

ÖSTERREICHISCHES

Anwalts blatt

701 ABHANDLUNGEN

Gnade vor Recht – Über das Wesen des Gnadenrechts

(Un)Zulässigkeit der Intervention eines Privatanklägers bei einer Hausdurchsuchung

697 EUROPA AKTUELL

Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission 2018

700 PORTRAIT DES MONATS

Dr. Michaela Kardeis,
Generaldirektorin für die öffentliche Sicherheit im BMI

**718 IM GESPRÄCH**

VfGH-Präsident Univ.-Prof.
Dr. Gerhart Holzinger



MARTIN NEMEČ
Der Autor ist Rechtsanwalt in Wien und war am Verfahren beteiligt.



ALEXANDER KERN
Der Autor war als Rechtsanwaltsanwärter in Wien am Verfahren beteiligt und absolviert derzeit seine Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien.

2017/154

Zur Frage der Zulässigkeit der Intervention des Privatanklägers bei Durchsuchung von Orten und Gegenständen

Eine neue Leitentscheidung des OGH für das Privatanklageverfahren

Ganz aktuell hat der OGH¹ die weit über den Einzelfall hinausreichende und bis dato ungeklärte Frage beantwortet, ob ein Privatankläger nach Einbringung der Privatanklage gem § 71 StPO an den von ihm beantragten Durchsuchungen von Orten und Gegenständen iSd §§ 119ff StPO teilnehmen darf. Bis zu dieser Entscheidung war es gängige Praxis, dass einem Privatankläger, der mit Einbringung der Privatanklage gleichzeitig auch die Sicherung von Beweisen und sohin einen Antrag auf Durchführung der Durchsuchung von Orten und Gegenständen stellte, die Intervention bei dieser von der Kriminalpolizei durchgeführten Amtshandlung bewilligt wurde. Dies wurde stets damit begründet, dass der Privatankläger gem § 71 Abs 5 StPO grundsätzlich (mit im Gesetz genannten Einschränkungen) die gleichen Rechte wie die Staatsanwaltschaft im Offizialverfahren hat. Vor allem die strafrechtliche Rechtsdurchsetzung im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, die grundsätzlich im Wege des Privatanklagerechts erfolgt, erfährt durch diese jüngst ergangene Entscheidung des OGH nunmehr eine entscheidende, spürbare Veränderung.

I. GRUNDLEGENDE VORBEMERKUNGEN ZUM PRIVATANKLAGEVERFAHREN

1. Abgrenzung zum Offizialverfahren

Die Verfolgung von Privatanklagedelikten, welche grundsätzlich eine Ausnahme vom Offizialprinzip des § 2 StPO darstellen, wonach Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei zur amtswegigen Verfolgung von Straftaten verpflichtet sind, obliegt dem Opfer, das in weiterer Folge als Privatankläger auftritt. Aufgrund dieser Ausnahmestellung werden Privatanklagedelikte vom Gesetz auch ausdrücklich als solche bezeichnet und finden sich vor allem im Immaterialgüterrecht² sowie Wettbewerbsrecht,³ aber auch im StGB⁴ wieder. Privatanklagedelikte nehmen insofern eine Sonderstellung ein, als zwar ein öffentliches Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung gegeben ist, sie aber vor allem private Anliegen betreffen und es somit vom Willen und Betreiben des Verletzten abhängen soll, ob sie tatsächlich verfolgt werden oder nicht.⁵ Dies bedeutet, dass das Opfer selbst als Ankläger auftreten muss, wenn es eine Bestrafung des Täters herbeiführen will.

Im Vergleich zum Offizialverfahren weist das Privatanklageverfahren, das in § 71 StPO geregelt ist, einige Unterschiede auf. Der entscheidende Umstand besteht darin, dass die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung eines Privatanklagedelikts nicht tätig wird. Die Strafverfolgung wird vielmehr erst dadurch ausgelöst, dass eine zur Anklage berechtigte Person⁶ (der Privatankläger) die (Privat-)Anklage beim hierfür zuständigen Gericht einbringt. Ist allerdings die (Privat-)Anklage eingebracht, hat das Gericht im Folgenden amtswegig vorzugehen.⁷ Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass sich das Haupt- und Rechtsmittelverfahren im Privatanklageverfahren, abgesehen von einer Vielzahl an Rücktrittsvermutungen, insbesondere dann, wenn der Privat-

ankläger die zur weiteren Verfolgung notwendigen Anträge nicht stellt bzw zur Hauptverhandlung (unentschuldigt) nicht erscheint, grundsätzlich nicht von jenem eines Offizialverfahrens unterscheidet. Eine Vielzahl von Rechtsfragen in Folge grober Regelungslücken ergeben sich jedoch im Verfahrensstadium zwischen Anklageerhebung und Anberaumung der Hauptverhandlung durch das Gericht.

