

# **Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit**

**Jahrbuch 2013**

herausgegeben

von

**RA Univ.-Prof. DDr. Peter Lewisch**

Universität Wien, Institut für Strafrecht und Kriminologie

Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati



**RECHT**

Wien · Graz 2013



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... 3

Fritz ZEDER

**Sanktionen des EU-Beihilfenrechts, Steuerzuschläge:  
Ne bis in idem zu Betrug? Oder: Bauern und Fischer als  
Katalysatoren der Grundrechtsentwicklung in der EU ..... 9**

Ernst Eugen FABRIZY

**Der ungetreue Geschäftsführer – An den Obersten Gerichtshof  
in jüngerer Zeit herangetragene Fälle der Untreue in Unternehmen .. 25**

Eva MAREK

**Amtsmissbrauch und Amtsträgerbestechung .....29**

Helmut FUCHS

**Spezielle Probleme von Untreue und Korruption .....35**

Peter LEWISCH

**Korruption und Compliance .....43**

Christian PELZ

**Neuere Entwicklungen zu Untreue und Betrug in Deutschland .....55**

Alexander TIPOLD

**Doping- und Wettbetrug .....71**

Kurt KIRCHBACHER / Rudolf LÄSSIG

**Zentrale Aspekte der Urteilsfindung und der Urteilsanfechtung  
in Finanzstrafsachen .....89**

Martin STRICKER

**Zum strafbaren Unterlassen im FinStrG .....105**

Sabrina TOMISSER

**Der Abgabebetrag: Von „großen Fischen“ und „Karussellen“ ....121**

Alexander LANG / Patrick DECKE

**Die Steuerabkommen Österreichs mit der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein: finanzstrafrechtliche Aspekte und Sonderfragen .....139**

Günther REBISANT

**Versteckte Antworten zur Sicherstellung von Beweisgegenständen im Ermittlungsverfahren .....161**

Michael ROHREGGER

**Die Kontenöffnung beim beschuldigten Kreditinstitut .....183**

Stefan WENAWESER

**Internationale Strafrechtshilfe in Wirtschaftsstrafsachen nach dem Recht des Fürstentums Liechtenstein: Im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und (Grund-)Rechtsschutz .....199**

Friedrich Alexander KOENIG

**Das Hinweisgebersystem (BKMS®-System) bei der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption .....237**

Karin MAIR / Shahanaz MÜLLER / Hubert WOLFSCHWENGER

**Wer sucht, der findet! Oder: Wo liegt die ‚Untreue‘ begraben? – Ausgewählte Untersuchungspraktiken .....247**

Ingeborg ZERBES	
<b>Strafrechtliche Grundsatzfragen „interner Untersuchungen“ .....</b>	<b>263</b>
Hans KRISTOFERITSCH	
<b>Internal Investigations in der Praxis: Arbeitsrecht, Datenschutzrecht, Strafrecht .....</b>	<b>281</b>
Susanne KALSS	
<b>Zauberwort „Fit and Proper“ .....</b>	<b>301</b>
Irene WELSER / Michaela SIEGWART	
<b>Allheilmittel D&amp;O-Versicherungen? .....</b>	<b>325</b>
Autoren .....	349



**Günther REBISANT**

## **Versteckte Antworten zur Sicherstellung von Beweisgegenständen im Ermittlungsverfahren**

### **Inhaltsübersicht**

I. Vorrede .....	161
II. Entstehungsgeschichte .....	162
1. Ausgangslage .....	162
a. Voruntersuchung und Vorerhebungen .....	162
b. Haus- und Personendurchsuchung .....	163
c. Beschlagnahme .....	164
d. Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren .....	165
2. Entwicklungsschritte .....	166
a. Gesetzeslage .....	166
b. Rechtsprechung .....	167
c. Strafprozeßänderungsgesetz 1993 .....	171
III. Geltende Rechtslage .....	173
1. Ermittlungsverfahren .....	173
2. Geheimnisschutz .....	175
3. Durchsuchung von Orten, Gegenständen und Personen .....	176
4. Sicherstellung und Widerspruch .....	177
a. Sicherstellung .....	177
b. Widerspruch .....	178
V. Ausblick .....	181

### **I. Vorrede**

Gegenstände zählen im Strafverfahren zu den klassischen Beweismitteln. Seit jeher stellen die Behörden Gegenstände sicher, um Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu beweisen. Das änderte sich während der Geschichte kaum. Was sich allerdings änderte, war der rechtliche Rahmen, in dem die Behörden die Gegenstände erlangten: Welche Behörde dafür zuständig war, wie die Behörden sie fanden und welcher Inhaber sie herausgeben musste.

Gesetzgeber und Gerichte veränderten den rechtlichen Rahmen, um aktuelle Fragen zu beantworten und geänderte Rechtsansichten umzusetzen. Dadurch entstanden aber weitere Fragen: manche waren neu, weil die Rechtslage neu war, andere waren zwar alt, doch ihre Antworten waren in der neuen Rechtslage versteckt. So erhält ein schlichtes Thema wie die Sicherstellung immer wieder Aufmerksamkeit in Wissenschaft und Praxis. In ihrem Bemühen, die Fragen zu beantworten, übersehen sie jedoch manchmal deren Ursprung oder die bereits vorhandenen, aber versteckten Antworten. Daraus folgen Missverständnisse und hinderliche Kritik zwischen Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft.

Dieser Beitrag versucht, die versteckten Antworten wieder zu entdecken, um Verständnis zu schaffen und den Weg für förderliche Hinweise frei zu machen.

## II. Entstehungsgeschichte

### 1. Ausgangslage

#### a. Voruntersuchung und Vorerhebungen

Als Antwort auf den Absolutismus gestaltete der Gesetzgeber in der Strafprozessordnung 1873<sup>1</sup> die Voruntersuchung als strafgerichtliches Verfahren. Diese Untersuchung beantragte zwar der Staatsanwalt, aber der Untersuchungsrichter führte sie. Ihr Zweck war, die gegen eine bestimmte Person erhobenen Vorwürfe einer Straftat vorläufig zu prüfen und den Sachverhalt soweit zu klären, dass der Staatsanwalt entscheiden konnte, ob er das Verfahren einstellen lässt oder die Anklage einbringt; bei einer Anklage sollte sie auch die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vorbereiten (§ 91 Abs 2 StPO).

Bevor der Staatsanwalt gegen eine bestimmte Person die Voruntersuchung beantragte oder die Anklageschrift einbrachte, prüfte er die Anzeige und die Akten der Vorerhebungen (§ 90 S 1 StPO). Weitere Vorerhebungen konnte er zwar auch durch die Sicherheitsbehörden führen lassen (§ 88 Abs 1 StPO), doch eine Haus- oder Personendurchsuchung oder eine Beschlagnahme konnte er nur beim Untersuchungsrichter (oder Bezirksrichter) beantragen.<sup>2</sup> Richterliche Vorerhebungen waren der Voruntersuchung gleichgestellt, weil die gleichen Rechte und Pflichten bestanden (§ 88 Abs 2 StPO).<sup>3</sup>

---

1 Gesetz vom 23. Mai 1873, betreffend die Einführung einer Strafproceß-Ordnung, RGBl 1873/119.

2 Vgl Mayer S., Kommentar § 88 (1881) Rz 38.

3 Vgl Mayer S., Kommentar § 88 (1881) Rz 44.



War die Voruntersuchung auf Antrag des Staatsanwalts eingeleitet, schritt der Untersuchungsrichter von Amts wegen ein und sollte sie in der Regel „persönlich und unmittelbar“ führen, doch konnte er die Bezirksgerichte um einzelne Akte ersuchen (§ 92 Abs 1, § 93 Abs 1 und § 96 StPO). Der Staatsanwalt durfte keine Untersuchungshandlungen vornehmen, konnte aber an der Hausdurchsuchung und der Durchsuchung von Papieren teilnehmen und Gegenstände bezeichnen, auf die sie auszudehnen waren (§ 97 StPO).

Die Ratskammer führte die Aufsicht über Voruntersuchungen und gerichtliche Vorerhebungen; sie war mit der gerichtlichen Untersuchung dauernd beschäftigt (§ 12 StPO):<sup>4</sup> Der Untersuchungsrichter berichtete ihr monatlich (§ 94 StPO) und bei Beschwerden über Akte des Untersuchungsrichters bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen war sie die einzige Instanz (§§ 113 f StPO).

In der Voruntersuchung und den Vorerhebungen war es also die Aufgabe des Untersuchungsrichters unter der Aufsicht und Kontrolle der Ratskammer, die Gegenstände zu finden und zu erhalten, die als Beweismittel für die Schuld oder Unschuld des Beschuldigten dienen sollten. Der Staatsanwalt stellte bloß seine Anträge an den Untersuchungsrichter.

#### **b. Haus- und Personsdurchsuchung**

Wohnungen oder sonst zum Hauswesen gehörige Räume sowie Personen und ihre Kleidung durfte der Untersuchungsrichter durchsuchen, wenn er zuvor den Verdacht hatte,<sup>5</sup> dort Beweisgegenstände zu finden (§ 139 StPO). Vor der Durchsuchung war der Betroffene zu vernehmen, um die Durchsuchung dadurch abwenden zu können, dass er die gesuchten Gegenstände freiwillig herausgibt oder den Verdacht beseitigt, ihr Inhaber zu sein (§ 140 Abs 1 StPO). Der Untersuchungsrichter brauchte davor keine Bewilligung der Ratskammer, sondern entschied selbst, ob die Voraussetzungen für eine Durchsuchung vorliegen. War der Betroffene aber der Ansicht, dass die Voraussetzungen fehlten, konnte er sich danach bei der Ratskammer beschweren (§ 113 StPO).

