zur Unparteilichkeit - Die Staatsanwaltschaft

*Pavlik*, Der disqualifizierte Staatsanwalt, NSTZ 1995, 309

## Judikaturverzeichnis

### Europa

EGMR	18.05.2010, 64962/01,	<i>Ozerov/Russland</i>
EGMR	07.01.2010, 32130/03,	<i>Petyo Petkov/Bulgarien</i>
EGMR	04.03.2008, 33065/03,	<i>Samoila u Cionca/Rumänien</i>
EGMR	27.03.2007, 71354/01,	<i>Fehmi Koc/Türkei</i>
EGMR	08.02.2005, 45100/98,	<i>Panchenko/Russland</i>
EGMR	12.06.2003, 35968/97,	<i>Van Kück/Deutschland</i> NJW 2004, 2505
EGMR	28.11.2000, 32869/96,	<i>Rösslhuber/Österreich</i> NL 2000, 234
EGMR	22.02.1996, 17358/90,	<i>Bulut/Österreich</i> ÖJZ 1996, 430
EGMR	10.02.1995, 15175/89,	<i>Allenet de Ribemont/Frankreich</i> ÖJZ 1995, 509
EGMR	24.02.1993, 14396/88,	<i>Fey/Österreich</i> JBL 1993, 508 = ÖJZ 1993, 394
EGMR	06.12.1988, 10590/83,	<i>Barbara, Messegu u. Jabardo/Spanien</i>
EGMR,	21.02.1984, 8544/79,	<i>Öztürk/Deutschland</i> EuGRZ 1985,62.
EGMR	15.07.1982, 8130/78,	<i>Eckle/Deutschland</i> EuGRZ 1983, 371
EGMR,	27.02.1980, 6903/75,	<i>Deweert/Belgien</i> EuGRZ 1980, 667
EGMR,	08.06.1976, 5000/71,	<i>Engel ua/Niederlande</i> EuGRZ 1976, 221
EGMR	17.01.1970, 2689/65,	<i>Delcourt/Belgien</i>

## Österreich

OGH	04.12.2014,	Ds 4/14	
OGH	20.03.2014,	Ds 25/13	JBL 2014/404
OGH	17.12.2012,	9 Nc 40/12z	
OGH	30.08.2012,	Ds 14/12	
OGH	04.10.2011,	13 Os 94/11i	
OGH	05.05.2010,	Ds 7/10	
OGH	15.01.2009,	12 Os 160/08h	EvBI 2009,471 = JBI 2009,736 = AnwBI 2009,530 = AnwBI 2010,158 = AnwBI 2010,569 = SSt 2009/2 ua
OGH	08.08.2007,	15 Os 54/16i	
OGH	18.07.2007,	12 Ns 56/07t	EvBL 1988, 153
OGH	27.01.2000,	15 Nds 56/99	
OGH	04.03.1996,	Ds 1/96	
OGH	30.03.1987,	13 Os 27/87	JBL 1974, 584
OGH	16.07.1986,	Ds 5/86	SSt 57/52
OGH	16.01.1985,	9 Os 5/85.	
VwGH	14.12.1995,	94/19/1203	
VwGH	25.09.1965,	VwSlg 6772 A/1965	
GP		Gw 31/08d	
OLG Graz	11.02.2010,	10 Bs 24/10w	
OLG Wien	16.5.2012,	22 Bs 176/ 12m	

## Internetquellen

[http://dict.leo.org/ende/index\\_de.html#/search=litigation&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on](http://dict.leo.org/ende/index_de.html#/search=litigation&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on) (17.03.2015)

[http://dict.leo.org/ende/index\\_de.html#/search=relations&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on](http://dict.leo.org/ende/index_de.html#/search=relations&searchLoc=0&resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on) (17.03.2015)

[http://diepresse.com/home/sport/mehrsport/1388453/Immofinanz\\_Holen-Sie-die-Herren-von-ihren-hohen-Rossern](http://diepresse.com/home/sport/mehrsport/1388453/Immofinanz_Holen-Sie-die-Herren-von-ihren-hohen-Rossern) (20.03.2015)

[http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1388373/ImmofinanzProzess\\_Sechs-Jahre-Haft-fur-Petrikovics](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1388373/ImmofinanzProzess_Sechs-Jahre-Haft-fur-Petrikovics) (20.03.2015)

[http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1395267/Litigation\\_Neue-Form-der-KrisenPR](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/1395267/Litigation_Neue-Form-der-KrisenPR) (20.03.2015)

[http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/bawag/381477/Bawag\\_Elsner-kritisiert-Kaffeekraenzchen-bei-Staatsanwalt](http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/bawag/381477/Bawag_Elsner-kritisiert-Kaffeekraenzchen-bei-Staatsanwalt) (20.03.2015)

<http://sport.oe24.at/fussball/Admira-ueber-Vorverurteilung-entruestet/32042824> (18.03.2015)

<http://www.format.at/news/oesterreich/immofinanz-prozess-theaterdonnerstaatsanwalt-351631> (20.03.2015)

<http://www.news.at/a/so-helmut-elsner-cote-porsche-weltspartag-neue-luxus-fotos-144972> (20.03.2015)

[http://www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20100218\\_OTs0265/wirtschaftsblatt-kommentar-lassen-wir-helmut-elsner-doch-frei-von-wolfgang-unterhuber](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20100218_OTs0265/wirtschaftsblatt-kommentar-lassen-wir-helmut-elsner-doch-frei-von-wolfgang-unterhuber) (20.03.2015)

[http://www.staatsanwaelte.at/beitraege/interview\\_pleischl](http://www.staatsanwaelte.at/beitraege/interview_pleischl) (17.03.2015)

[http://www.zeit.de/1996/34/A\\_blede\\_G'schicht\\_aus\\_Wien](http://www.zeit.de/1996/34/A_blede_G'schicht_aus_Wien) (16.03.2015)

[www.ruth-elsner.com](http://www.ruth-elsner.com) (25.03.2015)