Ein weiterer wesentlicher Unterscheidungspunkt des Privatanklageverfahrens im Vergleich zum Offizialverfahren besteht darin, dass es im Privatanklageverfahren aufgrund der klaren gesetzlichen Normierung in § 71 Abs 1 StPO kein Ermittlungsverfahren gibt. Dies führt letztlich auch zu der in der Literatur kritisierten Konsequenz, dass der Privatankläger ohne staatliche Hilfe den Sachverhalt im Wege des sog „private enforcement“, zB durch Privatdetektive, selbst anklagereif dokumentieren und Beweismittel sammeln muss.⁸ Nach Einbringung der Privatanklage, die den Erfordernissen einer Anklageschrift gem § 211 StPO zu entsprechen hat, hat das Gericht diese dem Angeklagten zuzustellen und ihm eine 14-tägige Äußerungsfrist zu gewähren. Danach hat das Gericht, soweit es nicht nach

¹ OGH 23. 8. 2017, 15 Os 7/17v.

² Exemplarisch vgl § 91 UrhG; § 35 MuSchG; § 159 PatG.

³ § 4 UWG (Vergleichende Werbung), § 10 UWG (Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten), § 11 UWG (Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen), § 12 UWG (Missbrauch anvertrauter Vorlagen).

⁴ Prominent §§ 111ff StGB (Ehrverletzungen) und § 166 Abs 3 StGB (Vermögensdelikte im Familienkreis); aber auch § 110 StGB (Eigenmächtige Heilbehandlung), § 118 StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses und Unterdrückung von Briefen), § 121 StGB (Verletzung von Berufsgeheimnissen), § 122 StGB (Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses), § 123 StGB (Auskundschaften eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses), § 152 StGB (Kreditschädigung), § 192 StGB (Ehetäuschung).

⁵ Horak, Das neue Privatanklageverfahren, ÖJZ 2009, 212 (213).

⁶ Das Opfer bzw der Verletzte.

⁷ Schmoller in Fuchs/Ratz, WK StPO § 2 Rz 21.

⁸ Engin-Deniz, Angriffs- und Verteidigungsrechte im Privatanklageverfahren, MR 2015, 81 (82).

§ 485 oder § 451 StPO vorgeht, die Hauptverhandlung anzuberaumen (§ 71 Abs 4 StPO).

2. Die Stellung des Privatanklägers

Der Privatankläger übernimmt im Privatanklageverfahren die Rolle des Anklägers und somit der Staatsanwaltschaft. Er hat nach § 71 Abs 5 StPO grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Staatsanwaltschaft. Das bedeutet bspw., dass es in der Macht des Privatanklägers steht, das Verfahren einzuleiten und auch wieder zu beenden.⁹ Im Vergleich zum Staatsanwalt ergeben sich trotz der eindeutigen Formulierung im Gesetz für den Privatankläger nachstehende wesentliche Nachteile:¹⁰

- Der Privatankläger kann gem § 71 Abs 5 StPO weder eine Festnahme noch eine Untersuchungshaft beantragen. Ganz allgemein ist er zur Beantragung von Zwangsmaßnahmen nur insofern berechtigt, als dies zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen erforderlich ist.
- Der Privatankläger kann der Kriminalpolizei keine Weisungen erteilen. Die Rolle der Kriminalpolizei im Privatanklageverfahren ist stark eingeschränkt. Da es kein Ermittlungsverfahren gibt, beschränkt sich die Aufgabe der Kriminalpolizei auf die Befolgung von Anordnungen des Gerichts.
- Der Privatankläger muss gem § 390 StPO die Kosten des Verfahrens tragen, sofern es anders als durch Schuldspruch endet.
- Gem § 352 Abs 2 StPO steht dem Privatankläger der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ausschließlich im Falle einer Einstellung gem § 215 Abs 2 StPO zu.
- Kommt der Privatankläger nicht zur Hauptverhandlung oder stellt er nicht die erforderlichen Anträge, so wird nach § 71 Abs 6 StPO angenommen, dass er auf die Verfolgung verzichtet hat, mit der Konsequenz, dass das Verfahren einzustellen ist.

Auf der anderen Seite lassen sich jedoch auch Aspekte finden, die den Privatankläger gegenüber dem Staatsanwalt privilegieren und für die nachstehenden Ausführungen von grundsätzlicher Bedeutung sind. Der wohl entscheidende Vorteil des Privatanklägers ist, dass dieser – anders als der Staatsanwalt im Offizialverfahren – nicht zur Objektivität iSd § 3 StPO verpflichtet ist. Sehr oft wird es sich bei dem Privatankläger um jemanden handeln, der in einer, sei es persönlichen (man denke an Delikte gegen die Ehre) oder wirtschaftlichen (man denke etwa an die einschlägigen Privatanklagedelikte des UWG), Gegenposition zum Angeklagten steht und daher alles andere als objektiv sein wird. In der Regel wird ein solcher Privatankläger vielmehr ausschließlich und bewusst zum eigenen Vorteil handeln, dies ohne Rücksicht auf die Interessen und Rechte des Angeklagten. Überdies muss der Privatankläger gegen sich keine Ausschließungs- oder Befangenheitsgründe (§§ 43 ff StPO) gelten lassen und kann in der Hauptverhandlung als Zeuge aussagen.