Als gerichtlicher Akt durfte die Durchsuchung nur vom Untersuchungsrichter angeordnet oder kraft seiner Befehle vollzogen werden (§ 140 Abs 3 S 1 StPO).<sup>6</sup> Ihre Vornahme sollte der Untersuchungsrichter nur einem richterlichen Beamten überlassen, insbesondere den Bezirksgerichten oder anderen Gerichten; aber in wichtigen Fällen hatte er sie selbst zu vollziehen oder persönlich zu leiten.<sup>7</sup>

---

4 Vgl *Mayer S.*, Kommentar § 97 (1881) Rz 4.

5 Vgl *Mayer S.*, Kommentar § 139 (1881) Rz 9.

6 Vgl *Mayer S.*, Kommentar §§ 140, 141 und 142 (1881) Rz 1.

7 Vgl *Mayer S.*, Kommentar §§ 140, 141 und 142 (1881) Rz 7 f; *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 140 (2005) Rz 11.

### c. Beschlagnahme

Gefundene Beweisgegenstände waren gerichtlich zu verwahren (§ 98 StPO) und vom Untersuchungsrichter zu beschlagnahmen (§ 143 Abs 1 StPO),<sup>8</sup> und zwar gleichgültig, ob es sich um mehrere Gegenstände handelte, die noch auf ihre Beweisrelevanz zu durchsuchen waren, oder der einzelne Beweisgegenstand schon bestimmt war.<sup>9</sup>

Jeder Inhaber solcher Gegenstände war verpflichtet, sie auf Verlangen des Untersuchungsrichters herauszugeben (§ 143 Abs 2 S 1 StPO). Diese Pflicht traf auch Verdächtige und die Zeugen, die von der Aussage befreit waren, weil der Untersuchungsrichter das Recht besaß, die Gegenstände zu erhalten, um eine Straftat aufzuklären. Verweigerte der Inhaber den Gegenstand herauszugeben, durfte der Untersuchungsrichter mit einer Hausdurchsuchung nach ihm suchen (§ 143 Abs 2 S 2 Alt 1 StPO). Konnte der Untersuchungsrichter den Gegenstand nicht selbst finden, durfte er Beugemittel gegen deren Inhaber einsetzen, um seinen Willen zu beugen und ihn derart zu zwingen, den Gegenstand selbst herauszugeben. Solchen Zwang, gegen den eigenen Willen selbst handeln zu müssen, durfte er aber gegen Verdächtige und die Zeugen, die von der Aussage befreit waren, nicht einsetzen (§ 143 Abs 2 S 2 Alt 2 StPO):<sup>10</sup> Verdächtige durfte er nicht zwingen, sich selbst belasten zu müssen, sondern er musste selbst die Beweise finden; und die Zeugen, die von der Aussage befreit waren, durfte er nicht zwingen, Beweise gegen den Verdächtigen zu liefern. Von der Aussage derart „befreit“ waren aber nur die Verwandten des Verdächtigen und Verteidiger über das, was ihnen in dieser Eigenschaft vom Beschuldigten anvertraut wurde (§ 152 Abs 1 Z 1 und 2 StPO);<sup>11</sup> dagegen durften Geistliche, Staatsbeamte und Aussageunfähige „nicht vernommen werden“ (§ 151 StPO), weshalb sie Beugemitteln ausgesetzt waren.

Pflicht und Zwang zur Herausgabe waren also getrennt: Jeder Inhaber war dazu verpflichtet, doch der Untersuchungsrichter durfte Verdächtige, Verwandte und Verteidiger nicht dazu zwingen, die Gegenstände selbst herauszugeben; er musste vielmehr sein mit der Pflicht übereinstimmendes

---

8 Vgl *Mayer S.*, Kommentar §§ 143, 144 und 145 (1881) Rz 12.

9 Vgl *Mayer S.*, Kommentar § 139 (1881) Rz 3.

10 „Ferner beschränkte der Ausschuß das Recht, den Besitzer zur Herausgabe von Gegenständen, welche für die Untersuchung von Bedeutung sein können, durch Verhängung einer Geldstrafe und Einschließung anzuhalten, durch den eingeschalteten Zwischensatz: ‚falls er nicht selbst der strafbaren Handlung verdächtig erscheint oder von der Verbindlichkeit der Ablegung eines Zeugnisses gesetzlich befreit ist.‘“ (Bericht des Ausschusses zur Vorberathung des Entwurfes einer Strafprozeß-Ordnung aus dem Jahr 1869, XXVIII. der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses, V. Session, 152 zu § 140).

11 Vgl *Mayer S.*, Kommentar § 143 (1881) Rz 2.

Recht, die Gegenstände zu erhalten, mit seiner Befugnis einer Hausdurchsuchung und Beschlagnahme selbst zwangsweise durchsetzen. Wären diese Personen aber zur Herausgabe der Gegenstände gar nicht verpflichtet gewesen, hätte der Untersuchungsrichter auch nicht mit einer Hausdurchsuchung nach den Gegenständen suchen und sie beschlagnahmen dürfen. Sein Verlangen nach solchen Gegenständen durfte der Untersuchungsrichter demnach auch an diese Personen richten, besaß er doch das Recht, die Gegenstände zu erhalten, und war er sogar verpflichtet, dem Inhaber dadurch zu ermöglichen, die Hausdurchsuchung durch Herausgabe der Gegenstände abzuwenden, oder zu begründen, warum dies unterblieb (§ 140 Abs 1 und 2, § 143 Abs 2 StPO; vgl oben II.1.b.).<sup>12</sup>

Verteidiger mussten zwar nicht aussagen (§ 152 Abs 1 Z 2 StPO) und der Untersuchungsrichter durfte sie nicht zwingen, Gegenstände (etwa Unterlagen) selbst herauszugeben, aber gegen eine Durchsuchung ihrer Kanzlei und ihrer Unterlagen sowie deren Beschlagnahme (§ 145 StPO; dazu sogleich) durch den Untersuchungsrichter konnten sie sich nicht wehren.<sup>13</sup> Die Herausgabepflicht betraf somit durchaus jeden Inhaber; der Gesetzgeber strich im V. Entwurf zur Strafprozessordnung aus 1863 die Wortfolge: „Von der Beschlagnahme ist die Correspondenz ausgenommen, welche der Angeeschuldigte mit seinem Beichtvater oder mit seinem Vertheidiger geführt hat, vorausgesetzt, daß dieselbe sich noch in den Händen dieser Personen befindet“.<sup>14</sup>

#### d. Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren

Papiere waren zwar bereits von den allgemeinen Regeln erfasst, doch regelte die Strafprozessordnung 1873 ihre Durchsuchung und Beschlagnahme genauer: Zusätzlich zur schonenden Vornahme einer Durchsuchung (§ 142 Abs 1 StPO) war bei der Durchsuchung von Papieren dafür zu sorgen, dass deren Inhalt nicht zur Kenntnis unbefugter Personen gelangt (§ 145 Abs 1 StPO). Die Papiere waren an Ort und Stelle zu durchsuchen, um zu entscheiden, ob und welche Urkunden beschlagnahmt werden. Widerspruch aber der Inhaber der Papiere deren sofortiger Durchsuchung, wurden alle Papiere beschlagnahmt, versiegelt bei Gericht hinterlegt und die Ratskammer entschied, „ob sie durchsucht oder zurückgegeben werden sollen“ (§ 145 Abs 2 StPO).<sup>15</sup>

---

12 Vgl OGH 29. 1. 2002, 14 Os 172/01 (ÖJZ-EvBI 2002/104, 390 = Jus-Extra OGH-St 3181 = Jus-Extra OGH-St 3190 = JBI 2002, 809 = SSt 64/4); RIS-Justiz RS0116050.

13 Vgl Mayer S., Commentar § 143 (1881) Rz 5 f; *Lohsing/Serini*, Strafprozessrecht<sup>4</sup> (1952) 267.

14 Vgl Mayer S., Entstehungsgeschichte (1876) 547; Mayer S., Commentar § 143 (1881) Rz 7.

15 Vgl Mayer S., Commentar § 145 (1881) Rz 2, 7 und 9.

Die Durchsuchung von Papieren war zwar ebenso eine Hausdurchsuchung, doch eine „besonders drückende, da sie leicht mißbraucht werden kann und das Recht auf Geheimnis verletzt, oft eine wahre geistige Folter wird“.<sup>16</sup> Um sie vor Missbrauch zu schützen, durfte die Ratskammer sie dem Untersuchungsrichter nur erlauben, wenn die Voraussetzungen für eine Hausdurchsuchung vorliegen, also bereits vor der Durchsuchung der Verdacht besteht, Beweisurkunden zu finden.<sup>17</sup> Im Unterschied zur Hausdurchsuchung durfte der Untersuchungsrichter bei der Durchsuchung von Papieren bei einem Widerspruch des Inhabers nicht selbst entscheiden, ob die Voraussetzungen für eine Durchsuchung vorliegen, sondern brauchte davor eine Bewilligung der Ratskammer. Der Inhaber erhielt mit seinem Widerspruch also vor der Durchsuchung eine Entscheidung der Ratskammer und nicht erst danach mit seiner Beschwerde.

Da jeder Inhaber – auch der Verteidiger – verpflichtet war (vgl oben II.1.c.),<sup>18</sup> Unterlagen herauszugeben, musste die Ratskammer die Papiere nicht sichten,<sup>19</sup> sondern nur den erforderlichen Verdacht für die Durchsuchung prüfen. Die entsiegelten Urkunden durchsuchte der Untersuchungsrichter in Anwesenheit des Inhabers, des Staatsanwalts und des Verteidigers.<sup>20</sup> Beweisrelevante Urkunden nahm er zu den Akten, andere Urkunden gab er dem Inhaber zurück.<sup>21</sup>

## 2. Entwicklungsschritte

### a. Gesetzeslage

Bis zur Vorverfahrensreform 2008 – also über 135 Jahre – ließ der Gesetzgeber die Regeln für die Haus- und Personendurchsuchung, die Beschlagnahme und die Durchsuchung von Papieren zwar gleich, doch veränderte sich ihre Anwendung in einzelnen Schritten: Durch die Rechtsprechung, die deren rechtlichen Rahmen stets weiter entwickelte, und durch den Gesetzgeber, der im Jahr 1994 mit dem Strafprozeßänderungsgesetz 1993 diese Rechtsprechung ins Gesetz übernahm.

