



## Der Rechtsschutz gegen Akte der Kriminalpolizei nach der neuerlichen Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO Zugleich eine Besprechung von VfSlg 19.991/2015

Reinhard Jantscher<sup>\*</sup>, Graz

**Kurztext:** Mit Erkenntnis vom 30.6.2015, VfSlg 19.991/2015, hob der VfGH die Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106 Abs 1 StPO auf. Im Aufsatz wird die Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der Rechtslage, die durch die genannte Gesetzesaufhebung entstanden ist, erörtert. Dabei wird folgendes, von der hM abweichendes Ergebnis erzielt: Gegen Akte der Kriminalpolizei steht nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO allgemein die Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht zu, und zwar auch dann, wenn sie auf einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung beruhen.

**Schlagworte:** Gewaltenteilung, Staatsgewalten, Staatsanwaltschaft, Hilfsorgan, Kriminalpolizei, Maßnahmenbeschwerde, Einspruch wegen Rechtsverletzung.

### I. Ausgangslage und Problemstellung

Der Gesetzgeber ist auch in einem zweiten Anlauf gescheitert, den Rechtsschutz gegen Akte des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bei den ordentlichen Gerichten zu konzentrieren: Mit Erkenntnis vom 30.6.2015, G 233/2014 ua, VfSlg 19.991/2015, hob der VfGH die Wortfolge „Kriminalpolizei oder“ in § 106 Abs 1 StPO auf und beschränkte das dort vorgesehene Rechtsmittel des Einspruches an das Landesgericht auf Akte der Staatsanwaltschaft.

Der VfGH begründete die Entscheidung mit dem Verstoß der Regelung gegen das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG): Die Kompetenz der Verwaltungsgerichte für die Kontrolle von Akten unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Rahmen der Sicherheitspolizei sei nicht klar genug von der Kompetenz der ordentlichen Gerichte zur Kontrolle solcher Akte im Rahmen der Kriminalpolizei abgegrenzt. Der Rechtsschutzsuchende laufe regelmäßig Gefahr, sein Begehren bei einer unzuständigen Behörde anhängig zu machen.

Im Jahr 2010 war die Bestimmung bereits einmal wegen Verstoßes gegen Art 94 B-VG (Trennung von Justiz und Verwaltung) aufgehoben worden.<sup>1</sup> Mit Wirkung vom 1.1.2014 wurde die Bestimmung im Wesentlichen identisch wieder in Kraft gesetzt,<sup>2</sup> nachdem der neue Art 94 Abs 2 B-VG

<sup>\*</sup> Dr. Reinhard Jantscher ist Rechtsanwaltsanwarter in Graz.

<sup>1</sup> VfSlg 19281/2010.

<sup>2</sup> BGBl I 195/2013.

die für ihre erste Aufhebung tragenden Bedenken ausgeräumt hatte. Bedenken hinsichtlich des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter waren bereits im Verfahren von 2010 vorgebracht worden; der VfGH konnte die Frage jedoch offen lassen, da die Verfassungswidrigkeit der Regelung bereits aufgrund des Verstoßes gegen den Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung feststand. Nun gaben diese Bedenken für die neuerliche Aufhebung der Bestimmung den Ausschlag.

Die Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO hat eine Verschiebung der Zuständigkeit zum Rechtsschutz gegen Akte der Kriminalpolizei zur Folge: Die Kriminalpolizei obliegt den Sicherheitsbehörden und den als deren Hilfsorgane einschreitenden Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes (§ 18 StPO), folglich den Verwaltungsorganen (vgl Art 78a B-VG). Zum Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte sind grundsätzlich die Verwaltungsgerichte berufen (Art 130 B-VG).<sup>3</sup> § 106 Abs 1 StPO sah davon abweichend gegen Akte der Kriminalpolizei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren das Rechtsmittel des Einspruchs an das Landesgericht vor. Dabei handelte es sich um eine – auf Art 94 Abs 2 B-VG gestützte – Ausnahme von der grundsätzlichen Allzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Mit dem Wegfall der Ausnahme lebt die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wieder auf. Da kein Fall der Art 131 Abs 2–5 B-VG vorliegt, sind die Landesverwaltungsgerichte zuständig.

§ 106 Abs 1 StPO enthält weiterhin das Rechtsmittel des Einspruches an das Landesgericht gegen Akte der Staatsanwaltschaft. Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bestehen damit zwei Rechtsschutzwege.

Dieser Aufsatz will die Abgrenzung dieser beiden Rechtsschutzwege auf Basis der Rechtslage, die durch die neuerliche Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstanden ist, klären. Dabei kann an die Diskussion angeknüpft werden, die in der Phase zwischen der ersten Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO und der Wiederherstellung dieser Bestimmung, das heißt zwischen Anfang 2011 und Ende 2013, geführt wurde. Die durch die neuerliche Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstandene Rechtslage ist nämlich im Wesentlichen gleich wie die Rechtslage nach der ersten Teilaufhebung.

Allgemein ist zur Abgrenzung zwischen dem Einspruch an das Landesgericht und der Beschwerde an das Verwaltungsgericht (bzw vor 2014 an den UVS) bei dieser Rechtslage Folgendes auszuführen: § 106 Abs 1 StPO enthält nach der Teilaufhebung nur mehr die Staatsanwaltschaft als mögliche Urheberin von Akten, gegen die das Rechtsmittel des Einspruchs zusteht. Dies legt nahe, dass die Abgrenzung der beiden Rechtsschutzwege danach zu erfolgen hat, ob ein Akt der Kriminalpolizei oder ein Akt der Staatsanwaltschaft vorliegt.

Eine entscheidende Rolle spielt daneben die Zurechnung des Aktes zu den Staatsgewalten Justiz oder Verwaltung. Beschwerden an das Verwaltungsgericht sind nur gegen Akte zulässig, die der Staatsgewalt Verwaltung zuzurechnen sind. Die Staatsanwaltschaft gehört nach nunmehr hA<sup>4</sup> zur

---

3 Gegen behauptete Verletzungen des Grundrechts auf Datenschutz durch die Verwaltung ist abweichend davon die Beschwerde an die Datenschutzbehörde vorgesehen (§ 31 DSG), gegen deren Bescheid wiederum die Bescheidbeschwerde an das Verwaltungsgericht offen steht.

4 *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Strafverfolgung auf dem Prüfstand (2012) 33 (39); *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, GS Walter (2013) 819 (821 ff) mit zahlreichen Nachweisen. Die Rsp (VfSlg 19.281/2010; 19.991/2015; OGH 12.12.2012, 150s152/12k; 15.1.2013, 110s160/12g) äußert sich nicht deutlich, geht aber implizit von dieser Ansicht aus.

Staatsgewalt Justiz iSd Art 94 B-VG,<sup>5</sup> die Sicherheitsbehörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, denen die Kriminalpolizei obliegt, grundsätzlich zur Staatsgewalt Verwaltung.<sup>6</sup> Dies scheint noch keinen Grund für Komplikationen bei der Abgrenzung der Rechtsschutzwege zu bieten: Rechtsmittel gegen Akte der Kriminalpolizei, deren Organe grundsätzlich der Staatsgewalt Verwaltung angehören, sind an das Verwaltungsgericht zu richten, Rechtsmittel gegen Akte des Justizorgans Staatsanwaltschaft an das ordentliche Gericht.

Bereits in der Diskussion über die Verfassungskonformität des § 106 Abs 1 StPO<sup>7</sup> nach Inkrafttreten der Strafprozessreform 2008<sup>8</sup> wurde jedoch die Ansicht angedeutet, dass Akte der Kriminalpolizei, die auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, der Staatsgewalt Justiz zuzurechnen seien. Diese Ansicht fand sich auch im Erkenntnis über die erstmalige Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO<sup>9</sup> und verbreitete sich in der Folge rasch.<sup>10</sup> Rechtsmittel gegen kriminalpolizeiliche Akte, die aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, an die Verwaltungsgerichte sind nach dieser Ansicht ausgeschlossen. Stattdessen soll gegen solche Akte der Kriminalpolizei das Rechtsmittel des Einspruches gem § 106 Abs 1 StPO statthaft sein.

Diese Ansicht beruht auf einer Fortschreibung der Rsp vor der StPO-Reform 2008. In den meisten literarischen Stellungnahmen sowie in beiden § 106 StPO betreffenden Erkenntnissen des VfGH wird die Rechtslage vor der StPO-Reform 2008 mit der nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstehenden Rechtslage ausdrücklich gleichgesetzt. Die Übertragbarkeit jener Rsp, insb im Hinblick auf die geänderte Rollenverteilung im neuen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, wurde allerdings nie näher geprüft.

Im aktuellen Erkenntnis über die neuerliche Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO<sup>11</sup> wurde die genannte Ansicht in einem *obiter dictum* bestätigt. Die Abgrenzung der Rechtsschutzwege sei (der VfGH spricht noch mit Blick auf die Vergangenheit, also auf die Rechtslage zwischen der ersten Teilaufhebung und der Wiederherstellung des § 106 Abs 1 StPO) danach zu treffen gewesen, ob die Sicherheitsorgane aus eigener Macht oder aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung bzw im Rahmen einer richterlichen bzw staatsanwaltschaftlichen Ermächtigung tätig wurden. Überdies fügte der VfGH hinzu, dass diese Abgrenzung der Rechtsschutzwege im Hinblick auf das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter zu keinen Bedenken Anlass gegeben habe, da die „zuständige Rechtsschutzinstanz für den Betroffenen insoweit eindeutig erkennbar“ gewesen sei.

Die Auffassung der Rsp und Lehre über die nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO gültige Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren begegnet folgenden Bedenken:

---

5 Vgl Art 90a B-VG. Die hM geht demzufolge davon aus, dass die Begriffe „Justiz“ und „Gerichtbarkeit“ vom B-VG synonym verwendet werden.

6 Vgl Art 78a B-VG.

7 *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 409 (420); *Venier*, Das neue Ermittlungsverfahren: Eine Reform und ihre Mängel, ÖJZ 2009, 591 (594).

8 BGBl I 19/2004, in Kraft ab 1.1.2008.

9 VfSlg 19281/2010.

10 OGH 12.12.2012, 15Os152/12k; 15.1.2013, 11Os160/12g; *Reindl-Krauskopf*, UVS oder Strafjustiz: Wer kontrolliert die Kriminalpolizei? VfGH G 259/09 und die Folgen, JBl 2011, 345 (347); *Bertel/Venier*, Strafprozessordnung (2012) § 106 Rz 1a; *Thienel* in GS Walter 826 ff uva.

11 VfSlg 19.991/2015.

- Erstens fehlt eine Begründung für die Ansicht, dass Akte der Kriminalpolizei, die aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft (bzw – nach Ansicht des VfGH – auch einer richterlichen bzw staatsanwaltschaftlichen Ermächtigung) gesetzt werden, der Staatsgewalt Justiz zuzurechnen seien.
- Zweitens scheint § 106 Abs 1 StPO in der Fassung nach der Teilaufhebung keine Grundlage für Einsprüche gegen Akte der Kriminalpolizei zu bieten, selbst wenn diese aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, es sei denn, man nimmt an, dass die Kriminalpolizei als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft tätig wird und die Staatsanwaltschaft folglich als Urheberin solcher Akte gilt.
- Drittens ist fraglich, ob die von der hM angenommene Abgrenzung der Rechtsschutzwege tatsächlich den Anforderungen des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) entspricht, wenn man den Maßstab des jüngsten Erkenntnisses des VfGH zu § 106 Abs 1 StPO anlegt.