3. Durchsuchungen von Orten und Gegenständen im Privatanklageverfahren

In der Praxis wird gleichzeitig mit Einbringung der Privatanklage auch oft ein Antrag auf Durchsuchung von Orten und Gegenständen, Sicherstellung und Beschlagnahme zur Sicherung von Beweisen verbunden. Nicht selten wird von Seiten des Privatanklägers beantragt, bei der Durchführung der bewilligten Durchsuchung persönlich oder durch geeignete Vertreter zu intervenieren. Gem § 119 Abs 1 StPO, der iVm § 71 Abs 5 StPO zumindest analoge Anwendung findet, ist eine Durchsuchung ua dann zulässig, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sich in den betreffenden Räumlichkeiten Gegenstände befinden, die sicherzustellen oder auszuwerten sind. Auswertungen sind aber üblicherweise einem – in diesem Fall nicht vorhandenen – Ermittlungsverfahren vorbehalten. Ebenso steht es dem Privatankläger frei, im Hauptverfahren Anordnungen nach § 445 StPO als selbständige Anträge auf Erlassung vermögensrechtlicher Anordnungen zu beantragen. Auch in diesem Fall verfolgt die Durchsuchung samt nachfolgender Sicherstellung bzw Beschlagnahme der vorgefundenen Gegenstände das Ziel, diese zunächst einer Auswertung zuzuführen, was systematisch eine Maßnahme des Ermittlungsverfahrens darstellt.¹¹ Auch legen Richter unterschiedlicher Gerichte einen unterschiedlichen Maßstab an, wie konkret die Verdachtsmomente sein müssen.

In diesem Zusammenhang erhebt sich aber die Frage, ob der Privatankläger berechtigt ist, an den von ihm beantragten Durchsuchungen teilzunehmen oder nicht. Wie schon zuvor festgehalten, kommt dem Privatankläger grundsätzlich dieselbe Stellung wie dem Staatsanwalt zu. Das Privatanklageverfahren ist als Hauptverfahren zu führen, aus diesem Grund findet auch kein Ermittlungsverfahren statt. Nach § 71 Abs 5 StPO ist der Privatankläger entsprechend der Nähe seiner Rechtsstellung zum öffentlichen Ankläger auch berechtigt, Zwangsmaßnahmen zu beantragen; dies aber nur insofern, als es zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen erforderlich ist. Damit ist aber noch nichts über die Zulässigkeit der Intervention des Privatanklägers an der von ihm beantragten und vom Gericht bewilligten Zwangsmaßnahme gesagt. Zu eben jener Frage hat der OGH nunmehr erstmalig im Rahmen seiner Entscheidung über eine von der Generalprokuratur eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes¹² entschieden.

⁹ Vgl Horak, Das neue Privatanklageverfahren, ÖJZ 2009, 212 (213).

¹⁰ So auch Korn/Zöchbauer in Fuchs/Ratz, WK StPO § 71 Rz 21 mwN.

¹¹ Engin-Deniz, Deliktstatbestände in gewerblichen Rechtsschutzsachen, Urheberrecht und Lauterkeitsrecht, in Kert/Kodek (Hrsg), Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Rz 13.26.

¹² Vgl § 23 StPO.

II. DAS ZUGRUNDELIEGENDE VERFAHREN

1. Sachverhalt

Als Ausgangspunkt der nachstehenden Erörterung soll der vor dem OGH für seine Entscheidung¹³ zugrundeliegende Sachverhalt kurz skizziert werden: Zusammenfassend wird den Angeklagten, die ehemalige Mitarbeiter der Privatanklägerinnen waren, vorgeworfen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Privatanklägerinnen während aufrechten Dienstverhältnisses ausgekundschaftet bzw an Dritte zu Zwecken des Wettbewerbs mitgeteilt zu haben. Die Privatanklägerinnen erhoben gegen die Angeklagten Privatanklage wegen § 123 Abs 1 StGB,¹⁴ § 11 Abs 1 und 2 UWG¹⁵ und stellten den Antrag auf Durchsuchung von Orten und Gegenständen, Sicherstellung und Beschlagnahme. Überdies stellten sie den Antrag, das Gericht möge die Privatanklägerinnen vorab über den Durchsuchungstermin informieren und ihnen die Möglichkeit einräumen, an den Durchsuchungen teilzunehmen.

2. Entscheidung des LG Linz

Das LG Linz¹⁶ ordnete in weiterer Folge zum Zweck der Sicherung und Beschlagnahme von Beweismitteln die Durchsuchung und Sicherstellung bei den Angeklagten an. Den Antrag der Privatanklägerinnen auf Intervention während der beantragten Durchsuchungen wies das LG Linz ab. Dies begründete das ErstG damit, dass den Privatanklägerinnen zwar grundsätzlich gem § 71 Abs 5 StPO dieselben Rechte wie der Staatsanwaltschaft zustehen, jedoch mit Einbringung der Anklage das Hauptverfahren eröffnet sei. Ab diesem Zeitpunkt würden die Staatsanwaltschaft und folglich auch die Privatanklägerinnen ex lege zu (bloßen) Beteiligten des Verfahrens. Die Staatsanwaltschaft könne in diesem Stadium des Verfahrens lediglich Anträge stellen (zB § 209 Abs 1 StPO) oder durch Prozesshandlungen (etwa durch Zurückziehung der Anklage oder durch Rechtsmitelerklärungen) das Verfahren gestalten, eine (eigenständige) Ermittlungstätigkeit sei ihr jedoch ab diesem Zeitpunkt versagt und somit grundsätzlich auch den Privatanklägerinnen.¹⁷