Bis dahin ergänzte der Gesetzgeber bei berufsmäßigen Parteienvertretern, die von der Aussage befreit sind, den Verteidiger des Beschuldigten um Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder (§ 152 Abs 1 Z 2 StPO).<sup>22</sup>

---

16 Mayer S., Kommentar § 145 (1881) Rz 3.

17 Vgl Mayer S., Kommentar § 145 (1881) Rz 3 f.

18 Vgl Mayer S., Kommentar § 145 (1881) Rz 12.

19 Die Rechtslagen von 1873 und 1992 (vgl hier Punkt II.2.b.) vermengend *Tipold*, Der Schutz von Geheimnissen in Papieren vor Durchsuchung – Gedanken zu § 112 StPO, JSt 2012, 134.

20 Vgl Mayer S., Kommentar § 145 (1881) Rz 13.

21 Vgl Mayer S., Kommentar § 145 (1881) Rz 16.

22 StRÄG 1971, BGBl 1971/273; StPN 1972, BGBl 1972/143.

## b. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs soll zeigen, wie sich bei gleicher Gesetzeslage die Rechtslage zur Durchsuchung und Beschlagnahme von der Stammfassung der Strafprozessordnung 1873 bis zum Strafprozeßänderungsgesetz 1993 entwickelte. Auf diese Rechtsprechung stützte sich schließlich der Gesetzgeber, als er im Jahr 1994 das Gesetz änderte (dazu unten II.2.c.).<sup>23</sup>

Im Jahr 1932 entschied der Oberste Gerichtshof,<sup>24</sup> die Aussagebefreiung des Verteidigers bezwecke ein Beratungsgespräch für den Beschuldigten, ohne eine erzwungene Aussage seines Verteidigers befürchten zu müssen. Sie schließe daher auch die Pflicht aus, die vom Verteidiger über das Beratungsgespräch gemachten Aufzeichnungen vorzulegen, weil sonst die Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts und seine Aussagebefreiung unwirksam wären. Die vom Verteidiger mit dem Beschuldigten aufgenommene Information sei daher von der Herausgabepflicht ausgenommen.

Im Jahr 1966 entschied der Oberste Gerichtshof,<sup>25</sup> das Pressegeheimnis ist als Berufsgeheimnis dem Verteidigergeheimnis gleichzuhalten. Im Anschluss an die zuvor erwähnte Entscheidung betreffe die Herausgabepflicht also auch keine Schriftstücke eines Verlags oder einer Redaktion, die das Pressegeheimnis erfasst; daher sei auch eine Hausdurchsuchung zur Beschlagnahme solcher Schriftstücke unzulässig. Die Rechtsordnung kenne zwar kein ausdrückliches Beschlagnahmeverbot, doch dürfen Beweis-themenverbote (im Unterschied zu bloßen Beweismittelverboten) jedenfalls nicht durch eine Hausdurchsuchung und Beschlagnahme umgangen werden.

Im Jahr 1974 entschied der Oberste Gerichtshof,<sup>26</sup> die Ausnahme der Herausgabepflicht von Rechtsanwälten betrifft nur die vom Mandanten erhaltene Information. Schriftliche Mitteilungen mit Informationscharakter und vom Rechtsanwalt selbst gemachte Aufzeichnungen seien zwar von der Herausgabepflicht ausgenommen, weil sonst das Verteidigergeheimnis als Beweis-themenverbot umgangen werde, doch unterliegt der Beschlagnahme sonstiges Beweismaterial, das der Rechtsanwalt bloß verwahrt, wie Urkunden oder andere Schriftstücke, die bereits zuvor entstanden und nicht erst zu Informationszwecken hergestellt wurden. Sonst könnte durch bloße Übergabe an einen Berufsgeheimnisträger jedes Beweismaterial immunisiert werden,

---

23 Vgl EBRV StPÄG 1993, 924 BigNR 18. GP 27 f.

24 OGH 9. 5. 1932, 5 Os 425/32 (SSt XII/46); vgl auch OGH 15. 1. 1974, 10 Os 2/74 (ÖJZ-EvBI 1974/193, 411 = JBI 1974, 383 = SSt 45/1); RIS-Justiz RS0097423.

25 OGH 12. 7. 1966, 9 Os 90/66 (EvBI 1966/509, 637 = JBI 1966, 628 = RZ 1967, 13 = SSt XXXVII/34); RIS-Justiz RS0072392.

26 OGH 15. 1. 1974, 10 Os 2/74 (SSt 45/1 = ÖJZ-EvBI 1974/193, 411 = JBI 1974, 383); RIS-Justiz RS0097389; RS0097379; RS0097381.

wodurch die Strafrechtspflege dem öffentlichen Interesse zuwider beeinträchtigt werde.

Können die Erhebungsorgane während einer Hausdurchsuchung bei einem Rechtsanwalt die Papiere nicht an Ort und Stelle sichten, um herauszufinden, welche Urkunden dem Beweisthemenverbot unterliegen, weil der betroffene Rechtsanwalt widerspricht (§ 145 Abs 2 StPO), waren die Papiere zu versiegeln, gerichtlich zu hinterlegen und die Ratskammer hatte zu entscheiden, ob sie durchsucht werden sollen. Dabei habe die Ratskammer auch zu entscheiden, dass die Papiere „zu durchsuchen“ sind, wenn der Untersuchungsrichter erst dadurch in die Lage versetzt werden konnte, zu beurteilen, ob und welche der Urkunden dem Beweisthemenverbot unterliegen. Dem Untersuchungsrichter war jedoch aufzutragen, die Papiere zuerst hinsichtlich solcher Urkunden zu sichten, die dem Beweisthemenverbot unterliegen, sie zurückzugeben und erst danach die Erhebungsorgane die verbleibenden Urkunden durchsuchen zu lassen. Die Ratskammer selbst hatte (noch) nicht zu sichten, sondern bloß zu entscheiden, ob der Untersuchungsrichter die Papiere sichten und durchsuchen durfte.

Diese Regel war keineswegs rückständig, sondern entsprach dem gesetzlich geregelten Widerspruch (§ 145 Abs 2 StPO), nach dem die Ratskammer nur die Voraussetzungen einer Durchsuchung prüfte und der Untersuchungsrichter die Urkunden durchsuchte. Mit diesem ersten Schritt, dass der Untersuchungsrichter vor einer Durchsuchung der Erhebungsorgane die Papiere im Rahmen seiner Durchsuchung sichtete und dem Beweisthemenverbot unterliegende Urkunden zurückgab, gestaltete der Oberste Gerichtshof ein Verfahren, um die als Beweisthemenverbote entwickelten Berufsgeheimnisse als Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbote zumindest einmal gegenüber den Erhebungsorganen mit Hilfe des Untersuchungsrichters durchzusetzen.<sup>27</sup>

Im Jahr 1976 entschied der Oberste Gerichtshof<sup>28</sup> in Abkehr zum Jahr 1932, die Aussagebefreiung der berufsmäßigen Parteienvertreter diene nicht dem Schutz des Angeklagten, sondern ausschließlich dem des Zeugen. Der Berufsgeheimnisschutz habe für den Angeklagten demnach keine Bedeutung.

Im Jahr 1991 entschied der Oberste Gerichtshof<sup>29</sup> aber erneut, die Zeugnisbefreiung der berufsmäßigen Parteienvertreter diene nicht nur dem Schutz des Zeugen, sondern auch dem Schutz des Angeklagten und seinem verfassungsgesetzlichen Recht auf Verteidigung im Interesse eines fairen Verfahrens (Art 6 Abs 1 EMRK). Geschützt sei die Information, die er dem

---

27 Kritisch *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 145 (2005) Rz 15.

28 OGH 21. 1. 1976, 11 Os 155/75 (SSt 47/7 = ÖJZ-EvBI 1976/222, 439 = JBI 1977, 159 m abl Anm *Pfersmann* = RZ 1976/87, 158); RIS-Justiz RS0097723.

29 OGH 23. 4. 1991, 14 Os 20, 21/91 (AnwBI 1991, 644 m Anm *Strigl* = ÖJZ-EvBI 1991/165, 708); RIS-Justiz RS0097508; vgl auch VfGH 3. 12. 1984, G 24, 50, 51/83, 52, 89, 107/84 (VfSlg 10.291).

Vertreter erteilen muss, um überhaupt in der Lage zu sein, das Mandat auszuüben. Jeder müsse darauf vertrauen können, nicht gerade durch den Auftrag an einen Parteienvertreter und die Weitergabe von Information Beweismittel gegen sich selbst zu schaffen. Die Aussagebefreiung der Parteienvertreter und das Grundrecht des Beschuldigten auf Verteidigung dürften auch nicht auf Umwegen zunichte gemacht werden.

Im Jahr 1992 – kurz vor dem Strafprozeßänderungsgesetz 1993 – befasste sich der Oberste Gerichtshof in einer Entscheidung<sup>30</sup> eingehend mit der Durchsuchung und Beschlagnahme: Die Strafprozessordnung enthalte kein ausdrückliches Beschlagnahmeverbot, sondern nur das Verbot des Herausgabezwangs durch Beugemittel. Daraus lasse sich kein allgemeines Beschlagnahmeverbot ableiten, sondern nur dann, wenn der Zweck des Zwangsverbots auch eine Beschlagnahme unzulässig erscheinen lässt, also eine Beschlagnahme eine Umgehung des Verbots zur Erzwingung einer Herausgabe durch Beugemittel bedeuten würde. Gehe der Schutzzweck des Zeugnisverbots über das Zwangsverbot hinaus bis zu einem Beweisverbot durch Beschlagnahme, muss in der Beschlagnahme auch eine Umgehung des Zwangsverbots zur Herausgabe von Gegenständen, die gleichsam die Aussage ersetzen, gesehen werden. Um zu verhindern, dass durch die Beschlagnahme derselbe Effekt eintritt, wie durch die unzulässige Zeugenaussage, sei ein Beschlagnahmeverbot anzunehmen. Dabei seien nicht nur Zeugnisbefreiungen (§ 152 StPO), sondern auch Zeugnisverbote (§ 151 StPO) und Zeugnisverweigerungen (§ 153 StPO) zu berücksichtigen, weil sich die Unzulässigkeit willensbeugenden Zwangs zur Herausgabe von Gegenständen auch auf sie erstrecke.