## II. Die Rechtslage vor der StPO-Reform 2008

Da die Ansicht der Rsp und Lehre zur Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO im Wesentlichen auf einer Fortschreibung der vor der StPO-Reform 2008 hA beruht, muss eine Kritik jener Ansicht mit einer Darstellung der Rechtslage vor der genannten Reform beginnen.

Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren in der Fassung vor der 2008 in Kraft getretenen Reform zeichnete sich nicht nur durch eine Aufteilung in zwei Verfahrensstadien (Vorerhebungen und Voruntersuchung) aus, sondern auch durch ein – von den Verfahrensstadien unabhängiges – Nebeneinander von Kompetenzen zur Setzung von Zwangsakten:

Grundsätzlich war der Untersuchungsrichter (bzw der Erhebungsrichter, dem gem § 88 Abs 2 StPO aF – mit der Einschränkung, dass er nur auf Antrag des Staatsanwaltes tätig werden konnte – alle Kompetenzen des Untersuchungsrichters zukamen) zur Setzung von Zwangsakten kompetent.

Die Sicherheitsbehörde besaß jedoch für den Fall, dass bei Gefahr im Verzug das unverzügliche Einschreiten des Untersuchungsrichters nicht erwirkt werden konnte, eine eigene Kompetenz zur Setzung von Zwangsakten (§§ 24 iVm 141, 177 ua StPO aF).<sup>12</sup> Die Kompetenz des Untersuchungsrichters war im genannten Fall nicht beseitigt, vielmehr lag eine mit der Kompetenz des Untersuchungsrichters konkurrierende Kompetenz<sup>13</sup> der Sicherheitsbehörde vor: Diese bestand für den Fall, dass der Untersuchungsrichter seine Kompetenz tatsächlich nicht wahrnehmen konnte. Nur in diesem Fall konnte die Kompetenz der Sicherheitsbehörde rechtmäßig ausgeübt werden.

Die StPO regelte nur den Rechtsschutz gegen „*Verfügung[en] oder Verzögerung[en] des Untersuchungsrichters*“ und sah dafür die Beschwerde an die Ratskammer vor (§ 113 Abs 1 StPO aF). Gegen Akte der Sicherheitsbehörden waren hingegen die allgemein gegen Verwaltungsakte zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe – insb die Maßnahmenbeschwerde – zu ergreifen. Entschei-

---

12 Vgl dazu *Kranewitter*, Sicherheitsbehörden und Strafjustiz (1990) 23 ff, die von einer „*subsidiären Kompetenz*“ spricht (aaO 27 f). Außerdem bestand noch eine Kompetenz der Sicherheitsbehörden, auf Ersuchen des Staatsanwaltes Vorerhebungen durchzuführen (§ 88 Abs 1 StPO aF); ihre Zwangsbefugnisse beschränkten sich hierbei jedoch auf die Ladung und Vorführung von Auskunftspersonen (§ 88 Abs 3 StPO aF iVm Art V EGVG aF iVm VStG).

13 Konkurrierende Kompetenzen sind regelmäßig verfassungsrechtlich bedenklich, „*Notkompetenzen*“ wie die im Text besprochene sind jedoch zulässig: *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>4</sup> (2013) Rz 158.

dend für den zulässigen Rechtsschutzweg war damit die Zurechnung eines Aktes zum Gericht oder zur Sicherheitsbehörde.

Folgender Umstand führte zu einem Abgrenzungsproblem: Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (im Folgenden werden diese – außer in Überschriften – verkürzend als „Sicherheitsorgane“ bezeichnet) wurden regelmäßig sowohl für den Untersuchungsrichter als auch für die Sicherheitsbehörde tätig. Für Akte dieser Organe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren musste daher eine Regel zur Entscheidung der Frage gefunden werden, wann sie dem Gericht und wann der Sicherheitsbehörde zuzurechnen waren.

Beginnend mit der frühen Zweiten Republik entwickelte der VfGH die folgende Rsp.<sup>14</sup> Akte von Sicherheitsorganen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die auf einem ausdrücklichen richterlichen Befehl beruhten, wurden dem Gericht zugerechnet.<sup>15</sup> Bei einer „Überschreitung“ des richterlichen Befehls (dazu zählte nicht eine einfache Gesetzeswidrigkeit bei seiner Ausführung) sowie in allen anderen Fällen wurde hingegen ein (beim VfGH bekämpfbarer) Akt der Sicherheitsbehörde angenommen.

Dass von Sicherheitsorganen gesetzte Akte nur (bzw immer) dann dem Gericht zugerechnet wurden, wenn sie durch einen ausdrücklichen Willensakt des Untersuchungsrichters beauftragt waren, war nachvollziehbar: Der Untersuchungsrichter hatte die Voruntersuchung eigentlich „*persönlich und unmittelbar*“ zu führen (§ 93 Abs 1 StPO aF). Die Sicherheitsorgane waren keine „regulären“ Hilfsorgane des Untersuchungsrichters. Sie konnten nur gestützt auf § 26 Abs 1 StPO aF, der eine allgemeine Amtshilfeverpflichtung enthielt,<sup>16</sup> herangezogen werden.<sup>17</sup> § 26 Abs 1 StPO aF sah ein ausdrückliches Ersuchen vor. Für ein Einschreiten von Sicherheitsorganen im Namen des Untersuchungsrichters ohne dessen ausdrückliches Ersuchen bestand keine Grundlage. Damit war auch die Zurechnung der Akte von Sicherheitsorganen zum Untersuchungsrichter auf den Fall beschränkt, in dem ein ausdrückliches Ersuchen desselben vorlag. Andererseits schied eine Zurechnung zur Sicherheitsbehörde aus, wenn Sicherheitsorgane Kompetenzen des Untersuchungsrichters ausübten.

---

14 Erste Ansätze in VfSlg 1808/1949; 1980/1950; entscheidende Weiterentwicklungen in VfSlg 3916/1961; 5012/1965.

15 Außerdem durfte der richterliche Befehl den ausführenden Organen keinen (vgl VwGH 6.10.1999, 99/01/0120) oder – nach anderer Ansicht – nur wenig Entscheidungsspielraum lassen (*Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620 [625]; unklar *Jablonek*, Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533 [534]).

16 § 26 Abs 1 S 1 StPO aF lautete: „Die Strafgerichte sind berechtigt, zur Durchführung der Strafrechtspflege mit allen Dienststellen der Gebietskörperschaften, mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes sowie mit den von ihnen betriebenen Anstalten unmittelbares Einvernehmen durch Ersuchen zu pflegen.“ Ob in Ausübung von Amtshilfe gem Art 22 B-VG gesetzte Akte dem ersuchten oder dem ersuchenden Organ zuzurechnen sind, ist strittig (vgl *Wiederin in Korinek/Holoubek et al.* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht [1. Lfg 1999] Art 22 B-VG Rz 16). Auf § 26 StPO wurden beide Varianten nebeneinander gestützt: Einerseits die im Text besprochene unmittelbare Heranziehung von Sicherheitsorganen durch den Untersuchungsrichter, andererseits Ersuchen an die Sicherheitsbehörden zur Durchführung bestimmter Akte, insb von Vernehmungen, welche dann der Sicherheitsbehörde und nicht dem Gericht zugerechnet wurden (*Lendl in Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung [2005] § 26 StPO Rz 19 f). Als für die Abgrenzung der beiden Fälle entscheidendes Kriterium wurde angesehen, ob das ersuchte Organ einen Entscheidungsspielraum bei der Durchführung besaß oder nicht (siehe die vorige FN).

17 Im Wirkungsbereich der Gendarmerie konnte (bis zu ihrer Abschaffung) deren unmittelbare Heranziehung überdies auf das Gendarmeriegesetz (Gesetz vom 25. Dezember 1894, betreffend die Gendarmerie der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1/1895, aufgehoben durch BGBl I 151/2004, außer Kraft getreten mit 30.6.2005) gestützt werden. § 7 S 1 Gendarmeriegesetz bestimmte: „Die Gerichte und Staatsanwaltschaften sind berechtigt, die Dienstleistung der Gendarmerie unmittelbar in Anspruch zu nehmen.“ Auch diese Norm enthielt keine Kompetenz der Gendarmerie zu einem Einschreiten für den Untersuchungsrichter ohne ausdrückliche Inanspruchnahme.

Vieles sprach daher für die vom VfGH gefundene Lösung (die dieser nie begründete). Sie war jedoch mit folgenden Problemen verbunden: Gegen die dem Gericht zugerechneten Akte stand kein Rechtsschutz zur Verfügung. § 113 Abs 1 StPO aF gewährte Rechtsschutz gegen „*Verfügung[en] und Verzögerung[en] des Untersuchungsrichters*“, nicht aber gegen Akte der von ihm beauftragten Organe. Die naheliegende, rechtsschutzfreundliche Lösung, solche Akte als Akte des Untersuchungsrichters anzusehen, wurde nicht gewählt.<sup>18</sup> Der Betroffene eines von Sicherheitsorganen im Auftrag des Untersuchungsrichters gesetzten Zwangsaktes erlangte damit im Ergebnis nur Rechtsschutz, wenn im Verfahren über die Maßnahmenbeschwerde eine Überschreitung des richterlichen Befehls festgestellt wurde. „*Die Modalitäten und die näheren Umstände*“ der Ausführung eines richterlichen Befehls waren hingegen nach stRsp einer Prüfung im Rahmen einer Maßnahmenbeschwerde entzogen.<sup>19</sup>

Weiters ließ der VfGH eine formfreie, rein behördeninterne, auch mündliche Beauftragung der Sicherheitsorgane durch den Untersuchungsrichter für eine Zurechnung der beauftragten Akte zum Gericht genügen.<sup>20</sup> Dem Betroffenen konnten daher die tatsächliche Zurechnung der Akte und damit der ihm offen stehende Rechtsschutzweg leicht verborgen bleiben; selbst nach Sichtung der Akten und Einvernahme der Beteiligten im Verfahren war eine Klärung oft schwierig.<sup>21</sup>

Schließlich war nicht näher bestimmt,

- wie stark ein richterlicher Befehl das Einschreiten der beauftragten Organe determinieren musste, um Zurechnung zum Gericht zu bedingen;
- wann eine Überschreitung eines richterlichen Befehls vorlag; sowie
- welche Handlungen, die für die Vorbereitung und Unterstützung des beauftragten Aktes gesetzt wurden, noch dem Gericht zuzurechnen waren.

Bei der Beurteilung der zuletzt genannten Fragen schwankte die Judikatur erheblich.<sup>22,23</sup>

18 Vgl den in VfSlg 18152/2007 zitierten Beschluss der Ratskammer beim LGS Wien und *Kranewitter*, Sicherheitsbehörden 48.