3. Entscheidung des OLG Linz

Die Privatanklägerinnen erhoben gegen den Beschluss des LG Linz Beschwerde an das OLG Linz,¹⁸ das dieser Beschwerde Folge gab und den angefochtenen Beschluss dahingehend abänderte, dass die Privatanklägerinnen vorab über den Durchsuchungstermin zu informieren seien und ihnen und ihrer Rechtsvertretung die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, an den Durchsuchungen teilzunehmen. Dies wurde vom OLG Linz damit begründet, dass dem Gesetz keine Bestimmung zu entnehmen sei, die darauf schließen ließe, dass eine Intervention des Privatanklägers bei der von ihm beantragten und gerichtlich bewillig-

ten Zwangsmaßnahme nicht zulässig wäre. Des Weiteren stützte sich das OLG Linz auf die Zweckmäßigkeit der Zulassung einer Intervention der Privatanklägerinnen während der angeordneten Durchsuchungen, da gerade bei komplizierten Sachverhalten das spezifische Fachwissen und die Kenntnis der Materie den Organen der Strafjustiz nicht gleichermaßen zukomme, diese aber für die Durchführung der Durchsuchungen förderlich und zweckmäßig seien. Hieraus entstünde auch noch keine eigenständige Ermittlungstätigkeit einer Verfahrenspartei.

4. Entscheidung des OGH

a) Allgemeines

Der OGH hatte sich mit dieser Angelegenheit in Folge einer von der Generalprokuratur erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, die von den Angeklagten angeregt worden war, auseinanderzusetzen. Dabei schloss sich der OGH im Wesentlichen der – auch von der Generalprokuratur vertretenen – Rechtsauffassung des ErstG an und verwarf die Überlegungen des OLG Linz.

b) Systematische Überlegungen des OGH

Gem § 210 Abs 2 StPO wird die Staatsanwaltschaft mit Einbringung der Anklage zur Beteiligten des Verfahrens. Eine eigenständige Ermittlungstätigkeit ist ihr ab diesem Zeitpunkt versagt. Über nach Einbringung der Anklage vom Ankläger – sei es vom Staatsanwalt, sei es vom Privatankläger – gestellte Anträge auf Durchführung von Zwangsmaßnahmen entscheidet gem § 210 Abs 3 StPO (iVm § 71 Abs 5 StPO) das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht. Die Durchführung derartiger gerichtlich angeordneter Zwangsmaßnahmen obliegt gem § 210 Abs 3 zweiter Satz StPO der Kriminalpolizei (vgl § 18 StPO), die ihre Berichte und Verständigungen (nun) an das Gericht (und nicht an die Staatsanwaltschaft) zu richten hat.

Während sich demnach die Staatsanwaltschaft in dem von ihr zu leitenden Ermittlungsverfahren (wegen eines Offizialdelikts) stets an allen Ermittlungen der Kriminalpolizei beteiligen und dem Leiter der kriminalpolizeilichen Amtshandlungen Aufträge erteilen (§ 103 Abs 1 StPO) sowie selbst Ermittlungen durchführen kann (§ 103 Abs 2 StPO), stehen ihr diese Rechte im Hauptverfahren aufgrund ihrer (bloßen) Beteiligtenstellung nicht mehr zu.¹⁹ Im Hinblick auf den Privatankläger gelten diese Argumente umso mehr.

¹³ OGH 23. 8. 2017, 15 Os 7/17v.

¹⁴ Auskundschaften eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses.

¹⁵ Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, Missbrauch anvertrauter Vorlagen.

¹⁶ LG Linz 12. 4. 2016, 26 Hv 31/16b.

¹⁷ Schroll in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 20 Rz 10; Birklbauer/Mayrhofer in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 210 Rz 2, 17; Fabrizzy, StPO¹² § 210 Rz 7f; Engin-Deniz, MR 2015, 81 (85).

¹⁸ OLG Linz 14. 6. 2016, 10 Bs 102/16w.

¹⁹ Vgl zu den Rechten der Beteiligten Danek/Mann in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 220 Rz 1.

c) Recht auf Anwesenheit in der StPO

Grundsätzlich sah die StPO noch bis zum 31. 12. 2007 ein Recht des (öffentlichen oder Privat-)Anklägers sowie des Verteidigers vor, bei Hausdurchsuchungen anwesend zu sein und Gegenstände zu bezeichnen, auf die die Untersuchungshandlungen auszudehnen seien.²⁰ Ein gleichartiges Recht der Beteiligten des Verfahrens kennt die StPO in der derzeit geltenden Fassung jedoch nicht. Jene Personen, die an Durchsuchungen (in allen Verfahrensstadien) teilnehmen dürfen, werden vom Gesetz in § 121 Abs 2 StPO explizit genannt: Ein Anwesenheitsrecht besteht lediglich für den Betroffenen und dessen Vertrauensperson, alternativ einem erwachsenen Mitbewohner oder zwei unbeteiligten Zeugen, bei Durchsuchung von bestimmten der Berufsausübung gewidmeten Räumen einem Interessenvertreter, Medieninhaber oder dessen Vertreter. Darüber hinaus steht der Staatsanwaltschaft (lediglich) im Ermittlungsverfahren als dessen Leiterin gem § 103 Abs 1 StPO ein Recht auf Anwesenheit zu.

