

# Stellungnahme

## zum Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2017 (325/ME)

Mag. Stefan Hirschmann, MSc

17. August 2017

Zu diesem Ministerialentwurf gab es bereits sehr viele Stellungnahmen. Ich beschränke mich deshalb auf Z 17, 18, 27, 28 und 32 (§§ 136 Abs. 1a, 137 Abs. 1, 140 Abs. 1 Z 2, 144 Abs. 3, 145 Abs. 3, 147 Abs. 1 Z 5 StPO) des Entwurfs.

### Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“</b>	<b>1</b>
1.1	Intensiver als Telefonüberwachung . . . . .	1
1.2	Kernbereichsschutz . . . . .	2
1.2.1	Derzeitige Rechtslage: Nur für schwerste Straftaten . . . . .	4
1.3	Wertungswidersprüche . . . . .	5
1.4	Erforderlichkeit . . . . .	6
1.5	Schadenersatz . . . . .	6
1.6	Zusammenfassung . . . . .	7

## 1 Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“

### 1.1 Intensiver als Telefonüberwachung

Im Gegensatz zu der in den Erläuterungen nicht begründeten Behauptung, stellt die Überwachung des direkt gesprochenen Wortes einen viel stärkeren Grundrechtseingriff

## 1 Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“

dar als die Überwachung des fernmündlich übertragenen Wortes. Dies ergibt sich aus dem Kommunikationsverhalten und dem Wesen der Kernfamilie. Innerhalb der Kernfamilie herrscht ein natürliches Kommunikationsbedürfnis, zB Ehepaare, welche sich viel mehr erzählen, als sie Dritten erzählen würden. Die DDR zählte auch deshalb als „Spitzelstaat“, da Kinder gezielt dazu ermutigt wurden, innerhalb der Kernfamilie Überwachungstätigkeiten durchzuführen. Die meisten Ehepaare sehen sich täglich und reden miteinander. Diese täglich stattfindenden Gespräche mit der Rückmeldung über die Körpersprache schaffen ein intimeres Vertrauensverhältnis als es bei Telefonaten der Fall ist, sodass persönliche Gespräche eher nicht am Telefon erörtert werden. Wer daran Zweifel hat, soll sich einfach selbst fragen, wann er das letzte Mal mit seiner Partnerin am Telefon über Sex sprach und wann das letzte Mal im persönlichen Gespräch. Dazu kommt, dass ein großes Misstrauen in die Vertraulichkeit der fernmündlichen Übertragung besteht<sup>1</sup> Die Erläuterungen stellen selber fest, dass am Telefon nicht alles erzählt wird.

Auch die Durchführung der Maßnahme stellt einen stärkeren Grundrechtseingriff dar. Für die akustische Überwachung muss heimlich in das Auto eingedrungen werden. Dieses heimliche Eindringen findet bei einer Telefonüberwachung nicht statt. Das Argument, dass im „Gesetz vom 27. Oktober 1862 zum Schutze des Hausrechtes“ der Schutz von Fahrzeugen nicht vorgesehen war, führt nicht dazu, dass der Eingriff deshalb unproblematisch wird.

Daraus ergibt sich die unterschiedliche Behandlung zwischen der streng geregelten akustischen Überwachung und der, verglichen damit, sehr leicht genehmigbaren Telefonüberwachung. Von diesem durchdachten System sollte jedenfalls nicht ohne Begründung abgegangen werden.

### 1.2 Kernbereichsschutz

Das deutsche Bundesverfassungsgericht<sup>2</sup> kassierte die Regelungen zum deutschen großen Lauschangriff<sup>3</sup>, weil dieser keinen Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereiches vorsah und dies folglich eine Verletzung der Menschenwürde darstellte.

„Das Risiko, solche Daten zu erfassen, besteht typischerweise beim Abhören von Gesprächen mit engsten Familienangehörigen, sonstigen engsten Vertrauten und Personen, zu denen ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht

---

<sup>1</sup>Gerüchte, dass die österreichischen Handynetze von der NSA mit Unterstützung der österreichischen Geheimdienste komplett abgehört werden, stärken auch nicht das Vertrauen in diese Technologie. Die für WhatsApp eingeführte end-to-end Verschlüsselung stellt eine Reaktion auf die anlasslose Totalüberwachung durch staatliche Stellen dar.