19 VfSlg 11.524/1987; 11783/1988; 11961/1989; VwGH 17.5.1995, 94/01/0763; 23.9.1998, 97/01/1084; 16.2.2000, 96/01/0233.

20 Grundlegend VfSlg 3916/1961; vgl auch VfSlg 10669/1985, 12299/1990 und 12300/1990.

21 Vgl VfSlg 3916/1961: Der Beschwerdeführer wandte sich gegen die Beschlagnahme von Stacheldraht durch einen Gendarmen. Der Gendarm sagte vor dem VfGH aus, er habe einen mündlichen Auftrag zur Beschlagnahme vom Bezirksrichter erhalten. Dieser konnte sich nicht daran erinnern, und es gab auch keinen Vermerk in den Gerichtsakten. Da die Gendarmerie den Befehl im Stationsdienstbuch eingetragen hatte, glaubte der VfGH dem Gendarmen und rechnete sein Handeln dem Gericht zu: „*Daran ändert der Umstand nichts, daß die gerichtliche Verfügung möglicherweise nicht in der erforderlichen Form ergangen ist. Es genügt, daß jedenfalls ein richterlicher Auftrag erteilt wurde.*“

22 Eine Überschreitung des richterlichen Befehls lag, wie oben ausgeführt, nach einer häufig wiederkehrenden Formel der Rsp nicht vor, soweit Gesetzwidrigkeiten bei der Ausführung des Befehls nur „*Modalitäten und nähere Umstände*“ betrafen (siehe die Nachweise in FN 19), zB die Verhältnismäßigkeit des Einschreitens (VwGH 7.10.2010, 2008/17/0222). Dementsprechend sprach der VwGH in einer Entscheidung aus, im Wege einer Maßnahmenbeschwerde könnte die „*Anzahl der einschreitenden Beamten, der Einsatz von Suchtighunden oder die behauptetermaßen mit einer Verwüstung endende Durchsuchung von Möbeln und Kästen*“ im Rahmen einer richterlich angeordneten Hausdurchsuchung nicht aufgegriffen werden (VwGH 23.9.1998, 97/01/1084). In einer anderen Entscheidung wurde es hingegen – trotz Anführung der Formel von den „*Modalitäten und näheren Umständen*“ – als Überschreitung des richterlichen Befehls angesehen, eine Garagentüre und einen LKW im Zuge einer Hausdurchsuchung aufzubrechen, ohne vorher nach den Schlüsseln zu fragen (VwGH 6.7.1999, 96/01/0061). Was dieses Vorgehen von einer „*bloßen*“ Unverhältnismäßigkeit und damit einer bloßen rechtswidrigen Modalität des Einschreitens unterscheidet, ist unerfindlich. Tatsächlich ist die Unterscheidung zwischen der Überschreitung eines richterlichen Befehls und einer bloßen Gesetzwidrigkeit bei seiner Ausführung gar keiner präzisen Abgrenzung durch eine abstrakte Formel, die zu vorhersehbaren Ergebnissen führt, zugänglich.

23 Nach den Formeln der Rsp deckte ein richterlicher Befehl auch nicht ausdrücklich angeordnete Maßnahmen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks des richterlichen Befehls erforderlich waren, und sie auf ihre „*dienende*“

### III. Die Rollenverteilung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der StPO-Reform 2008 und ihre Bedeutung für den Rechtsschutz

#### A. Grundlagen

Erklärtes Ziel der Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens war die Schaffung eines einheitlichen Rechtsschutzsystems, womit die genannten Probleme der Vergangenheit angehören sollten.<sup>24</sup> Mit § 106 StPO nF wurde das Rechtsmittel des Einspruches geschaffen, das gegen alle Akte der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, unabhängig von deren Form, Rechtsschutz bieten sollte.

Die (erneute) Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO stellt die Konkurrenz der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wieder her. Die Bemühungen des Gesetzgebers sind damit jedoch nicht vollständig auf ihren Ausgangspunkt zurückgeworfen. Die Abgrenzung der Rechtsschutzwege nach der durch die Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO entstandenen Rechtslage knüpft ähnlich wie vor der StPO-Reform 2008 an die Zurechnung eines Aktes zu einer Behörde bzw einer Staatsgewalt an. Das Problem der Abgrenzung der Rechtsschutzwege hängt folglich weiterhin mit dem Problem der Abgrenzung von Kompetenzen zusammen. Zu beachten ist daher die gänzlich neue Rollenverteilung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die die StPO-Reform 2008 brachte:

An die Stelle der Konkurrenz der Kompetenzen des Untersuchungsrichters und der Sicherheitsbehörde zur Setzung von Ermittlungsakten trat die – im Detail deutlich anders geartete – Konkurrenz der Kompetenzen der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaft (§§ 99 Abs 1, 103 StPO).<sup>25</sup> Grundsätzlich werden Ermittlungsmaßnahmen von der Kriminalpolizei gesetzt (§ 99 Abs 1 StPO). Daneben kann die Staatsanwaltschaft auch selbst Ermittlungen durchführen (§ 103 Abs 2 StPO);<sup>26</sup> die Anwendung physischen Zwanges ist allerdings der Kriminalpolizei vorbehalten (§ 93 StPO *e contrario*); außerdem ist bei vielen Ermittlungsmaßnahmen ausdrücklich festgelegt, dass sie durch die Kriminalpolizei zu setzen sind (zB in §§ 110 Abs 2, 171 Abs 1 StPO).<sup>27</sup> Abgesehen von ihrer eingeschränkten Kompetenz zur selbständigen Setzung von Ermittlungsakten obliegt es der Staatsanwaltschaft, das Ermittlungsverfahren zu leiten. Zu diesem Zweck erteilt sie der Kriminalpolizei Anordnungen. Viele Zwangsmaßnahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens dürfen von der Kriminalpolizei nur aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung gesetzt wer-

---

*Funktion*“ beschränkt blieben, ihnen also „kein eigenständiger Charakter“ zukam (VfSlg 19563/2011; VwGH 6.12.2007, 2004/01/0133; 7.10.2003, 2001/01/0311); die entsprechende Grenze wurde sehr uneinheitlich gezogen (sehr weit zB VfSlg 9585/1982; VwGH 23.9.1998, 97/01/1084; 7.10.2003, 2001/01/0311: zeitweilige Anhaltung bzw Durchsuchung von in zu durchsuchenden Räumlichkeiten auffälligen Personen sowie sonstige Verhaltensanordnungen an solche; sehr eng VfSlg 9491/1982; VwGH 15.11.2000, 2000/01/0065: Hausdurchsuchung an der Adresse eines Festzunehmenden zum Zwecke der Festnahme nicht von richterlichem Befehl umfasst; gleiches Ergebnis bei VwGH 30.4.2009, 2007/05/0266: Ermittlung des Inhabers einer IP-Adresse zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Betroffenen eines gerichtlichen Haftbefehls).

24 Vgl bereits die rechtspolitischen Überlegungen von *Frischenschlager/Grof*, Aktuelle Probleme des strafrechtlichen Vorverfahrens, JBl 1988, 678 (687 f), die in der Regierungsvorlage zum StPRG 2004 zitiert werden (ErläutRV 25 BlgNR, 22. GP 143); vgl weiters *Miklau/Szymanski*, Strafverfahrensreform und Sicherheitsbehörden – eine Nahtstelle zwischen Justiz- und Verwaltungsrecht, in FS Pallin (1989), 249 (272 ff); *Pleischl*, Einführung in den Entwurf des Bundesministeriums für Justiz zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Strafverfahren – Menschenrechte – Effektivität. Ministerialentwurf 2001 für eine Vorverfahrensreform (2001) 63 (81): „zentrales Anliegen des Entwurfes“ (gemeint war der Ministerialentwurf JMZ 578.017/10-II.3/2001).

25 Eingeschränkte Ermittlungskompetenzen besitzt außerdem das Gericht (§§ 104, 105 Abs 2 StPO).

26 Der Gesetzgeber dachte, als er der Staatsanwaltschaft die Kompetenz zu Ermittlungsmaßnahmen einräumte, vor allem an Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten durch dieselbe; vgl ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 138.

27 *Tauschmann* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), StPO Strafprozessordnung Kommentar I (2013) § 103 Rz 7.

den; im Übrigen liegt es im Ermessen der Staatsanwaltschaft, durch Anordnungen die Tätigkeit der Kriminalpolizei zu determinieren (vgl § 101 Abs 4 StPO).

Das Problem der Abgrenzung der Rechtsschutzwege trat bei der Rechtslage vor der StPO-Reform 2008 bei Akten auf, die von Sicherheitsorganen gesetzt wurden. Bei diesen Akten war unklar, ob sie der Sicherheitsbehörde oder dem Untersuchungsrichter (und damit dem Gericht) zuzurechnen waren. Zu prüfen ist, ob und in welcher Form dieses Problem bei der neuen Rechtslage auftritt:

Voraussetzung für das Auftreten des Problems ist, dass Sicherheitsorgane im reformierten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren weiterhin nicht nur für die Sicherheitsbehörde, sondern auch für eine weitere Behörde als Hilfsorgane einschreiten können. Hier kommt insb die Staatsanwaltschaft in Betracht.<sup>28</sup> Denkbar wäre aber auch die Variante, dass die Sicherheitsbehörde in bestimmten Fällen selbst als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft tätig wird und die der Sicherheitsbehörde unterstellten Sicherheitsorgane damit indirekt als Hilfsorgane für die Staatsanwaltschaft einschreiten.

## **B. Die bei kriminalpolizeilichen Akten möglichen Zurechnungsketten, oder: Wer ist wessen Hilfsorgan?**

### **1. Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes als Hilfsorgane der Sicherheitsbehörde**

Gem § 18 Abs 2 StPO obliegt Kriminalpolizei den Sicherheitsbehörden. Diese sind damit Behörden der Kriminalpolizei; alle Akte der Kriminalpolizei werden im Namen der jeweils zuständigen<sup>29</sup> Sicherheitsbehörde gesetzt. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes versehen gem § 18 Abs 3 StPO „den kriminalpolizeilichen Exekutivdienst“. Damit ist gemeint, dass die Sicherheitsorgane im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – analog dem SPG – als Hilfsorgane der „Sicherheits- als Kriminalpolizeibehörde“<sup>30</sup> (im Folgenden einfach: Sicherheitsbehörde) tätig werden.<sup>31</sup>

Im Unterschied zur alten Rechtslage besitzen die Sicherheitsbehörden umfassende Kompetenzen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Die Sicherheitsorgane können alle in der StPO geregelten kriminalpolizeilichen Befugnisse im Namen der Sicherheitsbehörde wahrnehmen, ausgenommen jener Befugnisse, die einen „*formalen Rechtsakt einer Behörde erfordern*“<sup>32</sup> (zB Ladungen zur Vernehmung gem § 153 Abs 2 StPO). Die Sicherheitsorgane können ohne ausdrücklichen Auftrag der Sicherheitsbehörde tätig werden.

---

28 Im Fall des § 105 Abs 2 StPO kommt auch das Gericht in Betracht; da die dort geregelte Kompetenz des Gerichts zur Erteilung von Anordnungen an die Kriminalpolizei der entsprechenden Kompetenz der Staatsanwaltschaft nachgebildet ist, dürfte das zur Staatsanwaltschaft Ausgeführte für das Gericht sinngemäß gelten, weshalb darauf hier nicht näher eingegangen wird.

29 Gem § 14 Abs 1 SPG sind genaugenommen die Sicherheitsbehörden jeder Instanz (Bundesminister für Inneres, Landespolizeidirektion, Bezirksverwaltungsbehörde) innerhalb ihres örtlichen Wirkungsbereiches parallel zuständig. Dies gilt auch für die Kriminalpolizei, da § 18 Abs 2 StPO auf die Zuständigkeitsregeln des SPG verweist. Für die Zwecke dieser Arbeit muss auf diese Besonderheit nicht näher eingegangen werden.

30 *Vogl*, Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Beschuldiger im reformierten Strafprozess, in FS Fuchs (2014) 641 (644 f).

31 Vgl ErläutRV 2402 BlgNR 24. GP 4.

32 *Vogl* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand 1.6.2014, rdb.at) § 18 StPO Rz 11.



## 2. Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes als (unmittelbare) Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft?