Somit bestehe zwar kein Beschlagnahmeverbot bei Verdächtigen und deren Verwandten als Zeugen, dagegen schon bei Geistlichen, Beamten, Wählern und Aussageunfähigen.<sup>31</sup> Bei Parteienvertretern sei deren berufliche Verschwiegenheitspflicht von deren strafprozessualer Aussagebefreiung zu unterscheiden: Der Zweck der Aussagebefreiung eines Parteienvertreters solle nur eine mögliche Selbstbelastung seines Mandanten verhindern, sodass bestehende Beweismittel nicht durch Übergabe an einen Parteienvertreter immunisiert werden und daher der Beschlagnahme unterliegen. Die Frage, ob ein Schriftstück zu Informationszwecken hergestellt oder aber ein bereits bestehendes Beweismittel übergeben wurde, sei bei einem Widerspruch gegen die Beschlagnahme – in Abkehr zum Jahr 1974 – nicht vom

---

30 OGH 31. 1. 1992, 16 Os 15, 16/91 (AnwBl 1992/4156, 409 mit Anm *Arnold* = ÖJZ-EvBl 1992/175); RIS-Justiz RS0109704; RS0109706; RS0109707.

31 § 151 Z 3 StPO; das Gegenteil aus dieser Entscheidung ableitend *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 143 (2005) Rz 42, obwohl sie wörtlich sagt: „für Wahrnehmungs- oder Wiedergabeunfähige (§ 151 Z 3 StPO) gerade wegen jenes Aufklärungsinteresses; [...] in der Tat ein themenbegrenztes Beschlagnahme-Verbot abzuleiten ist“.

Untersuchungsrichter, sondern von der Ratskammer zu prüfen (§ 145 Abs 2 StPO);<sup>32</sup> sie sichtet die Papiere und gibt die vom Beweisthemenverbot erfassten Urkunden an den Inhaber zurück, danach durchsucht der Untersuchungsrichter die verbliebenen Urkunden auf ihre Beweisrelevanz.<sup>33</sup>

Das Ergebnis der Rechtsprechung ergibt zusammengefasst folgendes Bild: Jene Zeugnisverweigerungsrechte der Strafprozessordnung, deren Zweck auch bestimmte Themen erfasst (Beweisthemenverbote), durften die Strafverfahrensbehörden nicht dadurch umgehen, dass sie über das Thema auf anderem Weg einen Beweis aufnehmen (Umgehungsverbot), also etwa einen entsprechenden Gegenstand beschlagnahmen (Beschlagnahmeverbot) oder nach einem solchen Gegenstand suchen (Durchsuchungsverbot). Bei den berufsmäßigen Parteienvertretern unterschied sich das strafprozessuale Aussagebefreiungsrecht von der beruflichen Verschwiegenheitspflicht und schützte nur Informationen an den Vertreter, dagegen keine bereits bestehenden Beweisurkunden. Widerspruch der Betroffene einer Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren, prüfte die Ratskammer entsprechend dem gesetzlichen Zweck des Widerspruchs (§ 145 Abs 2 StPO) die allgemeinen Voraussetzungen der Durchsuchung, somit den erforderlichen Verdacht und ob beim Inhaber generell ein Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbot besteht. Konnte sie bei Papieren von Parteienvertretern nur durch Einsicht in die Urkunden feststellen, ob sie das Beschlagnahmeverbot erfasst, sichtigte sie die Papiere. Danach durchsuchte der Untersuchungs-

---

32 *Zerbes*, Zugriff auf Beweise zwischen Effizienz und Rechtsschutz, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2012, 105 (108), spricht dagegen von einer weit über 100 Jahre alten Idee (1873–2007).

33 „[D]ie [...] Ratskammer [...] hat nunmehr nicht etwa [...] die betreffenden Papiere zu ‚durchsuchen‘, also (auch) ihre Beweisrelevanz zu prüfen, sondern nur darüber zu entscheiden, ob diese Prüfung ungeachtet der dagegen erhobenen Einwände des Inhabers doch [...] vorzunehmen ist [...]. Kommt aber danach die Prüfung, ob die allenfalls in Beschlag zu nehmenden Schriftstücke aus Beweisgründen für die Untersuchung von Bedeutung sind, in jedem Fall [...] dem Untersuchungsrichter zu, dann verbleibt als alleiniges Kriterium für die Entscheidung der Ratskammer, ob sie überhaupt durchzuführen ist [...] nur noch die – bloß eine [...] ‚Sichtung‘ [...] erfordernde – Prüfung [...] ob eine solche überhaupt zulässig oder aber wegen eines Beweisverbots unzulässig ist. Diese Kompetenz-Teilung entspricht der sachlogisch einsichtigen Tendenz, einerseits die ‚Sichtung‘ der Papiere [...] im Fall eines Widerspruches des Inhabers gegen ihre Durchsuchung einem mit der Untersuchung des Tatgeschehens nicht unmittelbar befaßten Organ, nämlich der Ratskammer, zu übertragen und damit dem Untersuchungsrichter von der – schon mit einer derartigen ‚Sichtung‘ zwangsläufig verbundenen – [...] Kenntniserlangung (auch) vom [...] Inhalt immunisierter Urkunden zu entlasten [...]; sowie andererseits die Beurteilung der Beweisrelevanz der Schriftstücke auf jeden Fall in der Hand des mit dem Sachverhalt primär vertrauten Untersuchungs-Organs zu belassen.“



richter die verbliebenen Urkunden auf ihre Beweisrelevanz und entschied, ob er sie beschlagnahmte.

### c. Strafprozeßänderungsgesetz 1993

Im Jahr 1994 änderte der Gesetzgeber die Regeln über die Zeugnisbefreiung und ergänzte Verteidiger, Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder um Psychiater, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer und Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung (§ 152 Abs 1 Z 4 und 5 StPO). Diesen Berufsheimnisträgern stellte er deren Hilfskräfte und Personen gleich, die zur Ausbildung an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen (§ 152 Abs 2 StPO). Von der Aussage befreite er die Berufsheimnisträger darüber, „was ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden ist“ statt wie bisher „anvertraut worden ist“. Sah die Regierungsvorlage damit die kurz zuvor ergangene Rechtsprechung festgelegt (vgl oben II.2.b.),<sup>34</sup> erachtete dagegen der Justizausschuss dadurch erreicht, dass sich der Umfang des Entschlagsrechts (und somit auch das Verbot seiner Umgehung) nunmehr „inhaltlich mit dem Umfang der beruflichen Verschwiegenheitspflicht deckt“, wodurch dieselbe „gegenteilige Rechtsprechung [...] insoweit unanwendbar geworden“ sei.<sup>35</sup> Ob der Justizausschuss damit meinte, der Beschuldigte könne bereits vorhandene Beweismittel durch Übergabe an einen Berufsheimnisträger einer Beschlagnahme entziehen, bleibt aber offen; der Oberste Gerichtshof blieb jedenfalls bei seiner Rechtsprechung, dass nur Informationen an den Berufsheimnisträger geschützt sind (vgl oben II.2.b.).<sup>36</sup>

Das Recht der Berufsheimnisträger und ihnen gleichgestellter Personen, „sich des Zeugnisses zu entschlagen, darf bei sonstiger Nichtigkeit nicht umgangen werden.“ (§ 152 Abs 3 StPO). Damit schrieb der Gesetzgeber – angelehnt an das Mediengesetz, die Rechtsanwaltsordnung und die Notariatsordnung – in der Strafprozessordnung ausdrücklich ein Umgehungsverbot fest, wobei er sich auf die kurz zuvor ergangene Rechtsprechung stützte;<sup>37</sup> der Oberste Gerichtshof blieb daher bei seiner Rechtsprechung zum Umgehungsverbot und zur Sichtung durch die Ratskammer bei einem Widerspruch (vgl oben II.2.b.).<sup>38</sup>

Das Umgehungsverbot hat der Gesetzgeber „mit einer Nichtigkeitsanktion abgesichert“.<sup>39</sup> In der Strafprozessordnung bedeutet Nichtigkeit im

---

34 Vgl EBRV StPÄG 1993, 27 f.

35 JAB StPÄG 1993, 1157 BlgNR 18. GP 9.

36 Vgl OGH 19. 3. 1997, 13 Os 28–30/97 (JBI 1998, 134 = ÖJZ-EvBI 1997/126); RIS-Justiz RS0107298.

37 Vgl EBRV StPÄG 1993, 27 f.

38 Vgl OGH 19. 3. 1997, 13 Os 28–30/97 (JBI 1998, 134 = ÖJZ-EvBI 1997/126); RIS-Justiz RS0107297.

39 EBRV StPÄG 1993, 27.

Unterschied zu Gesetzeswidrigkeit, dass der Gesetzgeber den Verfahrensbeteiligten einräumt, bei solchen Verstößen das Urteil vom Rechtsmittelgericht aufheben zu lassen (vgl § 281 StPO). Bei der Beschlagnahme stellt sich die Frage, welche Verstöße gegen das Umgehungsverbot das Gesetz mit Nichtigkeit des Urteils bedroht.

