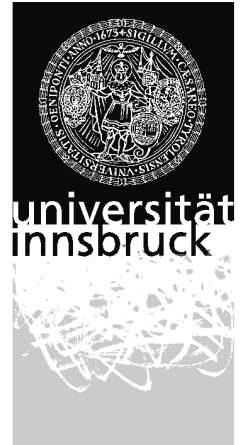


UNIVERSITÄT INNSBRUCK
INSTITUT FÜR STRAFRECHT,
STRAFPROZESSRECHT UND KRIMINOLOGIE
Ao. Univ.-Prof. Dr. Margarethe Flora



An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien
e-mail: kzl.L@bmj.gv.at

Innsbruck, am 29. April 2010

Punktuelle Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Rechtsanwaltsordnung, die Notariatsordnung, das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung 1975 geändert werden/Begutachtungsverfahren

BMJ-L318.029/0001-II 2/2010

Zur vorgeschlagenen Fassung des § 116 Abs 1 StPO:

Die Beschränkung der Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte auf Straftaten, die in die landesgerichtliche Zuständigkeit fallen, wurde mit dem StRÄG 2002 aus Verhältnismäßigkeitsüberlegungen in § 145a StPOaF aufgenommen. Nach dem Entwurf wird diese Beschränkung auf landesgerichtliche Verfahren in Hinblick auf Vorsatzdelikte aufgehoben. Grund dafür sind nach dem Entwurf internationale Verpflichtungen, die eine Rechtshilfeauskunft insbesondere bei „e-bay Betrugsfällen“ auch bei einfachem Betrug ermöglichen sollen. Einen anderen Aspekt, den diese Gesetzesänderung zur Folge haben könnte, erwähnen die Erläuterungen nicht: In der E 12 Os 100/07h (ÖBA 2008/1496, 593) entschied der OGH, dass unabhängig von einer bankgeschäftlichen Transaktion angefertigte Bilder von Personen, die sich im Bereich eines Bankomaten aufhalten, nicht zu den Informationen zählen, die von § 38 Abs 1 BWG geschützt werden. Seit dieser Entscheidung sind Kreditinstitute gezwungen, Fotos von Bankkunden, die nach dem Geschädigten Geld behoben haben, herauszugeben, wenn der Verdacht besteht, dass diese Personen das beim Bankomaten vergessene Geld gestohlen

A-6020 Innsbruck, Innrain 52
Telefon +43 512 507-8256 • Fax +43 512 507-2948
e-mail margarethe.flora@uibk.ac.at • url <http://www.uibk.ac.at/strafrecht/>

haben. Sonstige Daten, die Bankleitzahl und die Kontonummer dieser Person, die auf dem Terminalstreifen des Bankomaten ersichtlich sind, sind nach geltender Rechtslage aufgrund des bestehenden Bankgeheimnisses zu verweigern. Gelddiebstähle an Bankomaten fallen aufgrund der üblichen Behebungsbeschränkungen (ca 400 €) größtenteils in die bezirksgerichtliche Zuständigkeit.

In diesem Zusammenhang ist dringend eine Klarstellung notwendig, ob ein solches Foto, das den Inhaber einer Geschäftsverbindung zeigt, nicht als Identifikationsmerkmal iS einer Auskunft nach § 109 Z 3 lit a 1. Halbsatz StPO ausreichend ist, um an die dem Kreditinstitut bekannte Bankleitzahl und Kontonummer des Beschuldigten zu gelangen. Es steht außer Frage, dass dies die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden, die sich nach momentaner Rechtslage mit dem Foto einer unbekannt Person zufrieden geben müssen, erheblich erleichtern würde.

Auch wenn bisher (vgl den Anlassfall für die Einführung der Identitätsermittlung: 14 Os 4/02, EvBl 2002/105, 391 = JBl 2002, 744 mit abl Anm *García Marqués*) immer davon ausgegangen wurde, dass für eine Ermittlung nach § 109 Z 3 lit a 1. Halbsatz StPO die Nummer der Geschäftsverbindung den Strafverfolgungsbehörden schon bekannt sein muss, könnte es zur Änderung dieser Rechtsmeinung kommen. Dann hätte die Ausdehnung der zulässigen Auskünfte über bankgeheime Daten auf vorsätzliche bezirksgerichtlich strafbare Straftaten viel weitreichender Auswirkungen als die im Entwurf angeführten.