Ein unmittelbares Tätigwerden von Sicherheitsorganen als Hilfsorgane für die Staatsanwaltschaft – unter Umgehung der Sicherheitsbehörde – sieht die StPO grundsätzlich nicht vor.<sup>33</sup> Anordnungen gem § 102 StPO richten sich an die Sicherheitsbehörde, nicht aber unmittelbar an Sicherheitsorgane.<sup>34</sup>

Hinzuweisen ist auf den deutlichen Unterschied zwischen dem Verhältnis des Untersuchungsrichters zu Sicherheitsbehörden und Sicherheitsorganen nach alter Rechtslage einerseits und dem Verhältnis der Staatsanwaltschaft zu Sicherheitsbehörden und Sicherheitsorganen nach der StPO-Reform 2008 andererseits: Der Untersuchungsrichter hatte nach alter Rechtslage das Ermittlungsverfahren persönlich und unmittelbar zu führen (§ 93 Abs 1 StPO aF) und besaß umfassende Zwangskompetenzen, zu deren Durchsetzung er idR Sicherheitsorgane heranzog. Die Sicherheitsbehörde hatte im Bereich der Tätigkeit des Untersuchungsrichters keine Kompetenzen. Akte von Sicherheitsorganen waren direkt dem Untersuchungsrichter zuzurechnen. Die Staatsanwaltschaft besitzt hingegen nach neuer Rechtslage keine eigenen Zwangskompetenzen; hält sie einen Zwangsakt für angezeigt, hat sie eine (gegebenenfalls gerichtlich zu bewilligende) Anordnung an die Kriminalpolizei – genauer: an die Sicherheits- als Kriminalpolizeibehörde – zu richten, für die wiederum Sicherheitsorgane einschreiten. Eine Zurechnung von Akten der Sicherheitsorgane zur Staatsanwaltschaft könnte nur über den Umweg der Sicherheitsbehörde begründet werden. Ob eine solche Zurechnungskette in bestimmten Fällen anzunehmen ist, wird im folgenden Abschnitt geprüft.

## 3. Sicherheitsbehörden als Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft?

Würden die Sicherheitsbehörden in bestimmten Fällen als Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft handeln (anders formuliert: würden sie im Namen der Staatsanwaltschaft handeln, wäre ihr Handeln der Staatsanwaltschaft zuzurechnen) würde dies bedeuten, dass die den Sicherheitsbehörden unterstellten Sicherheitsorgane in diesen Fällen indirekt Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft wären. Bei jedem konkreten Akt eines Sicherheitsorgans wäre dann die Frage zu entscheiden, ob er im Namen der Sicherheitsbehörde erfolgt oder ob die Zurechnungskette von dieser zur Staatsanwaltschaft weiterverläuft. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Fällen würde dann der Abgrenzung zweier verschiedener Rechtsschutzwege entsprechen. Zur Konstellation, in der Akte eines Sicherheitsorgans entweder direkt der einen Behörde oder direkt der anderen Behörde zuzurechnen sind (wie dies beim Problem der Abgrenzung der Zurechnung zur Sicherheitsbehörde und der Zurechnung zum Untersuchungsrichter nach der alten Rechtslage der Fall war), besteht hinsichtlich des Problems der Abgrenzung der Rechtsschutzwege kein wesentlicher Unterschied.

---

33 Denkbar wäre, in Fortschreibung der Ansicht zu § 26 StPO aF (siehe FN 16) ein unmittelbares Tätigwerden von Sicherheitsorganen für die Staatsanwaltschaft auf § 76 Abs 1 StPO (Amts- und Rechtshilfe) zu stützen. Ersuchen gem § 76 Abs 1 StPO sind von Anordnungen gem § 102 StPO zu unterscheiden (ErläutRV 25 BlgNR 22. GP 109 f). Die Staatsanwaltschaft könnte gem § 103 Abs 2 StPO eine Ermittlungsmaßnahme selbst setzen und dabei Sicherheitsorgane unter Berufung auf § 76 Abs 1 StPO zur Unterstützung in Anspruch nehmen. Aufgrund der beschränkten Kompetenzen der Staatsanwaltschaft zur Setzung von Ermittlungsmaßnahmen, insb hinsichtlich der Ausübung physischen Zwangs, dürfte dieser Fall jedoch kaum praktische Bedeutung besitzen.

34 Bertel/Venier, StPO § 18 Rz 2.

Lehre und Rsp enthalten Anhaltspunkte für die Auffassung, dass die Sicherheitsbehörden in bestimmten Fällen im Namen der Staatsanwaltschaft (als Hilfsorgane derselben) einschreiten: Nach der in Kap I. wiedergegebenen hM sind Akte der Kriminalpolizei, die aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, der Justiz zuzurechnen; der Rechtsschutz dagegen soll sich auch nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO nach dieser Bestimmung richten. Eine Begründung für diese Ansicht fehlt. Die Ansicht wirft einerseits die Frage auf, warum die Akte der Kriminalpolizei – deren Organe grundsätzlich zur Staatsgewalt Verwaltung gehören – der Justiz zuzurechnen sein sollen. Andererseits ist fraglich, warum der Rechtsschutz des § 106 Abs 1 StPO offenstehen soll, obwohl dort die Wendung „Kriminalpolizei oder“ aufgehoben wurde und nur mehr die Staatsanwaltschaft als mögliche Urheberin von Akten, gegen die Einspruch erhoben werden kann, genannt ist.

Die hM erscheint nachvollziehbar, wenn man ihr die Überlegung unterstellt,<sup>35</sup> wonach die Sicherheitsbehörde selbst zum Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft wird, wenn sie eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ausführt. Nach dieser Ansicht würde eine Zurechnungskette vom Sicherheitsorgan, das einen Akt setzt, zur Sicherheitsbehörde (die ihre Behördenstellung einbüßt und zum Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft wird) und von dieser weiter zur Staatsanwaltschaft verlaufen. Der auf Anordnung der Staatsanwaltschaft durch die Kriminalpolizei gesetzte Akt würde damit als Akt der Staatsanwaltschaft, und da diese zur Staatsgewalt Justiz zählt, als Justizakt gelten. Die weiteren Schlüsse wären zwingend: Aufgrund der Zurechnung zur Staatsanwaltschaft wäre einerseits der Rechtsschutz des § 106 Abs 1 StPO eröffnet, andererseits aufgrund der Zurechnung zur Staatsgewalt Justiz die Maßnahmenbeschwerde ausgeschlossen.

Dafür, dass die Sicherheitsbehörde ihre Behördenstellung einbüßt, wenn sie eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ausführt, ergeben sich allerdings in der StPO keine Anhaltspunkte. Statt aus dem konkreten Gesetz könnte sich dies auch aus einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzip ergeben, das lautet: Ein Akt ist dem Organ als Behörde zuzurechnen, das den Willen zur Setzung des Aktes gebildet hat. Ein solches Prinzip existiert allerdings nicht: Welches Organ in einer Angelegenheit Behörde ist (in wessen Namen ein Staatsakt zu setzen ist), ist im Gesetz festzulegen.<sup>36</sup> Dabei existiert auch kein verfassungsrechtliches Gebot, das Organ, das den Willen zu einem Akt bildet, zur Behörde in der Angelegenheit zu erklären. Aufgrund der umfassenden Weisungsbindung (Art 20 Abs 1 B-VG) kann es in den meisten Angelegenheiten vorkommen, dass eine höhere Behörde Akte von niederen Behörden determiniert. In – soweit ersichtlich – keinem Fall wurde vertreten, dass eine Weisung dazu führt, dass der der Weisung entsprechende Akt als im Namen der höheren, im Einzelfall die Weisung erteilenden Behörde gesetzt gilt. Umgekehrt können insb Sicherheitsorgane den Willen zu zahlreichen Akten selbstständig bilden (vgl die in §§ 32 ff SPG aufgezählten Befugnisse), ohne dass sie deswegen als Behörden angesehen werden.

Die Auslegung der StPO und allgemeine verwaltungsrechtliche Überlegungen führen damit zum Ergebnis, dass die Sicherheitsbehörde nicht als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft einschreitet, wenn sie Anordnungen der Staatsanwaltschaft ausführt, sondern dass sie Zurechnungsendpunkt der von ihr bzw den ihr unterstellten Sicherheitsorganen gesetzten Akte bleibt.

---

35 Einzig *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (Stand 1.2.2012, rdb.at) § 4 StPO Rz 52 nimmt eine Zurechnung von auf einer staatsanwaltlichen Anordnung beruhenden Akten der Kriminalpolizei nicht nur zur Staatsgewalt Justiz, sondern ausdrücklich auch zur Behörde Staatsanwaltschaft an.

36 *B. Raschauer*, *Verwaltungsrecht*<sup>4</sup> Rz 138.

### C. Die Konsequenzen für den Rechtsschutz

Es konnte gezeigt werden, dass Sicherheitsbehörden und Sicherheitsorgane in keinem Fall,<sup>37</sup> insb nicht im Fall der Ausführung staatsanwaltschaftlicher Anordnungen, als Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft tätig werden. Vielmehr ist die Sicherheitsbehörde der Zurechnungsendpunkt aller kriminalpolizeilichen Akte.

Ein Problem der Abgrenzung der Rechtsschutzwege, das mit dem vor der StPO-Reform 2008 bestehenden vergleichbar wäre, kann demzufolge nicht vorliegen: Die Sicherheitsbehörde ist eine Verwaltungsbehörde, und alle von ihr oder in ihrem Namen gesetzten Akte sind Verwaltungsakte. Dagegen sind also die allgemein gegen Verwaltungsakte offenstehenden Rechtsbehelfe zu ergreifen (insb die Beschwerde an das Verwaltungsgericht). Nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO werden diese Rechtsbehelfe nicht mehr vom Einspruch an das Landesgericht verdrängt.

Der Einspruch an das Landesgericht steht hingegen ausschließlich gegen Akte der Staatsanwaltschaft offen. Ob ein kriminalpolizeilicher Akt auf einer Anordnung der Staatsanwaltschaft beruht, ist irrelevant. Auch gegen einen solchen kriminalpolizeilichen Akt steht der Einspruch an das Landesgericht nicht offen.

Wie die hL und Rsp zu einem anderen, unzutreffenden Ergebnis kamen, wird im folgenden Kapitel gezeigt. Schließlich wird noch zu zeigen sein, dass die hier vertretene Ansicht der Überprüfung anhand zweier einschlägiger Verfassungsgrundsätze standhält, und dass sie sich auch bewährt, wenn es zu einem Nebeneinander von Rechtsschutzverfahren vor dem Strafgericht und dem Verwaltungsgericht kommt.

## IV. Die unrichtige Basis der hM: Die Lehre von den „*abgeleiteten richterlichen Akten*“ bzw der „*funktionellen Zurechnung*“ („Zurechnung kraft Auftrags“)

### A. Grundlagen

Die hM, wonach auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzte Akte der Kriminalpolizei der Justiz zuzurechnen und Rechtsschutz dagegen nach § 106 StPO zu suchen sei, erscheint im Lichte der oben angestellten Überlegungen als unzutreffende Fortschreibung der Rsp zum strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vor der StPO-Reform 2008. Die unzutreffende Fortschreibung scheint darauf zu beruhen, dass die veränderte Rollenverteilung im reformierten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nicht beachtet wurde; was für das Verhältnis zwischen Untersuchungsrichter und Sicherheitsorganen galt, scheint zu Unrecht auf das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Sicherheitsbehörden sowie -organen übertragen worden zu sein. Es wird gezeigt werden, dass diese Annahmen im Wesentlichen zutreffen, allerdings liegen die Dinge komplizierter.