Der Nichtigkeitsgrund, der auf die Voruntersuchung und Vorerhebung abstellt (Z 2), besteht dann, wenn „trotz der Verwahrung des Beschwerdeführers ein Schriftstück über einen nach dem Gesetze nichtigen Vorerhebungs- oder Voruntersuchungsakt in der Hauptverhandlung verlesen wurde“;<sup>40</sup> gemeint sind außerhalb der Hauptverhandlung aufgenommene Beweise, die danach bloß mittelbar in der Hauptverhandlung vorkommen, weil das Gericht „ein Schriftstück über“ ihre Aufnahme verliest, etwa ein Protokoll über die Aufnahme einer Zeugenaussage. Ein Nichtigkeitsbedrohter Verstoß bei einer Beweisaufnahme macht die Aufnahme des Beweises nichtig, weshalb das Gericht das Schriftstück darüber in der Hauptverhandlung nicht mehr verlesen darf, das Beweismittel selbst bleibt aber bestehen; etwa ein Verstoß bei einer Zeugeneinvernahme, der zwar die Aufnahme der Aussage des Zeugen nichtig macht, doch nicht den Zeugen selbst. Beschlagnahmte Gegenstände, die das Gericht in der Hauptverhandlung als Beweismittel vorführt, etwa indem es eine Urkunde verliest, sind aber weder ein Schriftstück über eine nichtige Beweisaufnahme, noch sind sie als Beweismittel nichtig, wenn ihre Beschlagnahme gegen das Umgehungsverbot als Beschlagnahmeverbot verstößt. Die Beschlagnahme eines Beweismittels kann zwar unzulässig sein, weil sie gegen das Gesetz verstößt, für nichtig erklärt das Gesetz aber weder den Gegenstand als Beweismittel noch die Beschlagnahme. Eine bloß unzulässige Beschlagnahme an sich berechtigt also niemals das Rechtsmittelgericht das Urteil aufzuheben.<sup>41</sup>

In der Hauptverhandlung, worauf ein anderer Nichtigkeitsgrund abstellt (Z 3), verstößt das Gericht aber gegen das Umgehungsverbot als Verwendungsverbot, wenn es einen Gegenstand vorführt und dadurch den Beweis über dasselbe geschützte Thema statt durch die (verweigerte) Zeugenaussage durch den unzulässig beschlagnahmten Gegenstand aufnimmt,

---

40 Nach der Reform 2008: „wenn ein Protokoll oder ein anderes amtliches Schriftstück über eine nichtige Erkundigung oder Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren trotz Widerspruchs des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung verlesen wurde“ (§ 281 Abs 1 Z 2 StPO idF StPRBG I 2007).

41 Unzulässige Umgehung als Beschlagnahmeverbot und mit Nichtigkeit (des Urteils) bedrohte Umgehung als Verwendungsverbot gleichsetzend *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 143 (2005) Rz 52: „Die Verletzung von Beschlagnahmeverboten bei Geistlichen und bei Trägern berufsbedingter Geheimnisse (§ 151 Abs 2, § 152 Abs 4) bewirken als verbotene Umgehung der dazugehörigen Zeugnisbefreiung Nichtigkeit und machen das Urteil nach § 281 Abs 1 Z 2 oder Z 3 anfechtbar.“; ohne ausdrückliche Aussage *Kirchbacher*, WK-StPO § 152 (2007) Rz 51 f.

wodurch das Gericht das Verfahren und das Urteil mit Nichtigkeit belastet, weil es „in der Hauptverhandlung eine Vorschrift verletzt oder vernachlässigt [...], deren Beobachtung das Gesetz ausdrücklich bei sonstiger Nichtigkeit vorschreibt (§[...] 152 [...])“. Ein solches Urteil wäre grundsätzlich vom Rechtsmittelgericht aufzuheben.<sup>42</sup>

Die Nichtigkeitsdrohung des Umgehungsverbots erfasst daher bei beschlagnahmten Gegenständen zwar deren Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung, jedoch nicht deren Beschlagnahme oder die diesbezügliche Durchsuchung. Das Umgehungsverbot erfasst aber als gesetzliches Verbot deren Beschlagnahme und die diesbezügliche Durchsuchung, weshalb diese Maßnahmen unzulässig sind, wenn durch sie Aussageverweigerungsrechte umgangen werden.<sup>43</sup>

Im Strafprozeßänderungsgesetz 1993 änderte der Gesetzgeber auch noch das Verhältnis zwischen dem Untersuchungsrichter und der Ratskammer in der Voruntersuchung: In Haftfragen entschied der Untersuchungsrichter, die Ratskammer war dafür nicht mehr zuständig; sie war generell kein Aufsichtsorgan mehr über den Untersuchungsrichter, sondern seine Rechtsmittelinstanz und im Vorverfahren teilweise erste Instanz, wie etwa bei einem Widerspruch gegen die Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren.<sup>44</sup>

Die geistliche Amtsverschwiegenheit schützte der Gesetzgeber erst später im Jahr 1998 durch ein Umgehungsverbot (§ 151 Abs 2 StPO).<sup>45</sup>

### III. Geltende Rechtslage

#### 1. Ermittlungsverfahren

Mit dem Strafprozessreformgesetz 2004 (und Strafprozessreformbegleitgesetz I 2007) änderte der Gesetzgeber das gesamte Vorverfahren im Jahr 2008. Die Voruntersuchung und Vorerhebungen mit seinen Untersuchungsrichtern und den Ratskammern ersetzte er durch ein einheitliches Ermittlungsverfahren. Das Ermittlungsverfahren bezweckt – wie zuvor die Voruntersuchung –, Sachverhalt und Tatverdacht soweit zu klären, dass die

---

42 Vgl auch *Ratz*, WK-StPO § 281 (2011) Rz 174, 219 und 222.

43 Genau auseinanderhaltend EBRV StPRG 2004, 192 f: „Darüber hinaus anerkennt die Strafprozessordnung an mehreren Stellen besondere berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten, indem sie den Angehörigen dieser Berufsgruppen ein Zeugnisentschlagungsrecht [...] einräumt und dessen Einhaltung durch ein Umgehungsverbot und ein unter Nichtigkeitssanktion stehendes Verwertungsverbot (§§ 152 Abs. 3, 281 Abs. 1 Z 3, 345 Abs. 1 Z 4 StPO) absichert.“ Vgl nunmehr auch *Zerbes*, *Anwaltverschwiegenheit: überkommenes Privileg oder rechtsstaatliches Erfordernis?*, AnwBl 10/2013, 566.

44 Vgl JAB StPÄG 1993, 3 f.

45 BGBl I 1997/105; vgl dazu EBRV 49 BlgNR 20. GP 28.

Staatsanwaltschaft über Anklage, Diversion oder Einstellung entscheiden kann; bei einer Anklage soll das Gericht die Hauptverhandlung zügig durchführen können (§ 91 Abs 1 StPO). Der größte Unterschied zur Voruntersuchung besteht in der neuen Rollenverteilung: Die Staatsanwaltschaft leitet das Ermittlungsverfahren und führt es gemeinsam mit der Kriminalpolizei, das Gericht bietet Rechtsschutz und wird nur auf Antrag oder bei einem Einspruch tätig (§ 98 StPO). Da das Gericht nicht mehr selbst untersucht, sondern nur noch auf Antrag oder Einspruch tätig wird, erfüllt es bereits im Ermittlungsverfahren seine richterliche Aufgabe.<sup>46</sup>

Die Staatsanwaltschaft steht unter der Kontrolle des Gerichts: Gegen die Anordnung oder Durchführung einer Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme steht jeder Person der Einspruch wegen Rechtsverletzung zu (§ 106 Abs 1 Z 2 StPO). Das Gericht prüft die Anordnung oder Durchführung rechtlich bezogen auf deren Zeitpunkt.<sup>47</sup> Gegen die Entscheidung des Gerichts steht die Beschwerde an das Oberlandesgericht zu (§ 89 StPO). Danach steht bei einem Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit die Grundrechtsbeschwerde (GRBG) und bei Eingriffen in andere Grundrechte der Erneuerungsantrag (§ 363a StPO)<sup>48</sup> an den Obersten Gerichtshof grundsätzlich offen.<sup>49</sup>

Die Aufgabe des Untersuchungsrichters als zentrale Untersuchungsbehörde teilt sich auf die Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei auf: Die Kriminalpolizei führt die Ermittlungen eigenverantwortlich durch, die Staatsanwaltschaft trifft ihre Anordnungen und leitet die Ermittlungen mit gewissem Abstand aus rechtlicher Sicht (§ 101 Abs 1 StPO).<sup>50</sup> Den Einsatz vor Ort leitet die Kriminalpolizei grundsätzlich eigenverantwortlich; nur wenn es rechtlich oder tatsächlich notwendig sein sollte, leitet ihn die Staatsanwaltschaft (§ 103 Abs 1 StPO). Den Gesetzesmaterialien zufolge etwa bei der „Beurteilung schwieriger Rechtsfragen im Zuge von Hausdurchsuchungen bei Rechtsanwälten oder größeren Wirtschaftsunternehmen“.<sup>51</sup> Im Unterschied zur Voruntersuchung darf die Staatsanwaltschaft ausdrücklich auch selbst ermitteln (§ 103 Abs 2 StPO).<sup>52</sup>

Erfordert die Anordnung einer Ermittlungsmaßnahme durch die Staatsanwaltschaft die Bewilligung des Gerichts, stellt sie einen begründeten Antrag, um dem Gericht die Grundlage für seine Entscheidung zu vermitteln.<sup>53</sup> Das

---

46 Vgl EBRV StPRG 2004, 25 BlgNR 22. GP 141.

47 Vgl AB StPRG 2004, 406 BlgNR 22. GP 16; *Fuchs E.*, Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2007/77, 895 (898).