Zur vorgeschlagenen Änderung des § 116 Abs 2 Z 1 StPO:

Die vorgeschlagene Änderung beruht nach den Erläuterungen auf den Aussagen der FATF, dass der notwendige Zusammenhang zwischen einer Geschäftsverbindung und der Straftat einer bestimmten Person iSv § 116 Abs 2 Z 1 StPO die notwendigen Ermittlungen behindern würde.

Gerade im Zuständigkeitsbereich der FATF (Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung) ist aber eine Behinderung der Ermittlungen durch die im Gesetz vorgegebenen Voraussetzungen nicht ersichtlich. Besteht der Verdacht, dass ein der Geldwäscherei Verdächtiger das inkriminierte Geld auf einem Konto deponiert hat, ist eine Öffnung des Kontos nach § 116 Abs 2 Z 1 StPO natürlich zulässig (*Flora*, das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren (2007), 99). Ebenso kann eine Geschäftsverbindung ua geöffnet werden, wenn der Verdacht besteht, dass ein Konto für Transaktionen von Geldern benützt wird, die der Terrorismusfinanzierung dienen. Das ist explizit in § 116 Abs 2 Z 2 StPO vorgesehen. Es liegt nicht an den Vorgaben des Gesetzes, dass Auskünfte über Bankkonten und Bankgeschäfte in diesem Bereich kaum

vorkommen (vgl. *Fuchs/Tipold*, die auch der Bestimmung § 20b StGB nur geringe Bedeutung zumessen: in WK² Vor 20b Rz 31).

Möglicher Weise geht es dem Gesetzgeber bei der Änderung der Z 1 gar nicht um die Umsetzung der Empfehlungen der FATF, weil für die FATF relevanten Fälle (Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung) eigens Z 2 angepasst werden soll. Die Auskunftspflicht der Kredit- und Finanzinstitute soll offensichtlich auf andere Fälle ausgedehnt werden, bei denen im Zusammenhang mit der Straftat keine Transaktionen über das Konto vorgenommen wurden.

Aber auch wenn auf diese Voraussetzung verzichtet wird, ist es weiterhin die Aufgabe der Ermittlungsbehörden, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme nach § 109 Z 3 lit b StPO zu begründen. Diese Voraussetzungen sind nicht nur in § 116 Abs 4 Z 4 StPO verankert sondern gehören zu den Grundprinzipien des strafprozessualen Verfahrens. Wurde keine Transaktion über das Konto vorgenommen, muss es jedenfalls andere konkrete Anhaltspunkte geben, warum die Informationen, die sich aus den bankgeheimen Unterlagen ergeben können, zur Aufklärung der Tat beitragen können. Ermittlungen ins Blaue, weil die Kriminalpolizei nicht mehr weiter weiß sind nicht zulässig. Auch eine Sicherstellung nach § 110 Abs 1 StPO muss erforderlich sein!

Zur vorgeschlagenen Änderung des § 116 Abs 2 Z 2 StPO¹:

Da es den Ermittlungsbehörden bei Verdacht der Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung offensichtlich nicht gelingt, die notwendigen Anhaltspunkte zu finden, um die Erforderlichkeit einer Sicherstellung zu begründen (vgl. FATF Report 125 f), soll nach Z 2 zukünftig eine Auskunft auch in jenen „seltenen Fällen“ zulässig sein, in denen solche Indizien nicht gegeben sind, aber die Aufklärung solcher Taten sonst „wesentlich erschwert wäre“.