Einer Aufarbeitung bedarf die Lehre von der „*funktionellen Zurechnung*“ bzw der „*abgeleiteten richterlichen Akte*“. Neben dem Handeln der Organe, bei denen sich nachweisen lässt, dass sie der Gesetzgeber grundsätzlich als Justizorgane einrichten wollte (Gerichte, Staatsanwaltschaften, Richter, Rechtspfleger etc) rechnen Lehre und Rsp auch das Handeln bestimmter anderer Organe

---

<sup>37</sup> Außer möglicherweise im theoretischen Fall der Amtshilfe für die Staatsanwaltschaft gem § 76 Abs 1 StPO (siehe FN 33).

der Justiz zu, nämlich wenn sie als „verlängerter Arm“<sup>38</sup> der Justiz in deren Auftrag tätig werden.<sup>39</sup> Ebenso rechnete der VfGH in einem Fall das Handeln von Verwaltungsorganen im Auftrag eines Organs der Gesetzgebung dieser zu.<sup>40</sup> Selbst die Zurechnung des Handelns von Justizorganen zur Verwaltung in vergleichbaren Fällen wird diskutiert.<sup>41</sup> Der zugrunde liegende Gedanke wurde vom VfGH in folgendem Rechtssatz am deutlichsten ausgesprochen: „Werden Organe einer Staatsfunktion im Auftrag einer anderen tätig, werden sie nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes jener Staatsfunktion zugerechnet, in deren Auftrag sie handeln.“<sup>42</sup> Im Folgenden wird angelehnt an die Formulierung in diesem Rechtssatz – und abweichend von den weniger treffenden Begriffen der Lehre und Rsp – von der „Zurechnung kraft Auftrags“ gesprochen.<sup>43</sup>

Es ist zu prüfen, inwieweit der Rechtssatz von der Zurechnung kraft Auftrags die hM zur Abgrenzung der Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren stützen kann. Diese Prüfung setzt die Klärung der genauen Bedeutung des Rechtssatzes sowie der Frage, ob der Rechtssatz tatsächlich zutrifft, voraus.

Der Rechtssatz enthält ausdrücklich nur eine Aussage über die Zurechnung von Staatsorganen zu den Staatsgewalten. Damit wirft der Rechtssatz die Frage auf, welche Folgen diese Zurechnung von Staatsorganen für die Zurechnung von Staatsakten hat. Im Zusammenhang der zitierten Erkenntnisse ging es um die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde gegen bestimmte Staatsakte. Entscheidend für die Zulässigkeit war die Zurechnung der angefochtenen Akte zur Staatsgewalt Verwaltung. Der VfGH folgerte aus der Zurechnung der handelnden Organe zu einer bestimmten Staatsgewalt ohne weiteres die Zurechnung der fraglichen Staatsakte zur selben Staatsgewalt. Stellt man die Zurechnung von Staatsakten in den Vordergrund, kann der Rechtssatz daher wie folgt formuliert werden: Staatsakte werden jener Staatsfunktion zugerechnet, in deren Auftrag sie gesetzt werden.

Damit gerät der Rechtssatz in Konflikt mit der sonst allgemein vertretenen Ansicht, demzufolge ein Akt jener Staatsgewalt zuzurechnen ist, deren Organe den Akt setzen.<sup>44</sup> Nach dieser Ansicht muss für die Zurechnung eines Aktes zu einer Staatsgewalt geprüft werden, welches Organ den Akt setzt; offen ist bei dieser Formulierung der Ansicht nur, ob das Organ, das den Akt tatsächlich setzt (uU ein Hilfsorgan) oder das Organ, dem der Akt (letztendlich) zugerechnet wird (also die Behörde) gemeint ist. Für den Ansatz beim Organ, das einen Auftrag zur Setzung des Aktes er-

38 So *Funk*, Die „Anwendung (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in FS Hellbling (1981) 175 (185) und *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II. Staatliche Organisation (1998) Rz 26.018 (in der 2. Auflage dieses Werkes [2013] von *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* wurden diese Ausführungen allerdings gestrichen).

39 Vgl. *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 17 f.; *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht<sup>4</sup> Rz 205, 962; *Jablonek*, ÖJZ 1978, 533 ff uva.

40 VfSlg 18406/2008.

41 *Martin/Rohregger* in *Korinek/Holoubek et al.*, B-VG Art 146 Rz 30 (1. Lfg 1999); *Wiederin* in *Österreichische Juristenkommission* 49 f.

42 VfSlg 18366/2008; 18406/2008.

43 Siehe dazu ausführlich *Jantscher*, Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten (in Druck) 41 ff.

44 *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 6 schreiben zB „Verwaltung ist jener Teil der Staatstätigkeit, der durch Verwaltungsorgane besorgt wird“, und an anderer Stelle (aaO 20) „... Verwaltung ist der Tätigkeitsbereich der weisungsgebundenen Staatsorgane“; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht II<sup>2</sup> Rz 26.022 lassen eine Aufzählung mit dem Satz „Folgende Rechtsträger und Organe üben Tätigkeiten der Verwaltung aus: ...“ beginnen; *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 42 schreibt: „Gerichtsbarkeit ist Vollziehung durch Richter, Mitwirkende aus dem Volke und die den Richtern in ihrer richterlichen Eigenschaft untergeordneten Organe“ (bis hierher jeweils Hervorhebungen des Autors); *Thienel* in *GS Walter* 823 schreibt: „Zur Staatsfunktion ‚Gerichtsbarkeit‘ zählen [...] all jene Handlungen, die von einer nach der Verfassung als Gerichtsorgan qualifizierten Einrichtung gesetzt werden.“

teilt, bleibt kein Platz. Die bisherigen Ausführungen dieser Abhandlung beruhen auf der Ansicht, dass für die Zurechnung eines Staatsaktes zu einer Staatsgewalt die Behörde entscheidend ist, der der Akt zuzurechnen ist (hier bedeutet „Zurechnung“, dass sie als Urheberin des Aktes gilt); der Staatsakt ist jener Staatsgewalt zuzurechnen, der diese Behörde angehört.

Der Rechtssatz von der Zurechnung kraft Auftrags wirft die weitere Frage auf, welche Folgen ein Auftrag im Sinne des Rechtssatzes für die Zurechnung eines Aktes zu einer bestimmten Behörde hat. Auch darüber enthält der Rechtssatz keine ausdrückliche Aussage; die Ergänzung des Rechtssatzes bereitet hier größere Schwierigkeiten. Die Rsp muss sich in den Fällen, in denen es um die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde geht, auf die Frage nicht einlassen, da die Zurechnung bzw Nichtzurechnung eines Aktes zur Staatsgewalt Verwaltung für die Entscheidung ausreicht (anderes gilt bei der Anwendung des § 106 StPO; dazu sogleich). Die Lehre beschäftigt sich nicht mit der Frage.

Nimmt man an, dass ein Auftrag im Sinne des Rechtssatzes die Zurechnung von Staatsakten zu Behörden unberührt lässt, gelangt man für das neue strafrechtliche Ermittlungsverfahren zum Ergebnis, dass die Sicherheitsbehörde, wenn Sie aufgrund einer Anordnung der Staatsanwaltschaft handelt, zwar ihre Stellung als Behörde nicht verliert (sie also weiterhin in eigenem Namen handelt), dass sie aber – da ein Auftrag eines Justizorgans vorliegt – für die Staatsgewalt Justiz tätig wird. Dies könnte die hM über die Abgrenzung der Rechtsschutzwege nur teilweise stützen: Die Zurechnung eines Aktes zur Staatsgewalt Justiz führt in der Tat zur Unzulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde. Der Rechtsschutz des § 106 Abs 1 StPO wird allerdings nicht eröffnet, da dieser einen Akt der Staatsanwaltschaft voraussetzt. Es ist zwar denkbar, die Anordnung der Staatsanwaltschaft zu bekämpfen, nicht aber, den tatsächlichen Akt der Ausführung. Dieser wäre vollständig als Akt der Kriminalpolizei anzusehen; eine zur Staatsanwaltschaft weiterverlaufende Zurechnung begründet diese Ansicht nicht.

Der OGH ging in seinen Entscheidungen über die Zulässigkeit des Einspruchs gem § 106 StPO gegen Akte der Kriminalpolizei, die auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, nicht auf die Frage ein, ob solche Akte der Behörde Staatsanwaltschaft zuzurechnen sind. Die Zurechnung solcher Akte zur Behörde Staatsanwaltschaft war allerdings eine wesentliche Voraussetzung für das Ergebnis des OGH, der die Zulässigkeit des Einspruchs bejahte.<sup>45</sup>

Man könnte annehmen, dass der genannte Rechtssatz verkürzt ist, und ein Auftrag im Sinne des Rechtssatzes nicht nur die Zurechnung des fraglichen Aktes zu einer Staatsgewalt, sondern auch zu einer Behörde bestimmt. Dann ergäbe sich ein Widerspruch zur oben vertretenen Ansicht, wonach im Gesetz festzulegen ist, welches Organ in einer Angelegenheit Behörde ist, und sich dies nicht danach richten muss, welches Organ den Willen zu einem Akt bildet.

Die Frage, in welchem Zusammenhang die auf den zitierten Rechtssatz gestützte Zurechnung von Staatsakten zu Staatsgewalten zur Zurechnung von Staatsakten zu Behörden steht, kann nur gestützt auf die Entwicklung und Begründung des Rechtssatzes beantwortet werden. Überhaupt drängt es sich auf, nach der Begründung des Rechtssatzes von der Zurechnung kraft Auftrags zu fragen: Er führt zu Ergebnissen, die von den oben angestellten, allgemein verwaltungs- und ver-

---

45 OGH 12.12.2012, 15Os152/12k; 15.1.2013, 11Os160/12g.

fassungsrechtlichen Überlegungen abweichen, und er erscheint als Fremdkörper im sonst vertretenen System der Zurechnung von Staatsakten zu Staatsgewalten bzw Behörden.

Ein Blick in die Vergangenheit klärt das Rätsel von der Zurechnung kraft Auftrags rasch: Der Rechtssatz von der Zurechnung kraft Auftrags stellt das unzutreffende Ergebnis einer Vergrößerung der Rsp zur Abgrenzung der Rechtsschutzwege vor der StPO-Reform 2008 dar.

## **B. Der Gedanke von der „Deckung im richterlichen Befehl“ und seine unrichtige Verallgemeinerung**

Oben (Kap II.) wurde ausgeführt, dass das Problem der Zurechnung von Akten der Sicherheitsorgane zur Sicherheitsbehörde bzw zum Untersuchungsrichter nach der alten Rechtslage vom VfGH wie folgt gelöst wurde: Akte von Sicherheitsorganen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die auf einem ausdrücklichen richterlichen Befehl beruhten, wurden dem Gericht zugerechnet; bei einer „Überschreitung“ des richterlichen Befehls (dazu zählte nicht eine einfache Gesetzeswidrigkeit bei seiner Ausführung) sowie in allen anderen Fällen wurde hingegen ein Akt der Sicherheitsbehörde angenommen.

Zweck der vom VfGH entwickelten Rsp war die Abgrenzung der Zurechnung von Akten zu den zwei nach der alten Fassung der StPO konkurrierend zuständigen Behörden, nämlich Sicherheitsbehörde und Strafgericht. An die Zurechnung zu einer dieser beiden Behörden knüpften zwei verschiedene Rechtsschutzwege an. Die Zurechnung zu den Staatsgewalten war mitentscheidend für den zulässigen Rechtsschutzweg. Die Zurechnung eines Aktes zu einer Behörde war aber der Zurechnung zu einer Staatsgewalt logisch vorgeordnet, und außerdem problematischer als diese: Schwierig zu entscheiden war, ob ein Akt der Sicherheitsbehörde oder dem Strafgericht zuzurechnen war; dass in weiterer Folge Akte der Sicherheitsbehörde der Verwaltung und Akte des Strafgerichts der Justiz der zuzurechnen waren, wurde als nicht weiter begründungsbedürftig angesehen.