d) Parteiöffentlichkeit im Hauptverfahren

Die letzte Argumentationslinie des OGH betreffend die Unzulässigkeit der Teilnahme des Privatanklägers an der – wenn auch über seinen Antrag – vom Gericht angeordneten und von der Kriminalpolizei durchzuführenden Durchsuchung knüpft an die Parteiöffentlichkeit im Hauptverfahren an. Der OGH führt aus, dass trotz der Parteiöffentlichkeit des Hauptverfahrens außerhalb der Hauptverhandlung nur ein vom Vorsitzenden allein oder einem Beisitzer vorgenommener Augenschein parteiöffentlich ist (vgl § 254 Abs 2 StPO, arg „in Anwesenheit der Beteiligten des Verfahrens“), während dies für sonstige Beweisaufnahmen oder solche vorbereitende/sichernde Zwangsmaßnahmen nicht gilt.²¹ In diesem Zusammenhang führt der OGH rechtshistorische Aspekte ins Treffen, die dieses Argument untermauern. Zwischen dem 1. 1. 2008 und dem 31. 5. 2009 bestand ein für alle Verfahrensstadien normiertes Anwesenheitsrecht aller Beteiligten des Hauptverfahrens bei der Befundaufnahme eines Sachverständigen.²² Dieses Recht wurde aber im Hinblick auf mögliche Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre des Betroffenen (Art 8 EMRK) sowie aufgrund befürchteter Verzögerungen bei der Befundaufnahme (Art 6 Abs 1 EMRK) zügig wieder beseitigt.²³ Der OGH wendet diese Argumentation analog auch auf die Durchsuchung von Orten und Gegenständen an und nimmt auf § 121 Abs 3 sowie § 9 StPO Bezug. Aus den genannten Gründen kommt der OGH zu dem Schluss, dass die Parteiöffentlichkeit im Hauptverfahren aufgrund des Prinzips der Waffengleichheit, das nach stRsp des EGMR eines der Wesenszüge des fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK darstellt, nicht einseitig gewährt werden darf.²⁴ Somit steht nach Ansicht des OGH fest, dass grundsätzlich keinem Beteiligten des Verfahrens (insbesondere nicht dem Privatankläger im Privatanklageverfahren, aber auch nicht der Staatsanwaltschaft im Officialverfahren) ein Recht auf

Teilnahme an einer Durchsuchung zusteht, sofern sich ein solches nicht aus anderer Stellung als der eines Beteiligten (§ 121 Abs 2 StPO) ableiten lässt.

Den von den Privatanklägerinnen in diesem Verfahren vorgebrachten Argumenten, insbesondere den behaupteten Defiziten bei der Rechtsverfolgung, vor allem die Frage der Effektivität oder Ineffektivität der Kriminalpolizei ohne Hilfestellung eines informierten Vertreters des Privatanklägers betreffend, hält der OGH in seiner Entscheidung entgegen, dass den monierten Umständen bereits durch eine entsprechend genaue Determinierung des Durchsuchungsantrags²⁵ bzw in weiterer Folge durch Beiziehung eines Sachverständigen²⁶ Rechnung getragen werden kann.

III. BEWERTUNG UND ERGÄNZENDE ÜBERLEGUNGEN

1. Allgemeine Bewertung der Entscheidung

Der Entscheidung des OGH ist vollinhaltlich zuzustimmen. Zu bedenken ist jedoch, dass sich der OGH in der referierten Entscheidung im Wesentlichen auf formale Gesichtspunkte iZm der Stellung des (Privat-)Anklägers nach der Systematik der StPO stützt, obwohl noch eine Reihe weiterer in seiner Entscheidung unerörtert gebliebener Argumente für die Richtigkeit seines Auslegungsergebnisses spricht.

2. Verhältnismäßigkeit und Objektivitätsgebot

§ 5 StPO enthält ein allgemeines Gebot der Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit, das fundamentalen Charakter hat und deshalb mit anderen Verfahrensgrundsätzen vom Gesetzgeber an die Spitze der StPO gestellt wurde.²⁷ Dieses in der StPO tief verwurzelte Prinzip soll ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen den durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interessen sowie staatlich garantierten Grund- und Menschenrechte einerseits und den Strafverfolgungsinteressen andererseits sicherstellen. Die Bestimmung des § 5 StPO fungiert somit nicht bloß als Auslegungsleitlinie, sondern enthält auch unmittelbar anwendbares Recht und stellt ein zusätzliches Tatbestandselement dar, das zu jeder Eingriffsnorm hinzugedacht werden muss.²⁸ Zwar wird dieser Grundsatz in zahlreichen Bestimmungen in der StPO – so etwa auch in § 121 Abs 3 StPO hinsichtlich der Durchführung von Durchsuchungen – nochmals besonders betont, doch ändert dies nichts an der Tatsache, dass alle Handlung-

²⁰ § 97 Abs 2 StPO idF vor BGBl I 2004/19.

²¹ RIS-Justiz RS0131616.

²² § 127 Abs 2 StPO idF StPRefG BGBl I 2004/19.

²³ Vgl ErläutRV 113 BlgNR 24. GP 36.

²⁴ Vgl VfGH 13. 12. 2012, G 137/11 mwN.

²⁵ Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 120 Rz 4; RIS-Justiz RS0116050.

²⁶ RIS-Justiz RS0096652.