Eine solche Vorgehensweise ist mit den Grundsätzen der StPO nicht vereinbar. Eine gerichtliche Bewilligung nach § 116 Abs 4 StPO muss – wie oben ausgeführt – eine Begründung enthalten, die sich sowohl damit auseinandersetzt warum die geforderte Maßnahme zur Aufklärung einer Straftat erforderlich erscheint als auch die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme selbst begründen. Diese Voraussetzungen erschweren die Aufklärungen von Straftaten nicht, sondern sind die notwendigen Grundprinzipien eines fairen Strafverfahrens, die es den Ermittlungsbehörden verbieten, ohne bestimmte Anhaltspunkte in die Grundrechte von Personen einzugreifen!

¹ Es ist außerordentlich bedenklich eine neue Bestimmung zu schaffen, bevor der Grund für die Änderung („geplante Ausdehnung der Meldepflichten nach § 41 Abs 2 BWG“) bekannt ist!

Zur vorgeschlagenen Fassung des § 116 Abs 4 Z 3 StPO:

Die neue Formulierung wird dazu führen, dass Kredit- oder Finanzinstitute dazu aufgefordert werden, ohne nähere Bezeichnung „sämtliche Konten- und Geschäftsbeziehungen des XY“ offenzulegen. Eine solche Vorgehensweise ist, seit es die Möglichkeit gibt, die Geschäftsverbindungen einer verdächtigen Person mittels Auskunft nach § 109 Z 3 lit a 2. Halbsatz StPO festzustellen, abzulehnen.

Auch hinsichtlich der herauszugebenden Gegenstände (zB Kontoakten, Sparbücher, Korrespondenzen usw) ist eine zu vage oder allgemeine Umschreibung problematisch, als sich dann die Frage stellen wird, ob die Sicherstellung der geforderten der Unterlagen zu Beweis Zwecken wirklich erforderlich erscheint.

Zur vorgeschlagenen Fassung des § 116 Abs 6 StPO:

Im Justizausschussbericht zum Strafprozessreformgesetz (JAB 406 BlgNR 22. GP, 17) wurde „in Anbetracht der Bedeutung des Bankgeheimnisses und des dadurch bestehenden besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Kredit- oder Finanzinstituten und ihren Kunden“ auf mehrere Verbesserungen hingewiesen. Eine dieser Verbesserungen war die ausdrückliche Klarstellung, dass eine Durchsuchung von Instituten ohne gerichtliche Bewilligung unzulässig ist. Nun gehen die Erläuterungen zum Entwurf davon aus, dass die speziellen Bestimmungen in § 116 Abs 6 StPO aufgrund der § 119ff StPO überflüssig sind. ME ist eine Durchsuchung ohne eine explizite Verankerung dieser Möglichkeit in § 116 Abs 6 StPO gar nicht zulässig, da § 116 StPO gegenüber den Bestimmungen des § 119ff StPO als *lex specialis* anzusehen ist (*Flora*, das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren (2007), 154ff).

Auch wenn man dieser Ansicht nicht folgt, ist die hier vorgeschlagene Änderung zu kritisieren. Wenn es sich bei dieser Änderung nur – wie die Materialien anmerken – um eine „Vereinfachung“ des Gesetzestextes handeln soll, muss dringend die Klarstellung erfolgen, dass Durchsuchungen aufgrund von Gefahr im Verzug auch weiterhin ausgeschlossen sind!

Durchsuchungen von Kredit- oder Finanzinstituten sind nicht möglich, ohne dass es zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses kommt. Da § 38 Abs 2 Z 1 BWG eine solche Durchbrechung nur aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung gegenüber den Staatsanwaltschaften und Strafgerichten vorsieht, darf die Kriminalpolizei auch weiterhin nicht eigenmächtig han-

deln (*Flora*, Das Bankgeheimnis im gerichtlichen Strafverfahren (2007), 153 mit Verweis auf *Apathy/Koch* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² Rz 2/94).

Die Streichung des § 116 Abs 6 vorletzter Satz StPO ist zu begrüßen. Der Herausgabe von Unterlagen muss damit in jedem Fall von einer gerichtlichen Bewilligung gedeckt sein. Natürlich bleibt es dem betroffenen Kredit- oder Finanzinstitut auch bei einer ergänzenden gerichtlich bewilligten Anordnung weiterhin unbenommen, die Unterlagen nach § 112 StPO zu hinterlegen.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Margarethe Flora eh.