Dass die Zurechnung eines Aktes zu einer Behörde der Zurechnung zu einer Staatsgewalt logisch vorgeordnet war, wird vor allem in zahlreichen Erkenntnissen des VfGH aus der Zeit von Anfang der 1970er<sup>46</sup> bis Anfang der 1990er<sup>47</sup> deutlich. Gegenübergestellt wurden jeweils die Möglichkeiten der Zurechnung zu zwei verschiedenen Behörden.

ZB wurde formuliert, dass ein Staatsakt „*nicht der Verwaltungsbehörde, sondern dem Gericht zuzurechnen ist*“<sup>48</sup> oder – unter ausdrücklicher Nennung der konkret in Betracht kommenden Behörden: „*Die [...] Hausdurchsuchung [...] ist somit dem Landesgericht Sbg. und nicht der für Th. zuständigen Bezirkshauptmannschaft Sbg. Umgebung als der untersten Sicherheitsbehörde ihres Sprengels zuzurechnen.*“<sup>49</sup> Die erste ersichtliche Entscheidung, die sich in diesem Aspekt deutlich ausdrückt, verwendet folgende Formulierung: „*Hier hat also der über mündlichen Befehl des Untersuchungs-*

46 Deutlich erstmals – soweit ersichtlich – in VfSlg 6815/1972; 6934/1972; 7203/1973.

47 Deutlich zuletzt – soweit ersichtlich – in VfSlg 12746/1991.

48 VfSlg 10547/1985; 10975/1986; 11695/1988; 11783/1988; 11961/1989; fast wortgleich VfSlg 6829/1972; 8905/1980.

49 VfSlg 9269/1981. Ähnlich VfSlg 6934/1972; 7203/1973; 8248/1978; außerdem 10378/1985 (hier scheiterte die Zurechnung kraft Auftrags, der Akt wurde der BPD Wien zugerechnet) uva.

*richters einschreitende Gendarmeriebeamte nicht als Organ der Bezirkshauptmannschaft, sondern als Organ des Landesgerichts Innsbruck gehandelt.*<sup>50</sup>

Der Staatsgewalt, der die Behörde angehört, wird dann der fragliche Akt zugerechnet. Dies erfolgt regelmäßig unmittelbar und ohne weitere Begründung, zB wenn der VfGH ausführt, eine Beschlagnahme sei „*nicht der belangten Behörde, sondern dem den Auftrag erteilenden Gericht zuzurechnen [...] und als Akt der Gerichtsbarkeit der Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof entzogen*“.<sup>51</sup> Die Zurechnung zu einer Behörde stellt in diesen Entscheidungen daher ein Zwischenergebnis dar, das auf dem Weg zur Lösung der Frage, welcher Staatsgewalt ein Staatsakt zuzurechnen ist, gewonnen werden muss.

In der Lehre<sup>52</sup> sowie in der neuesten Rsp<sup>53</sup> (in dieser Hinsicht nicht deutlich formuliert sind die Entscheidungen bis 1970 sowie einige Entscheidungen nach 1990<sup>54</sup>) wurden die Linien der Rsp dahingehend vergrößert, dass nicht mehr die Zurechnung zur Sicherheitsbehörde bzw zum Strafgericht gegenübergestellt wurde, sondern die Zurechnung zu den Staatsgewalten Justiz bzw Verwaltung. Ergebnis war der oben zitierte Rechtssatz des VfGH über die Zurechnung zu einer Staatsgewalt kraft Auftrags.

Die Vergrößerung der Linien der Rsp dürfte auf folgendem Umstand beruhen: Für die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde war die Zurechnung zur Staatsgewalt Verwaltung das einzig entscheidende Moment. Die Zurechnung zu einer bestimmten Behörde war irrelevant, da in allen Fällen der VfGH und der VwGH<sup>55</sup> zur Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden berufen waren.<sup>56</sup>

Vereinfachend konnte daher davon gesprochen werden, dass die Deckung eines Aktes in einem richterlichen Befehl zur Zurechnung des Aktes zur Staatsgewalt Justiz führte, mit der Folge, dass die Maßnahmenbeschwerde unzulässig war. Genaugenommen hätte der Schluss lauten müssen: Ein Sicherheitsorgan wurde gem § 26 Abs 1 StPO aF vom Untersuchungsrichter herangezogen, um für den Untersuchungsrichter einen Akt zu setzen, der in dessen Kompetenz lag. Der Akt des Sicherheitsorgans gilt daher als Akt des Untersuchungsrichters (ist dem Untersuchungsrichter zuzurechnen). Der Untersuchungsrichter ist ein Organ des Gerichts; dieses wiederum gehört zur

50 VfSlg 6815/1972.

51 VfSlg 11961/1989. Ähnlich VfSlg 6829/1972; 9554/1982; 10669/1985.

52 Alle in FN 38, 39 genannten Literaturstellen.

53 VfSlg 18213/2007; 19281/2010; 19563/2011.

54 Bis 1970: VfSlg 1980/1950; 3916/1961; 4360/1963; 4954/1965; 4983/1965; 5012/1965; 6175/1970; nach 1990: VfSlg 12625/1991; 18406/2008; 19709/2012. In diesen Entscheidungen wird nur allgemein ausgesprochen, dass die Maßnahmenbeschwerde gegen „*Maßnahmen im Bereiche der Gerichtsbarkeit*“ (teilweise werden andere, gleichbedeutende Formulierungen verwendet) nicht statthaft ist, aber keine ausdrückliche Aussage getroffen, wonach der fragliche Akt einer bestimmten Behörde bzw einer bestimmten Staatsgewalt zuzurechnen ist. Dass der fragliche Akt einer bestimmten Staatsgewalt zuzurechnen ist, ergibt sich jeweils aus dem Zusammenhang; ob die Zurechnung zu einer Staatsgewalt aus der Zurechnung zu einer Behörde geschlossen wird, ist aufgrund der verkürzten Formulierung nicht eindeutig erschließbar.

55 Mit BGBl 302/1975 (in Kraft getreten am 1.7.1976) wurden VwGH und VfGH ausdrücklich zur Prüfung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt berufen; davor verneinte der VwGH – im Gegensatz zum VfGH – eine solche Zuständigkeit in stRsp.

56 Heute ist dies anders, da sich die Zuständigkeit zur erstinstanzlichen Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden auf die Landesverwaltungsgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesfinanzgericht aufteilt (Art 131 B-VG). Zu einer Abspaltung der Finanzstrafsachen des Bundes kam es bereits bei der Betrauung der UVS mit der Kompetenz zur Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden (Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG idF BGBl 685/1988, in Kraft ab 1.1.1991).

Staatsgewalt Justiz. Es liegt somit ein Akt der Staatsgewalt Justiz vor, weshalb die Maßnahmenbeschwerde – die nur gegen Akte der Verwaltung zusteht – unzulässig ist.

Die Vergrößerung der Linien der Rsp führte solange zu keinen falschen Ergebnissen, als der dadurch gewonnene Rechtssatz nur im alten Ermittlungsverfahren der StPO angewandt wurde. Die Vergrößerung trug jedoch den Keim der Verallgemeinerung in sich, da sie den Bezug der Lösung zur besonderen Konstellation, für die sie entwickelt worden war, verloren gehen ließ. Kernelement dieser Konstellation war, dass die Sicherheitsorgane nach alter Rechtslage im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren als Hilfsorgane zweier verschiedener Behörden, von denen die eine der Staatsgewalt Verwaltung, die andere der Staatsgewalt Justiz angehörte, tätig werden konnten. In Konstellationen, in denen nicht vorgesehen ist, dass Sicherheitsorgane als Hilfsorgane einer anderen Behörde als einer Verwaltungsbehörde tätig werden, stellt sich das der Rsp zugrunde liegende Abgrenzungsproblem gar nicht. Die Zurechnung bestimmter Akte, die von Sicherheitsorganen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gesetzt wurden, zur Staatsgewalt Justiz beruhte darauf, dass nach der alten Rechtslage vorgesehen war, dass die Sicherheitsorgane in bestimmten Fällen als Hilfsorgane des Gerichts einzuschreiten hatten. In Fällen, in denen Sicherheitsorgane Akte setzen, die von einer Justizbehörde beeinflusst werden, die aber nicht der Justizbehörde, sondern einer Verwaltungsbehörde zuzurechnen sind, begründet der ursprüngliche Gedanke der Rsp keine Zurechnung dieser Akte zur Staatsgewalt Justiz.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass eine eigene Rechtsfigur der „Zurechnung kraft Auftrags“ zu den Staatsgewalten nicht existiert und der davon handelnde Rechtssatz des VfGH nicht zutrifft. Zu unzutreffenden Ergebnissen führte die Anwendung dieses Rechtssatzes in der jüngeren Vergangenheit nicht nur im neuen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, sondern auch – wie vor Kurzem *Kutsche* gezeigt hat – bei auf Beschlüssen des Kartellgerichts gestützten Hausdurchsuchungen der Bundeswettbewerbsbehörde<sup>57</sup> sowie wohl auch bei der Vorführung von Auskunftspersonen vor einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss durch die politische Behörde.<sup>58</sup> Tatsächlich als Hilfsorgane des Gerichts schreiten Sicherheitsorgane hingegen im Exekutionsverfahren<sup>59</sup> sowie bei der Vorführung von Zeugen zur Hauptverhandlung nach § 242 StPO<sup>60</sup> ein.<sup>61</sup>

### C. Ergebnis

Die Verallgemeinerung der Lehre von der Zurechnung kraft Auftrags ist unrichtig und abzulehnen. Die Lehre hatte nur im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in der Fassung vor der StPO-Reform 2008 einen Anwendungsbereich. Am oben gewonnenen Ergebnis für den Rechtsschutz im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren kann sie daher nichts ändern.

---

57 *Kutsche*, Rechtsschutz bei der Durchführung kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, ZfV 2015, 56 (66 f).

58 Vgl VfSlg 18406/2008.

59 Erstmals VfSlg 4954/1965.

60 Erstmals VfSlg 6175/1970.

61 Ob in diesen Fällen allerdings auch – wie nach der alten Fassung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – eine die Zurechnung zum Gericht durchbrechende Überschreitung von Aufträgen in Betracht kommt, ist jedoch zweifelhaft: Da in diesen Fällen keine konkurrierende Kompetenz einer Verwaltungsbehörde besteht, besteht auch keine Grundlage für die Zurechnung zu einer Verwaltungsbehörde. Soweit kein Privatexzess vorliegt, kommt daher keine andere Zurechnung als zum Gericht in Betracht.