²⁷ Wiederin in Fuchs/Ratz, WK StPO § 5 Rz 1.

²⁸ Wiederin in Fuchs/Ratz, WK StPO § 5 Rz 10.

gen des Gerichts, der Staatsanwaltschaft sowie der Kriminalpolizei selbst dort, wo nicht einzeln darauf hingewiesen wird, von dem in § 5 StPO statuierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durchdrungen werden.

Dementsprechend ist bereits bei der Anordnung bzw. gerichtlichen Bewilligung von Zwangsmaßnahmen, in concreto der gerichtlichen Anordnung der Durchsuchung von Orten und Gegenständen gem § 119 StPO, auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besonders zu achten.²⁹ Insbesondere ist der entsprechende Gerichtsbeschluss, so er nicht mit dem aus § 5 StPO erfließenden Verhältnismäßigkeitsprinzip in Konflikt geraten will, so zu gestalten, dass mit Blick auf § 121 Abs 3 StPO Vorkehrungen getroffen werden, welche die dort erwähnten (Grund-)Rechte der Betroffenen (Eigentums- und Persönlichkeitsrechte) soweit wie möglich wahren. So ordnet § 121 Abs 3 StPO in konkreter Umsetzung des § 5 StPO an, dass „bei der Durchführung [. . .] Aufsehen, Belästigungen und Störungen auf das unvermeidbare Maß zu beschränken [sind]. Die Eigentums- und Persönlichkeitsrechte sämtlicher Betroffener sind soweit wie möglich zu wahren. Eine Durchsuchung von Personen nach § 117 Z 3 lit b ist stets von einer Person desselben Geschlechts oder von einem Arzt unter Achtung der Würde der zu untersuchenden Person vorzunehmen“. Durchsuchungen sind grundsätzlich möglichst schonend durchzuführen.³⁰ Kommt es aufgrund bestimmter Umstände zu einer Durchsuchung, so ist stets eine umfassende Prüfung im Einzelfall notwendig, da mit einer solchen auch massive Eingriffe in das Hausrecht gem § 9 StGG, das Recht auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK, das Recht auf Eigentum nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK sowie das Recht auf Datenschutz iSd § 1 DSGVO einhergehen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass entscheidender Unterschied zwischen einem Privatankläger und dem Staatsanwalt ist, dass Letzterer gem § 3 StPO zur Objektivität verpflichtet ist und kein eigenwirtschaftliches Interesse im gegebenen Zusammenhang hat. All dies trifft auf den Privatankläger aber nicht zu. In den allermeisten Fällen wird es sich beim Privatankläger um den Gegner oder aber um einen unmittelbaren Konkurrenten des Angeklagten handeln. Schon allein aufgrund dieser Überlegungen widerspricht es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in (sei es persönlicher, sei es wirtschaftlicher) Gegnerschaft zum Angeklagten stehenden Privatankläger die Möglichkeit zur persönlichen Teilnahme an Durchsuchungen von Örtlichkeiten und Gegenständen zu eröffnen und ihnen unter Missachtung der erwähnten Grundrechte³¹ die Gelegenheit zur Auskundschaftung ihres Gegners zu geben. Der dadurch potentiell für den (Privat-)Angeklagten entstehende Schaden steht in keiner Relation zu einer etwaigen Effizienzsteigerung und Unterstützung der Kriminalpolizei durch den Privatankläger während der Durchsuchung. Sohin ergibt sich auch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 5 StPO iVm den betroffenen Grundrechten des Privatangeklagten die Richtigkeit des Ausschlusses der

Intervention des Privatanklägers an gerichtlich bewilligten Durchsuchungen von Orten und Gegenständen.

3. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Auch das im gegenständliche Verfahren von der Unterinstanz³² ins Treffen geführte Argument, dass der StPO keine Bestimmung zu entnehmen sei, die eine Intervention des (Privat-)Anklägers anlässlich einer von ihm beantragten und vom Gericht bewilligten Durchsuchung von Orten und Gegenständen verbieten würde, fand vor dem OGH letztlich kein Gehör. Zwar geht der OGH nicht explizit auf diese Argumentation ein; bereits aus verfassungsrechtlichen Überlegungen können diese aber zu keinem anderen Auslegungsergebnis führen als jenem des OGH.