48 Vgl OGH 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m; RIS-Justiz RS 0122228.

49 Vgl auch *Tipold*, WK-StPO § 89 (2011) Rz 20.

50 Vgl EBRV StPRG 2004, 134 f.

51 EBRV StPRG 2004, 138; *Flora*, WK-StPO § 103 (2010) Rz 3.

52 Vgl EBRV StPRG 2004, 138 f; AB StPRG 2004, 15.

53 Vgl EBRV StPRG 2004, 134 f.

Gericht darf sich die Grundlage aber auch selbst durch Anordnungen an die Kriminalpolizei beschaffen (§ 105 Abs 2 StPO).<sup>54</sup> Bei einer Bewilligung des Gerichts entscheidet die Staatsanwaltschaft über die Durchführung der Maßnahme, ändern sich die Voraussetzungen, hat die Staatsanwaltschaft von der Maßnahme abzusehen (§ 101 Abs 2 und 3 StPO). Die gerichtliche Bewilligung gilt als Ermächtigung der Staatsanwaltschaft, eine Anordnung erlassen zu können, sie schafft die Grundlage der konkreten Maßnahme und begrenzt Rahmen und Ziel des Eingriffs.<sup>55</sup>

## 2. Geheimnisschutz

Um den Geheimnisschutz besonders hervorzuheben, regelte der Gesetzgeber den Schutz des Beichtgeheimnisses und der Berufsgeheimnisse im Ermittlungsverfahren gemeinsam (§ 144 StPO).<sup>56</sup> Das ausdrückliche Umgehungsverbot besteht als Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbot für das Beichtgeheimnis (§ 144 Abs 1, § 155 Abs 1 Z 1 StPO), für bestimmte Berufsgeheimnisse (§ 144 Abs 2, § 157 Abs 1 Z 2 bis 4 StPO) und – geregelt bei der Aussageverweigerung – für das Wahlgeheimnis (§ 157 Abs 2, § 157 Abs 1 Z 5 StPO); dazu besteht ein mit Nichtigkeit bedrohtes Verwendungsverbot für das Beichtgeheimnis (§ 144 Abs 1, § 155 Abs 1 Z 1 StPO), für bestimmte Berufsgeheimnisse sowie das Wahlgeheimnis (§ 157 Abs 2, § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 StPO).

Dagegen besteht kein ausdrückliches Umgehungsverbot und Verwendungsverbot für das Amtsgeheimnis (§ 155 Abs 1 Z 2 StPO), das Ausschussgeheimnis (§ 155 Abs 1 Z 3 StPO) und Intimgeheimnisse (§ 158 Abs 1 Z 3 StPO). Da aber diese Geheimnisse auch ein Beweisthemenvorbot enthalten, wäre weiterhin im Ähnlichkeitsschluss ein Umgehungsverbot und teilweise ein Verwendungsverbot angebracht (vgl schon oben II.2.b; für das Verwendungsverbot: § 281 Abs 1 Z 4 StPO; siehe Punkt V. und FN 78).<sup>57</sup>

Das Umgehungsverbot für Ermittlungsmaßnahmen bei bestimmten Berufsgeheimnissen (§ 144 Abs 2 StPO) braucht keine Nichtigkeitsdrohung, weil es sich nur auf die Anordnung oder Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen und nicht auf die Verwendung der Beweismittel bezieht.<sup>58</sup> Die unzu-

---

54 Vgl AB StPRG 2004, 15 f.

55 Vgl EBRV StPRG 2004, 14 f, 22 und 135 f; AB StPRG 2004, 15.

56 Vgl EBRV StPRG 2004, 15 und 192 f.

57 OGH 31. 1. 1992, 16 Os 15, 16/91 (AnwBl 1992/4156, 409 mit Anm *Arnold* = ÖJZ-EvBl 1992/175); RIS-Justiz RS0109704; RS0109706; RS0109707; vgl auch *Tipold/Zerbes*, WK-StPO Vorbem §§ 110–115 (2011) Rz 14–16 und 38 f.

58 So ausdrücklich EBRV StPRG 2004, 193: „Inbesondere das Umgehungsverbot wirkt sich auf prozessuale Zwangsmaßnahmen (Beschlagnahme, Hausdurchsuchung [...]) aus, deren Anordnung und (weitere) Durchführung unzulässig ist, soweit ein Angehöriger der erwähnten Berufsgruppen durch die Maßnahme in

lässige Anordnung oder Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme an sich begründet keine Nichtigkeit des Urteils, weshalb eine Nichtigkeitsdrohung sinnlos wäre (vgl § 144 Abs 2, § 157 Abs 2, § 281 Abs 1 Z 2 und 3 StPO; vgl oben II.2.c).<sup>59</sup> Besteht aber bereits ein Umgehungsverbot und ein nichtigkeitsbedrohtes Verwendungsverbot (§ 157 Abs 2 StPO) wäre das Umgehungsverbot (§ 144 Abs 2 StPO) rechtlich überflüssig, da auch die Ausnahme des Tatverdachts (§ 144 Abs 3 StPO) schon im Umgehungsverbot enthalten sein könnte, weil Beschuldigte keine Zeugen sind, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht (§ 157 Abs 1 und 2, § 154 Abs 1, § 48 Abs 1 Z 1 StPO).<sup>60</sup> Da jedoch Beschuldigte der Tat nur „konkret verdächtig“ sein müssen (§ 48 Abs 1 Z 1 StPO), das Umgehungsverbot aber erst entfällt, wenn der Berufsheimnisträger der Tat „dringend verdächtig“ ist (§ 144 Abs 3 StPO), besteht das Umgehungsverbot, solange der Berufsheimnisträger der Tat nicht dringend verdächtig ist.<sup>61</sup>

### 3. Durchsuchung von Orten, Gegenständen und Personen

Die Kriminalpolizei und die Staatsanwaltschaft dürfen Orte und darin befindliche Gegenstände sowie Personen durchsuchen, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sich dort Gegenstände befinden, die sicherzustellen sind (§ 117 Z 2 und 3, § 119 Abs 1 und 2 Z 2 StPO). Sie brauchen aber für die Durchsuchung einer Wohnung oder eines anderen Orts, der durch das Hausrecht geschützt ist, und darin befindlicher Gegenstände sowie die Durchsuchung einer Person unter Besichtigung des unbedeckten Körpers eine Bewilligung des Gerichts (§ 120 Abs 1 HS 1 StPO; vgl oben III.1.). Darin versteckt sich der ursprüngliche Zweck des Widerspruchs der Durchsuchung von Papieren (§ 145 Abs 2 StPO; vgl oben II.1.d): Das Untersuchungsorgan (Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft) durchsucht grund-

---

seinem durch die Verschwiegenheitspflicht geschützten Bereich getroffen wird.“; siehe FN 43.

59 Unzulässige Umgehung und mit Nichtigkeit bedrohte Verwendung dagegen gleichsetzend *Reindl-Krauskopf*, WK-StPO § 144 (2011) Rz 17: „Es ist daher in Anbetracht des identen Regelungsbereichs der beiden Bestimmungen von einem Redaktionsversehen auszugehen.“ und Rz 20: „Wird dennoch beim nicht dringend tatverdächtigen Berufsheimnisträger Beweismaterial sichergestellt, das an sich dem Berufsheimnis unterfiele, so liegt ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 144 Abs 2 iVm § 157 Abs 2 vor, der die Nichtigkeitsstrafe nach sich zieht.“; *Bertel/Venier*, StPO (2012) § 144 Rz 4: „Das Umgehungsverbot des Abs 2 deckt sich mit dem des § 157 Abs 2; so muss auch ein Verstoß gegen Abs 2 eine Nichtigkeit des Urteils nach sich ziehen.“

60 Vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 (2011) Rz 222.

61 Vgl OGH 16. 12. 2010, 13 Os 130/10g (EvBl 2011/20, 134 = MR 2010, 364); zust *Reindl-Krauskopf*, WK-StPO § 144 (2011) Rz 21; wohl aM *Kirchbacher*, WK-StPO § 157 (2013) Rz 33.

sätzlich nur, wenn ihm das Gericht die Durchsuchung bewilligt; und das unabhängig von einem Widerspruch und nicht nur bei Papieren, sondern bei allen geschützten Orten und darin befindlicher Gegenstände. Das Gericht verbietet die Durchsuchung, wenn sie oder die Sicherstellung der gesuchten Gegenstände unzulässig oder unverhältnismäßig wäre, aber erlaubt sie, wenn ein gesuchter Gegenstand sichergestellt werden dürfte.<sup>62</sup> Der ursprüngliche Gedanke der Strafprozessordnung, das Untersuchungsorgan (früher Untersuchungsrichter, jetzt Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft) durch ein anderes Organ (früher Ratskammer, jetzt Gericht) zurückzuhalten, besteht also noch immer für jede Person und zwar nicht nur bei Papieren, sondern darüber hinaus bei jeder Durchsuchung von geschützten Orten und darin befindlicher Gegenstände.