## V. Überprüfung der hier vertretenen Ansicht und der hM anhand einschlägiger Verfassungsgrundsätze

### A. Zum Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 B-VG)

Die hier vertretene Ansicht, wonach die Sicherheitsbehörden und -organe auch bei der Ausführung einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung für die Staatsgewalt Verwaltung tätig werden, führt zu einer im Hinblick auf den Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung (Art 94 Abs 1 B-VG) bedenklichen Konstellation. Die Anordnung der Staatsanwaltschaft stellt, legt man die hier vertretene Ansicht zugrunde, eine gewaltenübergreifende Weisung dar. Eine solche ist nach stRsp unzulässig.<sup>62</sup>

Die Einhaltung des Trennungsgrundsatzes im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren war bereits bisher Gegenstand ausführlicher Diskussion. Die im vorigen Kapitel widerlegte „Zurechnung kraft Auftrags“ wurde dabei häufig als zulässige Umgehung des Trennungsgrundsatzes angesehen. Ein Verstoß gegen das Verbot gewaltenübergreifender Weisungsverhältnisse wird bei Zurechnung kraft Auftrags aufgrund folgender Argumentation verneint: Das Verwaltungsorgan, das den Auftrag des Gerichts erhält, wird aufgrund der Zurechnung selbst zum Justizorgan. Der Auftrag verlässt folglich nicht die Sphäre der Staatsgewalt Justiz.<sup>63,64</sup>

Diese Argumentation trifft im Hinblick auf das Verbot gewaltenübergreifender Weisungsverhältnisse zu. Sie übersieht jedoch, dass das Verbot von gewaltenübergreifenden Weisungen nicht der einzige Gehalt des Trennungsgrundsatzes ist:

Die Zurechnung kraft Auftrags führt zum Musterfall einer „Mischbehörde“. Die Verwaltungsbehörde wird aufgrund der Zurechnung kraft Auftrags zeitweise für die Staatsgewalt Justiz tätig. Dies ist nach der bekannten Formel des VfGH, derzufolge Art 94 Abs 1 B-VG es verbietet, „*ein und dieselbe Behörde gleichzeitig als Gericht und Verwaltungsbehörde einzurichten*“,<sup>65</sup> unzulässig. Hierbei handelt es sich um den ursprünglichen und zentralen Gehalt des Trennungsgrundsatzes, der von seiner Entstehungsgeschichte her primär auf die Abschaffung der „*Gemischten Bezirksamter*“ zielte. Die Verflechtung von Justiz und Verwaltung durch die Rechtsfigur der Zurechnung kraft Auftrags geht so weit, dass häufig unklar ist, welche Staatsgewalt einschreitet, nämlich wenn fraglich ist, ob überhaupt ein gerichtlicher Auftrag vorliegt, oder wenn fraglich ist, ob derselbe überschritten wird.

Die Zurechnung kraft Auftrags führt auch zu Parallelzuständigkeiten von Justiz und Verwaltung: Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren kann die Kriminalpolizei manche Ermittlungsmaßnahmen selbstständig setzen.<sup>66</sup> Diese werden dann der Verwaltung zugerechnet. Die Staatsanwalt-

62 VfSlg 5630/1967; 7376/1974; 8157/1977; 9590/1982; 10300/1984.

63 In diesem Sinn VwGH 17.2.1993, 92/01/1113; B. Raschauer, Verwaltungsrecht<sup>4</sup> Rz 205; Thienel/Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup> (2009) 50; Jabloner, ÖJZ 1978, 534; Kranewitter, *Sicherheitsbehörden* 40; Thienel, *Die Aufgaben der Bundesgendarmerie* (1986) 38 f.

64 „... womit sich der Verstoß gegen Art 94 B-VG im Nebel verliert. Die Weisung, obschon unzulässig, immunisiert sich selbst.“ So treffend Wiederin, In allen Instanzen getrennt. Zum Verhältnis von Justiz und Verwaltung am Beispiel des strafprozessualen Vorverfahrens, ÖJZ 2011, 351 (355).

65 VfSlg 1423/1931; 2902/1955; 3916/1961; 11259/1987; 12073/1989; 14076/1995; aus der Literatur vgl Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, *Staatsrecht II*<sup>2</sup> Rz 27.018.

66 Das hier geschilderte Problem tritt zB bei der Observation gem § 130 Abs 1 StPO auf, gegen die, falls sie von der Kriminalpolizei selbstständig durchgeführt wird, die Beschwerde bei der Datenschutzbehörde (§ 31 DSG) zulässig sein könnte. Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt darf die Kriminalpolizei hingegen nur bei Gefahr im Verzug selbstständig setzen. In dem Fall ist Gefahr im Verzug das – wohl taugliche – Abgrenzungskriterium zwischen Verwaltungs- und Justizzuständigkeit.

schaft kann aber nach ihrem Ermessen durch Anordnungen eingreifen. Sie kann auch Akte anordnen, die die Kriminalpolizei andernfalls selbständig gesetzt hätte. Wenn die Anordnung der Staatsanwaltschaft – wie die hM annimmt – dazu führt, dass der Akt der Kriminalpolizei der Justiz zuzurechnen ist, ist die jeweilige Angelegenheit nicht – wie es der VfGH verlangt – „zur Gänze [...] zur Vollziehung entweder den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden“<sup>67</sup> zugewiesen, sondern beiden Staatsgewalten nebeneinander. Ob die Staatsgewalt Justiz oder die Staatsgewalt Verwaltung einschreitet, hängt gar allein von Willensakten der beteiligten Organe ab.<sup>68</sup>

Die Rechtsfigur von der Zurechnung kraft Auftrags könnte folglich nicht auf das Argument gestützt werden, ihre Ergebnisse seien im Hinblick auf den Trennungsgrundsatz unbedenklich. Das Verhältnis von Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft im neuen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ist im Hinblick auf den Trennungsgrundsatz jedenfalls bedenklich, wie man dieses Verhältnis auch im Einzelnen interpretiert bzw wie man die Grenzen der Zurechnung von Akten des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zwischen den Staatsgewalten Justiz und Verwaltung auch zieht. Ob und wie die Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gerechtfertigt werden kann, muss hier nicht näher untersucht werden.<sup>69</sup>

## B. Die Abgrenzung der Rechtsschutzwege im Lichte des rechtsstaatlichen Prinzips des B-VG

Die von der hM angenommene Abgrenzung der Rechtsschutzwege erscheint im Lichte des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) und damit im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip des B-VG bedenklich.

Nach Rsp des VfGH verpflichtet Art 83 Abs 2 B-VG „den Gesetzgeber zu einer – strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden – präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit“.<sup>70</sup> Das Gesetz müsse „die Behördenzuständigkeit derart klar und unmißverständlich zum Ausdruck zu bringen, daß es keiner subtilen Auslegungstätigkeit bedarf, um die vom Gesetzgeber gewollte Kompetenz der Behörden – auch der Rechtsmittelinstanz(en) – zu erkennen“.<sup>71</sup>

Die hM, derzufolge die Rechtsschutzwege im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO anhand der Deckung von kriminalpolizeilichen Akten in Anordnungen der Staatsanwaltschaft abzugrenzen sind, wird dem nicht gerecht. Die Probleme dieser Abgrenzung sind im Wesentlichen ident mit den Problemen der Rechtslage vor 2008, die mit der Reform 2008 überwunden werden sollten (siehe Kap **Fehler! Verweisquelle konnte nicht**

67 Vgl VfSlg 19281/2010; *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (12. Lfg 2013) B-VG Art 94 Rz 26 mwN.

68 Vgl *Wiederin* in *Österreichische Juristenkommission* 50.

69 Überzeugend erscheint die Ansicht von *Storr*, wonach Art 90a B-VG eine *lex specialis* zum Trennungsgrundsatz enthält. Art 90a S 2 B-VG schreibt vor, dass die Staatsanwaltschaft bei mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahrnimmt. *Storr* argumentiert, diese Vorschrift könne nicht so verstanden werden, dass diese Befugnisse ausschließlich den Staatsanwaltschaften zugewiesen seien; dies wäre die Abschaffung der Kriminalpolizei, was nicht ernsthaft als Zweck des Art 90a S 2 B-VG vertreten werden könne. Dann könne aber auch die Kooperation zwischen Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei nicht unzulässig sein. Umgekehrt sei es wesentliche Funktion des Art 90a S 2 B-VG, das Zusammenwirken von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei im Ermittlungsverfahren verfassungsrechtlich abzusichern (*Storr*, *Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit*, ZÖR 2010, 269 [280]; ihm folgend *Wiederin* in *Österreichische Juristenkommission* 49).

70 VfSlg 10311/1984; *Holzinger* in *Korinek/Holoubek et al.*, Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Art 83 Abs 2 B-VG Rz 21 ff.

71 Einleitungsbeschluss in VfSlg 9937/1984.

**gefunden werden..** aE). Im Hinblick auf die nun herrschende Rechtslage und die hM hierüber ist Folgendes auszuführen:

Erstens ist – wie vor 2008 bei Befehlen des Untersuchungsrichters – nicht sichergestellt, dass die Betroffenen eines kriminalpolizeilichen Aktes Kenntnis darüber erlangen, ob der Akt aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung gesetzt wurde. Anordnungen der Staatsanwaltschaft über Zwangsmaßnahmen sind zwar gem § 102 Abs 1 S 2 StPO zu begründen und schriftlich auszufertigen. Ob neben der Übermittlung an die Kriminalpolizei auch eine Zustellung an die von der Anordnung Betroffenen vorgeschrieben ist, ist fraglich; Abs 2 leg cit, der vorsieht, dass die Ausfertigung eine Information über die Rechte des von der Anordnung Betroffenen enthalten muss, scheint davon auszugehen. Selbst wenn eine Zustellung der Anordnung an die Betroffenen vorgesehen ist, sind folgende Probleme zu beachten: Zum einen können von einem Akt Personen in Mitleidenschaft gezogen werden, gegen die sich der Zweck des Einschreitens nicht unmittelbar richtet; eine Zustellung an diese Personen wird idR unterbleiben. Zum anderen können Anordnungen in dringenden Fällen auch mündlich erteilt werden (§ 102 Abs 1 S 3 StPO); wiederum ist der Fall zu beachten, dass die nachträgliche Zustellung oder gar der Vermerk in den Akten unterlassen wird.<sup>72</sup> Die Unterlassung einer Zustellung oder eines Aktenvermerks kann für die Zurechnung nicht entscheidend sein, da dies den beteiligten Organen die Macht gäbe, die Zuständigkeit zum Rechtsschutz gegen einen Akt nachträglich zu beeinflussen, indem sie die Zustellung bzw den Aktenvermerk durchführen oder nicht. Ist aber die Zurechnung davon unabhängig, ist die Zurechnung und damit die Zuständigkeit zum Rechtsschutz in den Fällen, in denen die Zustellung oder gar der Aktenvermerk unterbleibt, für den von einem Akt Betroffenen nicht erschließbar.<sup>73</sup>

Zweitens sind mehrere Kriterien der Zurechnung kraft Auftrags keiner präzisen Abgrenzung zugänglich. Zumindest zwei Abgrenzungskriterien sind rein quantitativ, wobei die entsprechenden Quantitäten jeweils nicht messbar sind:<sup>74</sup> Dies gilt erstens für die Frage, ob eine Anordnung der Staatsanwaltschaft ausreichend determiniert ist, um Zurechnung kraft Auftrags auszulösen, und zweitens für die Frage, ob die Überschreitung einer Anordnung offenkundig ist. Auch für die Frage, ob Vorbereitungs- und Unterstützungsmaßnahmen eigenständigen Charakter haben oder als implizit mitangeordnet gelten können, kann keine abstrakte Formel gefunden werden.<sup>75</sup> Ob ein Staatsakt als Justiz- oder Verwaltungsakt eingestuft wird und welcher Rechtsschutzweg demzufolge zulässig ist, ist für den Rechtsschutzsuchenden damit kaum vorhersehbar; der Rechtsschutzsuchende ist – wie in der dem jüngsten Erkenntnis des VfGH zu § 106 Abs 1 StPO zugrunde liegenden Konstellation – *„vor eine nahezu unlösbare – und auch mit der geforderten Effektivität des Rechtsschutzes unvereinbare – Aufgabe [gestellt]: Wird von diesem doch verlangt, ohne genaue Kenntnis der näheren Umstände innerhalb der Rechtsmittelfrist das zu leisten, was üblicherweise erst am*

72 Vgl den Sachverhalt in VfSlg 3916/1961 (siehe oben FN 21).

73 In Bezug auf formlos gegebene Informationen der einschreitenden Organe bzw der zuständigen Behörde ist außerdem auf die folgende Aussage des VfGH im jüngsten Erkenntnis zu § 106 Abs 1 StPO (VfSlg 19.991/2015) hinzuweisen: *„Es reicht auch nicht, dass der Betroffene berechtigt ist, von der Behörde Auskunft über die Rechtsgrundlage des Aktes zu verlangen: Diese Information kann falsch sein, zu spät erfolgen oder die Grundlage im Einzelfall für die Behörde selbst unklar sein, was jeweils zu Lasten des Rechtsschutzwerbers ausschlägt.“*

74 Vgl zu einer solchen bloß graduellen Abgrenzung, in concreto von ineinander übergehenden Begriffen VfSlg 8349/1978: Verstoß gegen Art 18 Abs 1, Art 83 Abs 2 und Art 94 B-VG durch eine Bestimmung, die die Verfolgung von Handlungen, die die Ehre und Würde des Standes der Notare *„beeinträchtigen“* in die Kompetenz der Notariatskammer, die Verfolgung von Handlungen, die die Ehre und Würde *„bloßstellen“* hingegen in die Kompetenz des Oberlandesgerichts legte.