Der OGH differenziert in der Begründung seiner Entscheidung hinsichtlich der (Nicht-)Zulässigkeit der Intervention des (Privat-)Anklägers nicht zwischen dem öffentlichen Ankläger (Staatsanwalt) und einem Privatankläger, leitet er doch die Unzulässigkeit der Teilnahme von Beteiligten eines Strafverfahrens an Zwangsmaßnahmen im Stadium des Hauptverfahrens aus grundsätzlichen Überlegungen zur Stellung des Anklägers nach Einbringung der Anklage und der ihm nach der StPO zukommenden Rechte ab. Diese Rechtsansicht ist auch im Hinblick auf das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip kohärent.³³ Die im Zuge einer Durchsuchung von Orten und Gegenständen tangierten Grundrechte, nämlich das Hausrecht nach Art 9 StGG, das Recht auf Privatleben nach Art 8 EMRK, das Recht auf Eigentum nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK sowie das Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 DSGVO, stehen nämlich allesamt unter Gesetzesvorbehalt. Da die gesamte staatliche Verwaltung (Art 18 Abs 1 BV-G) nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf, gehen Lehre und Rsp³⁴ übereinstimmend davon aus, dass diese Verfassungsbestimmung für die gesamte Vollziehung, mithin auch für die Gerichtsbarkeit, zur Anwendung gelangt. Dies bedeutet, dass ohne eine in ausdrückliche Gesetzesform gegossene Ermächtigung, staatliche Organe nicht hoheitlich tätig werden dürfen. Darin besteht der entscheidende Unterschied zu Privatpersonen, die grundsätzlich alles tun dürfen, soweit es nicht ausdrücklich verboten ist, wohingegen dem Staat und seinen Organen alles verboten ist, wozu sie das Gesetz nicht explizit ermächtigt. Sohin bedürfte es für die Zulässigkeit einer Intervention des (öffentlichen wie privaten) Anklägers einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, stehen doch sämtliche tangierten Grundrechte unter entsprechendem Gesetzesvorbehalt. Das Nichtvorhandensein

²⁹ So auch *Engin-Deniz* in *Kert/Kodek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, Rz 13.29.

³⁰ *Tipold/Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, *WK StPO* § 121 Rz 13.

³¹ Hausrecht nach Art 9 StGG, das Recht auf Privatleben nach Art 8 EMRK, das Recht auf Eigentum nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK und das Recht auf Datenschutz nach § 1 DSGVO.

³² OLG Linz 14. 6. 2016, 10 Bs 102/16 w.

³³ Vgl *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, *WK StPO* § 5 Rz 13.

³⁴ *Berka*, *Verfassungsrecht*⁴ Rz 494; VfSlg 12.185/1989, 12.947/1991.

einer solchen gesetzlichen Grundlage kann daher mit Blick auf die in Frage stehenden Grundrechte des Angeklagten kein valides Argument für die Zulässigkeit eines derartigen Grundrechtseingriffs sein.

4. Zweckmäßighkeitsüberlegungen

Etwasige Zweckmäßighkeitsüberlegungen iZm der Bewilligung der Intervention des Privatanklägers bei den von ihm beantragten Durchsuchungen sind nicht geeignet, zu einem anderen Auslegungsergebnis zu führen. Die im Hinblick darauf vorgetragenen Argumente, nur der (in aller Regel fachkundige) Privatankläger könne ein in der Regel fehlendes Fachwissen bzw fehlende Kenntnis der Materie auf Seiten der die Durchsuchung durchführenden Kriminalpolizei ersetzen und sohin zu einer effizienten Durchführung der Amtshandlung beitragen, treffen schon deshalb nicht den Kern der Sache, weil sie nicht hinreichend zwischen Beweismittelerhebung und Beweismittelauswertung differenzieren. Für die Beweismittelerhebung im Rahmen der Durchsuchung von Orten und Gegenständen ist einschlägiges Fachwissen des Privatanklägers grundsätzlich nicht notwendig, da sich die Kriminalpolizei strikt an die Vorgaben in der Durchsuchungs- und Sicherstellungsanordnung des Gerichts zu halten hat. Erst für das in weiterer Folge notwendige Auswerten und Selektieren von verfahrensgegenständlichen Informationen könnte besonderes Fachwissen erforderlich sein. Für derartige Problemstellungen können aber in weiterer Folge Sachverständige herangezogen werden. Eine zwingende Notwendigkeit der Beiziehung des Privatanklägers bereits im Stadium der Vornahme der gerichtlich bewilligten Durchsuchung ist daher weder erforderlich noch kann sie im Hinblick auf die dargelegten Argumente zur Verhältnismäßigkeit den dargestellten massiven Eingriff in Grundrechte des Angeklagten durch eben diese Intervention des Privatanklägers rechtfertigen.

5. Europarechtliche Vorgaben

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die am 5. 7. 2016 in Kraft getretene Richtlinie der Europäischen Union 2016/943/EU³⁵ über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung. Gerade Art 9 der Richtlinie sieht vor, dass die Vertraulichkeit von (tatsächlichen oder angeblichen) Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren gewahrt bleiben soll, wobei Gegenstand des Verfahrens zwar der rechtswidrige Erwerb bzw die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung sein muss, aber wird durch die Richtlinie nicht nur die Geheimnissphäre eines potentiellen Verletzten geschützt, sondern auch jene des Verletzten.³⁶ Gerade im Hinblick auf das durch die Einräumung der Möglichkeit zur Intervention anlässlich einer Durchsuchung von Orten und Gegenständen

den potenziell bedrohte Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 DSG kann kein Zweifel daran bestehen, dass die erwähnte Richtlinie auch im gegenständlichen Zusammenhang Rechtswirkungen entfaltet.