Nimmt die Kriminalpolizei eine Person nach frischer Tat von sich aus fest (§ 170 Abs 1 Z 1, § 171 Abs 2 Z 1 StPO), darf sie die Person auch ohne Gefahr im Verzug von sich aus am unbedeckten Körper nach Gegenständen durchsuchen (§ 117 Z 3 lit b, § 119 Abs 2 Z 2 und 3, § 120 Abs 1 S 2 StPO).<sup>63</sup>

#### 4. Sicherstellung und Widerspruch

##### a. Sicherstellung

Die Sicherstellung von Beweisgegenständen ist die (vorläufige) Begründung der Verfügungsmacht über Gegenstände aus Beweisgründen (§ 109 Z 1 lit a und § 110 Abs 1 Z 1 StPO). Sie ist grundsätzlich von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen (§ 110 Abs 2 StPO). Das Gericht kann die Anordnung der Sicherstellung durch die Staatsanwaltschaft nach einem Einspruch überprüfen (§ 106 Abs 1 Z 2 StPO; vgl oben III.1.). Bestimmte Gegenstände darf die Kriminalpolizei aber von sich aus sicherstellen (§ 110 Abs 3 StPO), etwa wenn sie in niemandes Verfügungs-

---

62 Vgl OGH 18. 10. 2012, 13 Os 66/12y; RIS-Justiz RS0097381 (T1).

63 EBRV StPRBG I 2007, 5: „Gemäß § 170 Abs. 1 Z 1 ist die Kriminalpolizei von sich aus berechtigt, eine Person festzunehmen, die auf frischer Tat betreten oder unmittelbar danach entweder glaubwürdig der Tatbegehung beschuldigt oder mit Gegenständen betreten wird, die auf ihre Beteiligung an der Tat hinweisen. Für diesen Fall soll eine Durchsuchungsermächtigung geschaffen werden, damit die Kriminalpolizei nicht von der ihr in § 40 Abs. 1 SPG eingeräumten Durchsuchungsbefugnis Gebrauch machen muss.“; unklar *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 120 (2011) Rz 1: „Der zweite, erst durch das erste Strafprozessreformbegleitgesetz eingefügte Satz des Abs 1 dürfte wohl nur hervorheben, dass dieselben Regeln gelten, wenn eine Person auf frischer Tat betreten festgenommen wird. Der Satz ist überflüssig; mit oder ohne ihn gilt: Bei Gefahr im Verzug kann die Polizei aus eigenem eine Besichtigung des unbedeckten Körpers durchführen.“

macht stehen (Z 1 lit a), dem Opfer durch die Straftat entzogen wurden (Z 1 lit b), oder Gegenstände, mit denen eine Person, die bei frischer Tat festgenommen wird, betreten wird oder die bei der Durchsuchung der Person gefunden werden (§ 110 Abs 3 Z 3 StPO; vgl oben III.3.).<sup>64</sup>

Jede Person, die Gegenstände, die sichergestellt werden sollen, in ihrer Verfügungsmacht hat, ist weiterhin grundsätzlich verpflichtet, sie auf Verlangen der Kriminalpolizei herauszugeben (§ 111 Abs 1 S 1 StPO; vgl oben II.1.c.).<sup>65</sup> Diese Mitwirkungspflicht entfällt, soweit Umgehungsverbote als Sicherstellungsverbote bestehen. Verweigert eine Person diese Mitwirkungspflicht, kann sie unmittelbar durch Zwang durchgesetzt werden, bei einer Durchsuchung von Personen oder von Orten und Gegenständen wären die Voraussetzungen zu beachten (§ 111 Abs 1 S 2, § 93 Abs 1 S 1, § 119 bis 122 StPO; vgl oben III.2. und 3.). Ist der Ersatz durch unmittelbaren Zwang nicht möglich, werden also die gesuchten Gegenstände nicht gefunden, darf das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft gegen deren Inhaber Beugemittel verhängen, außer gegen den Beschuldigten oder einen Zeugen, der von der Aussage befreit ist (§ 111 Abs 1 S 1, § 93 Abs 2 S 1 und Abs 4 StPO; vgl oben II.1.c.).<sup>66</sup>

Im Ermittlungsverfahren entscheidet die Staatsanwaltschaft über die Aufhebung der Sicherstellung oder Beschlagnahme (§ 113 Abs 3, § 115 Abs 6 StPO). Das Gericht überprüft die unterlassene Aufhebung als (weitere) Durchführung der Sicherstellung durch die Staatsanwaltschaft nach einem Einspruch (§ 106 Abs 1 Z 2 StPO; vgl oben III.1.).

## **b. Widerspruch**

Der Widerspruch bei der Sicherstellung (§ 112 StPO) regelt den Gesetzesmaterialien zufolge „das bereits im geltenden Recht enthaltene (vgl. § 145 StPO) Verfahren des Widerspruchs des Betroffenen gegen die Einsicht in schriftliche Unterlagen oder in auf Datenträgern gespeicherte Informationen“.<sup>67</sup> Sie meinen damit aber nicht den ursprünglichen Zweck des Widerspruchs bei der Durchsuchung von Papieren, also den erforderlichen Ver-

---

64 EBRV StPRBG I 2007, 5: „Zum Zweck einer rascheren Durchsetzung [...] soll [...] die Kriminalpolizei berechtigt werden, Gegenstände, [...] von sich aus sicherzustellen [...]. Gleiches gilt für Gegenstände, mit denen eine Person, die aus dem Grunde des § 170 Abs. 1 Z 1 festgenommen wird, betreten wurde oder die im Rahmen ihrer Durchsuchung gemäß § 120 Abs. 1 aufgefunden werden (§ 110 Abs. 3 Z 3). In beiden Fällen kann nämlich die Kriminalpolizei die Festnahme und Durchsuchung von sich aus vornehmen, weshalb auch eine Sicherstellung im Rahmen dieser Befugnisse nicht einer Anordnung durch die Staatsanwaltschaft vorbehalten sein soll.“; unklar *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 110 (2011) Rz 71 f.

65 Vgl EBRV StPRG 2004, 156; *Tipold/Zerbes*, WK-StPO § 111 (2011) Rz 2 f.

66 Vgl EBRV StPRG 2004, 156.

67 EBRV StPRG 2004, 157.



dacht für die Durchsuchung von der Ratskammer prüfen zu lassen (vgl oben II.1.d.),<sup>68</sup> sondern das von der Rechtsprechung aus dieser Vorschrift entwickelte Verfahren zur Einsicht der Ratskammer in die Papiere, um vom Sicherstellungsverbot erfasste Urkunden zurückzugeben, bevor der Untersuchungsrichter die verbliebenen Urkunden auf ihre Beweisrelevanz durchsucht. Der Gesetzgeber begründete seine Materialien wortgleich mit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (vgl oben II.2.b.);<sup>69</sup> er ersetzte nur Untersuchungsrichter durch Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft sowie Ratskammer durch Gericht.<sup>70</sup>

Die allgemeinen Voraussetzungen der Durchsuchung, also erforderlicher Verdacht, allgemeine Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbote und Verhältnismäßigkeit, prüft das Gericht bereits bei der Bewilligung der Durchsuchung von Orten, Gegenständen und Personen (§ 117 Z 2 lit b und Z 3 lit b, § 119 Abs 1 und 2 Z 2, § 120 Abs 1 HS 1 StPO; vgl oben III.3.).<sup>71</sup> Bei dieser Bewilligung geht es um den allgemeinen Schutz der Privatsphäre und des Hausrechts, der Widerspruch beschränkt sich dagegen darauf, durch Einsicht die Unterlagen herauszufinden, die einem geschützten Geheimnis unterliegen, also das Beichtgeheimnis oder ein Berufsgeheimnis, weil nur dann

---

68 So wohl *Tipold*, Der Schutz von Geheimnissen in Papieren vor Durchsuchung – Gedanken zu § 112 StPO, JSt 2012, 134 (136).

69 Siehe FN 33; OGH 31. 1. 1992, 16 Os 15, 16/91 (AnwBI 1992/4156, 409 mit Anm *Arnold* = ÖJZ-EvBI 1992/175); RIS-Justiz RS0109704; RS0109706; RS0109707.

70 EBRV StPRG 2004, 157: „Das Gericht hat dabei nicht etwa die betreffenden Papiere zu ‚durchsuchen‘, also (auch) ihre Beweisrelevanz zu prüfen, sondern nur darüber zu entscheiden, ob diese Prüfung, ungeachtet der dagegen erhobenen Einwände des Inhabers vorgenommen werden darf. Da die Prüfung, ob die allenfalls in Beschlag zu nehmenden Schriftstücke oder Informationen beweisrelevant sind, in jedem Fall der Staatsanwaltschaft bzw. der Kriminalpolizei zukommt, verbleibt als alleiniges Kriterium für die Entscheidung des Gerichts, ob die Beschlagnahme vorzunehmen ist, nur noch die – bloß eine ‚Sichtung‘ erfordernde – Prüfung der Zulässigkeit bzw. des Vorliegens eines Beweisverbots. Diese Kompetenz-Teilung entspricht der sachlogisch einsichtigen Tendenz, einerseits die Durchsuchung einem mit der Untersuchung des Tatgeschehens nicht unmittelbar befassten Organ, nämlich dem Gericht, zu übertragen und damit Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft von der – schon mit einer derartigen ‚Sichtung‘ zwangsläufig verbundenen – Kenntnisnahme vom Inhalt (allenfalls immunisierter Urkunden zu entlasten, sowie andererseits die Beurteilung der Beweisrelevanz der Schriftstücke und auf Datenträgern gespeicherten Informationen auf jeden Fall in der Hand der mit dem Sachverhalt vertrauten Ermittlungsorgane zu belassen.“

71 *Schwaighofer*, Dürftiger Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses – Bemerkungen zum neugefassten § 112 StPO, RdM 2013/3, 9 (11), verschweigt bei seiner Kritik, wie die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft rechtmäßig in die Arztpraxis gelangte und darin befindliche Aktenschränke mit Patientenunterlagen durchsuchte.

der Schutz des Geheimnisbereichs den Strafverfolgungsinteressen vorgeht.<sup>72</sup> In der Regierungsvorlage umschrieb der Gesetzgeber deswegen die geschützten Geheimnisse mit „unter Berufung auf geistliche Amtsverschwiegenheit oder auf ein Berufsgeheimnis (§§ 144, 155 Abs. 1 Z 1, 157 Abs. 1 Z 2 bis 5)“, doch der Justizausschuss änderte diesen Wortlaut auf „unter Berufung auf eine gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit“, weil er das Verfahren auch bei einer Bankauskunft einsetzen wollte (§ 116 StPO).<sup>73</sup> Da der Oberste Gerichtshof im Sinn der Regierungsvorlage diese Pflichten auch auf solche Rechte erweiterte,<sup>74</sup> hatte es den Anschein als wollte der Gesetzgeber alle Verschwiegenheitsrechte anerkennen, also auch die Geheimnisse schützen, denen das Strafverfolgungsinteresse vorgeht.<sup>75</sup> Im Jahr 2012 veränderte er den Wortlaut auf „unter Berufung auf ein gesetzlich anerkanntes Recht auf Verschwiegenheit, das bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Sicherstellung umgangen werden darf“,<sup>76</sup> wodurch er weniger auf Umgehungsverbote, sondern auf nichtigkeitsbedrohte Verwendungsverbote in der Hauptverhandlung abstellte und letztlich zum Ergebnis gelangt, das er bereits mit der Regierungsvorlage anstrebte. Damit entspricht das Verfahren bei einem Widerspruch genau den Geheimnissen, welche die Strafprozessordnung gegen Umgehung schützt und deren Verwendung mit Nichtigkeit bedroht, also dem Einsichtsverfahren, das der Oberste Gerichtshof bei Parteienvertretern entwickelte (vgl oben II.2.b.), und erfasst darüber hinaus auch andere Berufsgeheimnisse, das Beichtgeheimnis und das Wahlgeheimnis.