75 Siehe zu den Problemen der beiden zuletzt genannten Kriterien FN 22 und 23.

*Ende eines umfassenden behördlichen Ermittlungsverfahrens, oft erst nach einer höchstgerichtlichen Entscheidung, feststeht, nämlich, einen behördlichen Zwangsakt rechtlich richtig einzuordnen.*<sup>76</sup>

Gerade wenn man den Maßstab des jüngsten Erkenntnisses des VfGH zu § 106 Abs 1 StPO anlegt, verletzt die von der hM angenommene Abgrenzung der Rechtsschutzwege daher das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG) und ist auch aus diesem Grund abzulehnen.

Die hier vertretene Ansicht wirft hingegen keine Probleme im Hinblick auf das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter auf: Werden Sicherheitsorgane bzw die Sicherheitsbehörde tätig, sind in allen Fällen die allgemeinen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts zu ergreifen. Der Einspruch an das Landesgericht gemäß § 106 Abs 1 StPO ist andererseits nur gegen Akte zu ergreifen, die die Staatsanwaltschaft selbst setzt. Unklarheiten bei der Abgrenzung der Rechtsschutzwege erscheinen daher ausgeschlossen.

### **C. Ergebnis**

Im Hinblick auf die Einhaltung des Grundsatzes der Trennung von Justiz und Verwaltung einerseits ist ein Vorteil zugunsten der hM auszuschließen. Im Hinblick auf das Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter andererseits erscheint die hM bedenklich, während die hier vertretene Ansicht in diesem Zusammenhang keine Probleme aufwirft. Die einschlägigen Verfassungsgrundsätze sprechen daher für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht.

## **VI. Bewährung der hier vertretenen Ansicht: Die Behandlung staatsanwaltschaftlicher Anordnungen und gerichtlicher Bewilligungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren**

Diese Arbeit kommt zum Ergebnis, dass gegen Akte der Kriminalpolizei nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO ausschließlich die allgemeinen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts, insb die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zustehen. Dies gilt auch, wenn ein Akt der Kriminalpolizei auf einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung beruht.

Damit erhebt sich aber die Frage, wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren über eine Beschwerde gegen einen Akt der Kriminalpolizei mit einer diesem Akt zugrunde liegenden staatsanwaltschaftlichen Anordnung sowie gegebenenfalls mit gerichtlichen Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der Anordnung umzugehen ist:

Die Kontrolle von Akten der Justiz ist den Verwaltungsgerichten verwehrt, da ihre Kompetenz in Art 130 B-VG abschließend geregelt und auf die Überprüfung von Akten der Verwaltung beschränkt ist. Das Verwaltungsgericht kann daher keinesfalls mit Rechtskraft über die Rechtmäßigkeit von Anordnungen der Staatsanwaltschaft oder gerichtlichen Bewilligungen absprechen. Umgekehrt ist es an die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen gebunden.

Bei staatsanwaltschaftlichen Anordnungen handelt es sich allerdings um rein staatsinterne Akte. Nur die Kriminalpolizei, nicht aber der von der aufgetragenen Handlung Betroffene ist Adressat

---

<sup>76</sup> VfSlg 19.991/2015.

einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung.<sup>77</sup> Eine staatsanwaltschaftliche Anordnung besitzt keine Rechtskraft wie ein gerichtliches Urteil oder ein Bescheid. Damit besteht auch keine Bindung des Verwaltungsgerichts an eine staatsanwaltschaftliche Anordnung. Das Verwaltungsgericht kann einen kriminalpolizeilichen Akt für rechtswidrig erklären, obwohl er einer staatsanwaltschaftlichen Anordnung entsprach und die Rechtswidrigkeit des Aktes auf der Rechtswidrigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung beruhte.

Außerdem besitzt die staatsanwaltschaftliche Anordnung Tatbestandswirkung für die Rechtmäßigkeit kriminalpolizeilicher Akte, die nur aufgrund einer solchen Anordnung gesetzt werden dürfen (zB Festnahme<sup>78</sup> und Hausdurchsuchung,<sup>79</sup> sofern keine Gefahr im Verzug liegt). Das Verwaltungsgericht hat in diesen Fällen im Rahmen einer Vorfragenbeurteilung festzustellen, ob eine ausreichende und rechtmäßige staatsanwaltschaftliche Anordnung vorliegt.<sup>80</sup>

Zu beachten ist nun, dass auch das für Strafsachen zuständige Landesgericht in bestimmten Fällen über die Rechtmäßigkeit staatsanwaltschaftlicher Anordnungen abzusprechen hat: Anordnungen der Staatsanwaltschaft an die Kriminalpolizei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sind, soweit sie bestimmte, besonders eingreifende Zwangsmittel betreffen, vor ihrer Durchführung gerichtlich zu bewilligen (§§ 101 Abs 2, 105 StPO). Der Beschluss über die gerichtliche Bewilligung der Anordnung ist dem Betroffenen der Ausführungshandlung zuzustellen und entfaltet ihm gegenüber Rechtskraftwirkung. Wenn er sich gegen den Inhalt der Anordnung wehren will, muss er das gegen die Bewilligung vorgesehene Rechtsmittel<sup>81</sup> ergreifen.

Außerdem gehen § 106 Abs 2 und 3 StPO davon aus, dass gegen staatsanwaltschaftliche Anordnungen der Einspruch an das Landesgericht zulässig ist. Dies überrascht, da der Betroffene einer Anordnung nicht Adressat derselben ist, eine Anordnung keine Rechtskraft entfaltet und die Interessen des Betroffenen nicht unmittelbar durch die Anordnung, sondern erst durch den ausführenden Akt berührt werden. Die Frage, ob § 106 StPO auch Rechtsschutz gegen Anordnungen der Staatsanwaltschaft bietet, kann hier auf sich beruhen. Für beide Fälle der gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung gilt Folgendes:

Das Verwaltungsgericht ist an die strafgerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung gebunden. Die Normen über die Beurteilung von Vorfragen sind zu beachten (§ 38 S 1 AVG, § 32 Abs 1 Z 3 VwGVG). Soweit die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Anordnung in dieser Entscheidung bestätigt wird, kann die Ausführungshandlung nur im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit der Anordnung und auf dort nicht geregelte Fragen geprüft werden.<sup>82,83</sup>

---

77 Vgl § 103 Abs 1 S 1 StPO: „Die Staatsanwaltschaft hat ihre Anordnungen und Genehmigungen an die Kriminalpolizei gemäß deren Zuständigkeit zu richten.“

78 § 171 Abs 1 StPO.

79 § 120 Abs 1 StPO.

80 Durch die Beurteilung einer Vorfrage wird nicht in eine fremde Kompetenz eingegriffen (Mayer, Die Vorfrage – ein unbekanntes Wesen? *ecolex* 1997, 303 [304]); damit liegt auch kein Verstoß gegen den Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung vor (vgl VfSlg 10476/1985; 16772/2002; 16797/2003; 17083/2003).

81 Und zwar die Beschwerde gem § 87 StPO.

82 Allerdings ist Folgendes zu beachten: Nach der Bewilligung einer Maßnahme durch das Gericht obliegt es der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, ob die Maßnahme tatsächlich durchgeführt werden soll oder nicht. Wenn die Voraussetzungen, unter denen der Antrag bewilligt wurde, weggefallen sind oder sich derart geändert haben, dass die Durchführung rechtswidrig, unverhältnismäßig oder nicht mehr zweckmäßig wäre, hat die Staatsanwaltschaft von ihr abzusehen (§ 101 Abs 3 StPO). Der Adressat der Ausführungshandlung kann folglich die Rechtmäßigkeit der Anordnung der Durchführung der bewilligten Anordnung mit der Behauptung angreifen,

Das Nebeneinander der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung über das tatsächliche Einschreiten der Kriminalpolizei und der strafgerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer diesem Einschreiten zugrunde liegenden staatsanwaltschaftlichen Anordnung führen folglich zu keinen Schwierigkeiten. Die hier vertretene Ansicht bewährt sich auch in diesem Zusammenhang.

## VII. Ergebnis

Die Überlegungen dieser Arbeit führen zu folgendem, von der bisher hL und Rsp abweichenden Ergebnis: Akte der Kriminalpolizei im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sind, selbst wenn sie auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gesetzt werden, der Sicherheits- als Kriminalpolizeibehörde und damit der Staatsgewalt Verwaltung zuzurechnen. Eine Zurechnung kriminalpolizeilicher Akte zur Behörde Staatsanwaltschaft und zur Staatsgewalt Justiz findet nicht statt.

Gegen Akte der Kriminalpolizei steht damit nach der Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO niemals der Einspruch an das Landesgericht mehr zu. Es stehen vielmehr die allgemeinen Rechtsbehelfe des Verwaltungsrechts offen, insb<sup>84</sup> die Maßnahmenbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht.

Zu bemerken ist abschließend, dass die Teilaufhebung des § 106 Abs 1 StPO zu keinem Handlungsbedarf für den Gesetzgeber führt. Wünschenswert wäre allenfalls eine dem § 88 Abs 2 SPG entsprechende Regelung, die den Rechtsschutz gegen formfreie kriminalpolizeiliche Akte wiederherstellt.

---

zwischen der gerichtlichen Bewilligung und der Anordnung der Durchführung hätte sich der Sachverhalt maßgeblich geändert.

83 Wird die staatsanwaltschaftliche Anordnung hingegen für rechtswidrig erklärt, wird dies idR auf die Beurteilung der Ausführungshandlung durchschlagen. Soweit der fragliche Akt auch ohne staatsanwaltschaftliche Anordnung gesetzt werden hätte können, hat das Verwaltungsgericht den kriminalpolizeilichen Akt allerdings isoliert zu beurteilen und kann auch zum Ergebnis der Rechtmäßigkeit des Aktes gelangen (zB wenn zwar eine unzuständige Staatsanwaltschaft die Anordnung erteilt hat, der Akt aber von der Kriminalpolizei selbstständig gesetzt werden konnte und auch inhaltlich rechtmäßig war).

84 Vereinzelt ist die Kriminalpolizei auch zur Setzung von Akten befugt, die als Bescheid iSd Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG zu deuten sind (insb Ladungen gem § 153 Abs 2 StPO). Dagegen steht die Bescheidbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht zu. Beschwerden wegen Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz sind an die Datenschutzbehörde zu richten (§ 31 DSG). Gegen sonstige formfreie Akte besteht kein Rechtsschutz.