Diese Richtlinie ist zwar erst bis 9. 6. 2018 von den Mitgliedstaaten und folglich auch von Österreich in nationales Recht umzusetzen, sie entfaltet aber aufgrund des im Europarecht fest verankerten Grundsatzes des „*effet utile*“ dennoch Vorwirkungen.³⁷ Nach der Rsp des EuGH³⁸ und des OGH³⁹ steht jedenfalls fest, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie es soweit wie möglich unterlassen müssen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde. Zur Erreichung der Harmonisierung sind die der Richtlinie zugrundeliegenden Wertungen bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung nationaler Normen auch schon vor Ablauf der in der Richtlinie bestimmten Umsetzungsfrist zu beachten.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND PRAKTISCHE AUSWIRKUNGEN

Zusammenfassend erachtet der OGH die Teilnahme des Privatanklägers (aber auch die des Staatsanwalts) an Durchsuchungen von Orten und Gegenständen nach Anklageerhebung im Stadium des Hauptverfahrens zutreffend für unzulässig. Der OGH stellt hierbei auf die Beteiligtenstellung des Privatanklägers/des Staatsanwalts sowie auf den Umstand ab, dass Durchsuchungen von Orten und Gegenständen nicht parteiöffentlich sind. Diese Sicht ergibt sich ua aus dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Norm, der Problematik des durch ein solches Recht bewirkten Eingriffs in die Privatsphäre des Betroffenen (Art 8 EMRK) und der Verfahrensverzögerung (Art 6 Abs 1 EMRK). Fest steht somit, dass dem Privatankläger grundsätzlich nur jene Rechte zustehen, die auch der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren zukommen.⁴⁰ Dafür sprechen neben den vom OGH dargelegten Argumenten auch noch eine Vielzahl weiterer Überlegungen, wie insbesondere die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, aber auch verfassungs- und europarechtliche Überlegungen.

Die hier erörterte Entscheidung des OGH hat für das Officialverfahren nur geringe Bedeutung. Zwar kann die Staatsanwaltschaft gem § 210 Abs 3 StPO auch nach Einbringung der Anklage Zwangsmittel bei Gericht beantragen; diese sind aber nicht mehr von ihr anzuordnen, son-

³⁵ ABl L 2016/157 v 15. 6. 2016.

³⁶ Vgl auch *Rassi*, Die Richtlinie 2016/943/EU zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Ein Überblick, Zak 2016/758.

³⁷ Vgl auch *Kröll*, Grundsatzgesetzgebung und Richtlinienrechtsetzung – Zweistufige Rechtserzeugung im österreichischen Bundesstaat und im europäischen Staatenverbund, ZfV 2016, 126.

³⁸ EuGH 8. 5. 2003, C-14/02; 4. 7. 2006, C-212/04; 13. 1. 2004, C-453/00.

³⁹ OGH 29. 9. 1998, 4 Ob 235/98g; 8. 9. 2005, 8 Obs 13/05b.

⁴⁰ Vgl RIS-Justiz RS0131616.

den dürfen nur mehr vom Gericht bewilligt werden. In aller Regel werden jedoch derartige Zwangsmaßnahmen bereits im vorangegangenen Ermittlungsverfahren gesetzt worden sein, sodass die praktische Bedeutung – abgesehen von der allfälligen Anordnung der Festnahme im Falle des Vorliegens entsprechender Haftgründe – wohl eher gering sein dürfte.

Anders ist die Ausgangslage jedoch im Privatanklageverfahren, in dem aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ein Ermittlungsverfahren nicht stattfindet, sodass der Privatankläger allfällige Zwangsmaßnahmen überhaupt erstmalig mit Einbringung der Anklage beantragen kann. Die bisher gängige Praxis, vor allem bei Privatanklagen im Bereich des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts gleichzeitig mit Einbringung der Privatanklage die Durchsuchung von Orten und Gegenständen unter entsprechender Intervention des Privatanklägers zu beantragen und durchzuführen, erfährt durch die vorliegende Entscheidung des OGH eine einschneidende Änderung. Zwar steht es dem Privatankläger wie bisher frei, derartige Zwangsmaßnahmen, so sie zur Sicherung von Beweisen oder vermögensrechtlichen Anordnungen erforderlich sind, (§ 71 Abs 5 StPO) zu beantragen; die Teilnahme des Privatanklägers und/oder seines Rechtsvertreters an derartigen Zwangsmaßnahmen wird demgegenüber nicht mehr möglich sein. Dies bedeutet gerade in sensiblen Rechtsgebieten wie dem Wettbewerbs- oder Immaterialgüterrecht, in denen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie geistiges Eigentum eine tragende Rolle spielen, eine entscheidende Verbesserung des Rechtsschutzes des (Privat-)Angeklagten, der sich selbst im Falle eines Freispruchs bis dato gegen die einmal erfolgte Verletzung seiner sogar grundrechtlich geschützten Rechtsgüter, seiner Privatsphäre sowie seines wirtschaftlichen und ideellen Eigentums (zB seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse) nicht wehren konnte.

Der sich aus der Entscheidung des OGH als Konsequenz ergebenden potentiellen Erschwerung der Rechtsverfolgung durch den Privatankläger kann durch entsprechend genaue Determinierung des Durchsuchungsantrags sowie durch Beiziehung eines im Rahmen der Durchsuchung befundaufnehmenden Sachverständigen ausreichend Rechnung getragen werden.

Der sich aus der Entscheidung des OGH als Konsequenz ergebenden potentiellen Erschwerung der Rechtsverfolgung durch den Privatankläger kann durch entsprechend genaue Determinierung des Durchsuchungsantrags sowie durch Beiziehung eines im Rahmen der Durchsuchung befundaufnehmenden Sachverständigen ausreichend Rechnung getragen werden.