Die allgemeinen Sicherstellungsvoraussetzungen und die Verhältnismäßigkeit der Sicherstellung sind im Verfahren über einen Widerspruch vom Gericht nicht zu prüfen („ob und in welchem Umfang sie zum Akt genommen werden dürfen“; § 112 Abs 2 und 3 StPO), sondern nur nach einem Antrag (§ 115 Abs 2 StPO) oder einem Einspruch (§ 106 Abs 1 Z 2 StPO; vgl oben III.1. und III.4.a.).<sup>77</sup>

---

72 Vgl EBRV StPRG 2004, 157; wohl aM *Stuefer*, Die Sicherstellung nach § 112 StPO – die wesentlichen Neuerungen im Überblick, JSt 2013, 75 (76).

73 Vgl AB StPRG 2004, 17; unklar *Tipold*, Der Schutz von Geheimnissen in Papieren vor Durchsuchung – Gedanken zu § 112 StPO, JSt 2012, 134 (137; insb FN 23).

74 Vgl OGH 16. 12. 2010, 13 Os 130/10g (ÖJZ-EvBI 2011/20, 134 = MR 2010, 364).

75 Diesem Anschein unterliegen *Schmieder/Singer*, Das neue Widerspruchsrecht nach § 112 StPO, JSt 2012, 176 (177); *Schwaighofer*, Dürftiger Schutz des ärztlichen Berufsgeheimnisses – Bemerkungen zum neugefassten § 112 StPO, RdM 2013/3, 9 (11); *Stuefer*, Die Sicherstellung nach § 112 StPO – die wesentlichen Neuerungen im Überblick, JSt 2013, 75 (75 f); *Tipold*, Der Schutz von Geheimnissen in Papieren vor Durchsuchung – Gedanken zu § 112 StPO, JSt 2012, 134 (137); *Zerbes*, Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen, ÖJZ 2012/93, 854 (850).

76 BGBl I 2012/29.

77 *Schmieder/Singer*, Das neue Widerspruchsrecht nach § 112 StPO, JSt 2012, 176 (181) sehen in der Wortfolge „Prüfung der Zulässigkeit bzw. des Vorliegens

## V. Ausblick

Vor dem Hintergrund der bisherigen Antworten der Wissenschaft, die einen Rückschritt beim Geheimnisschutz im Strafverfahren vermuten, erstaunen die wiederentdeckten Antworten, die gegenläufig – trotz mancher Umwege – einen Fortschritt durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs und durch den Gesetzgeber zeigen. Wer im heutigen Widerspruch (§ 112 StPO) nicht nur das Einsichtsverfahren des Obersten Gerichtshofs, sondern auch den ursprünglichen Widerspruch (§ 145 Abs 2 StPO) sucht, statt auf die Durchsuchungsbewilligung des Gerichts zu schauen (§ 120 Abs 1 StPO), den enttäuscht die Entstehungsgeschichte. Wer allein die unterschiedlichen Widerspruchsverfahren vergleicht, muss den Fortschritt für einen Rückschritt halten, weil der heutige Widerspruch nicht den Durchsuchungsschutz des ursprünglichen Widerspruchs bieten muss, sondern bloß einen Sicherstellungsschutz bei geschützten Geheimnissen.

Wir sollten aber trotzdem nicht stehen bleiben. Der Gesetzgeber sollte alle anerkannten Beweisthemenverbote ausdrücklich durch Umgehungsverbote und Verwendungsverbote absichern und demnach das Widerspruchsverfahren auch auf sie anwenden. So wären das Amtsgeheimnis (§ 155 Abs 1 Z 2 StPO) und das Ausschussgeheimnis (§ 155 Abs 1 Z 3 StPO) zu schützen.<sup>78</sup> Bis jedoch der Gesetzgeber diesen Schritt geht, sollte – wieder einmal – der Oberste Gerichtshof den Weg vorgeben.

Davon zu unterscheiden ist die Debatte, ob auch andere Geheimnisse, denen heute das Strafverfolgungsinteresse vorgeht, als Beweisthemenverbote gestaltet sein sollen. Sie betrifft das Widerspruchsverfahren nur mittelbar, weil es davon abhängt, ob der Gesetzgeber die Geheimnisse auch im Strafverfahren schützt.

Bei den Geheimnissen, bei denen es um das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren durch Verteidigung geht, sollte ein absolutes Vernehmungs- und Umgehungsverbot bestehen. Der Verteidiger soll – etwa später im Ruhestand – nicht selbst entscheiden dürfen, ob er die Informationen des

---

eines Beweisverbots“ (EBRV StPRG 2004, 157) das Gegenteil, siehe aber hier II.2.b. Im Hinblick auf „Beweisverwertungsverbote“ bei außerhalb der Strafprozessordnung bestehenden Verschwiegenheitsrechten, etwa dem Bankgeheimnis (§ 38 BWG; § 116 Abs 6 StPO), siehe die weite Verfahrensvorschrift bezogen auf „deren Offenlegung eine Umgehung seiner Verschwiegenheit“ (§ 112 Abs 2 StPO).

78 Bei Intimgeheimnissen (§ 158 Abs 1 Z 3 StPO) wären zwar ein Umgehungsverbot und ein Widerspruch des Inhabers gegen die Sicherstellung erforderlich, doch kein Nichtigkeitsbedrohtes Verwendungsverbot, weil der Angeklagte diesbezüglich keinen Schutz braucht. Beim Widerspruch (§ 112 Abs 1 StPO) wäre dafür die Wortfolge „bei sonstiger Nichtigkeit“ zu streichen, um statt auf die Verwendung der sichergestellten Gegenstände auf deren Sicherstellung selbst abzustellen.

Angeklagten durch Aussage oder Herausgabe von Unterlagen offenlegt, sondern der Gesetzgeber muss jedem Beschuldigten eine Verteidigung ohne Zwang zur oder Angst vor Selbstbelastung gewährleisten.

## Autoren

**Patrick DECKE, MSc**, Senior Assistant bei Deloitte Österreich

**Prof. Dr. Ernst Eugen FABRIZY**, Leiter der Generalprokuratur

**O. Univ.-Prof. Dr. Helmut FUCHS**, Universitätsprofessor und Institutsvorstand am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien

**Univ.-Prof. Dr. Susanne KALSS, LL.M. (Florenz)**, Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien

**Hon.-Prof. Dr. Kurt KIRCHBACHER**, Senatspräsident des Obersten Gerichtshofs, Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Salzburg

**Mag. Friedrich Alexander KOENIG**, Leiter der Abteilung für Strafrechtsverfahrenrecht im Bundesministerium für Justiz

**Dr. Hans KRISTOFERITSCH, LL.M.**, Rechtsanwalt und Partner bei CHSH

**MMag. Alexander LANG**, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Partner bei Deloitte Österreich

**Dr. Rudolf LÄSSIG**, Hofrat des Obersten Gerichtshofs

**Univ.-Prof. DDr. Peter LEWISCH**, Universitätsprofessor am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien, Rechtsanwalt bei CHSH

**Mag. Karin MAIR**, CFE, Partner & National Leader Deloitte Forensic/Deloitte Financial Advisory GmbH, allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige

**Mag. Eva MAREK**, Hofrätin des Obersten Gerichtshofs

**Mag. Shahanaz MÜLLER, B.A.**, Senior Consultant Deloitte Forensic/Deloitte Financial Advisory GmbH

**Dr. Christian PELZ**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht und Steuerrecht, Lehrbeauftragter für Strafrecht an der Universität Augsburg, Noerr LLP, München

**Univ.-Ass. Mag. Günther REBISANT**, Universitätsassistent am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien

**Dr. Michael ROHREGGER**, Rechtsanwalt und Partner bei Rohregger Scheibner Rechtsanwälte GmbH

**Dr. Michaela SIEGWART**, Rechtsanwältin bei CHSH

**Univ.-Ass. Mag. Martin STRICKER**, Universitätsassistent am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien

**Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander TIPOLD**, Universitätsprofessor am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien

**Univ.-Ass. Mag. Sabrina TOMISSER**, Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien

**Hon.-Prof. Dr. Irene WELSER**, Rechtsanwältin und Partnerin bei CHSH, Honorarprofessorin am Institut für Recht der Wirtschaft der Universität Wien

**Dr. Stefan WENAWESER, LL.M.**, Rechtsanwalt und Partner bei Marxer und Partner Rechtsanwälte, Vaduz, Liechtenstein

**Mag. (FH) Hubert WOLFSCHWENGER, CFE**, Manager Deloitte Forensic/ Deloitte Financial Advisory GmbH

**Hon.-Prof. Dr. Fritz ZEDER, D.E.A. Strafrecht (Paris)**, Leiter der für strafrechtliche Nebengesetze zuständigen Legislativabteilung im Bundesministerium für Justiz, Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Wien

**Univ.-Prof. Dr. Ingeborg ZERBES**, Professorin für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Bremen