<sup>2</sup>BVerfG 03. März 2004, 1 BvR 2378/98

<sup>3</sup>„großer Lauschangriff“ bedeutet, dass kein verdeckter Ermittler das gesprochene Wort direkt wahrnehmen konnte

## 1 Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“

(wie z. B. Pfarrern, Ärzten und Strafverteidigern). Bei diesem Personenkreis dürfen Überwachungsmaßnahmen nur ergriffen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte zwischen dem Beschuldigten und diesen Personen keinen absoluten Schutz erfordern, so bei einer Tatbeteiligung der das Gespräch führenden Personen. Anhaltspunkte, dass die zu erwartenden Gespräche nach ihrem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu Straftaten aufweisen, müssen schon zum Zeitpunkt der Anordnung bestehen. Sie dürfen nicht erst durch eine akustische Wohnraumüberwachung begründet werden.“<sup>4</sup>

Dies führte zur folgenden Einschränkung des neu gefassten § 100c Abs 5 deutsches StPO:

§ 100c (5) Das Abhören und Aufzeichnen ist unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Aufzeichnungen über solche Äußerungen sind unverzüglich zu löschen. Erkenntnisse über solche Äußerungen dürfen nicht verwertet werden.

Die öst Rechtslage sieht überhaupt keinen, mit der aktuellen deutschen Rechtslage vergleichbaren, Kernbereichsschutz vor. Derzeit erlaubt § 136 Abs 1 Z3 lit b StPO sogar das „Einbrechen“ in Räume von Unverdächtigen und das anschließende Überwachen von Gesprächen engster Familienangehöriger (ohne Anwesenheit des Tatverdächtigen). Es muss lediglich Anhaltspunkte geben, dass irgendwann ein Tatverdächtiger aufgenommen werden könnte. Wie die Stellungnahme der Universität Innsbruck<sup>5</sup> zu diesem Entwurf richtig ausführt, unterliegen die Aufnahmen zwar einem Beweisverwertungsverbot, die daraus gezogenen Schlussfolgerungen darf die Polizei jedoch verwenden. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Inhalte nicht einmal strafbar sein müssen. An die Medien „geleakte“ Überwachungsprotokolle können für den Betroffenen bereits zum Problem werden. Hier sei an die veröffentlichten Telefon Abhörprotokolle im Meischberger Verfahren „Wo war mei Leistung?“ erinnert.

Ein Beispiel für Aufnahmen, welche nach deutschem Recht sofort zu löschen sind, in Österreich jedoch sowohl Speicherung als auch Weitergabe erlaubt sind:

Die 17-jährige Tochter leiht sich von den Eltern das verwanzte Auto aus und hat in diesem Sex. In Deutschland muss das Observationsteam die Aufnahme der Minderjährigen sofort abbrechen und unverzüglich löschen. Hingegen darf in Österreich weiter aufgenommen werden und es muss auch nicht unverzüglich gelöscht werden. Die Observationseinheit kann sich auf die Rechtsansicht

<sup>4</sup>BVerfG, Pressemitteilung Nr. 22/2004 vom 3. März 2004

<sup>5</sup>Universität Innsbruck, Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer, Univ.-Prof. Dr. Andreas Venier, 3547/SN-325/ME

## 1 Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“

stützen, dass die Löschung nur die StA verfügen darf (Umkehrschluss § 145 StPO) und folglich diese sehr private Tonaufnahme einer Minderjährigen auch noch weiter verbreiten (an dieselben Personen, welche auch tatbezogene Ermittlungsergebnisse bekommen würden).

Es kann nicht nachvollzogen werden, warum der Entwurf die Selbstverständlichkeit des deutschen Rechts nicht vorsieht.

### 1.2.1 Derzeitige Rechtslage: Nur für schwerste Straftaten

Die aktuelle Rechtslage stellt nur deshalb keine offensichtliche Verfassungswidrigkeit dar, da eine gesetzliche Beschränkung auf schwerste Straftaten stattfindet. Die derzeitige Rechtslage setzt im Wesentlichen zwei Bedingungen voraus:

1. Aufklärung eines mit mehr als **zehn** Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechens
2. und dessen Aufklärung **ansonsten aussichtslos** oder wesentlich erschwert wäre

Der Entwurf möchte dies jedoch für Fahrzeuge ändern auf:

1. Aufklärung eines mit mehr als **einem** Jahr Freiheitsstrafe bedrohten Vergehens
2. und die Überwachung für dessen Aufklärung **erforderlich erscheint**

Um es umgangssprachlich zu formulieren: Aus „Nur, wenn wir Mörder sonst nicht überführen können (ansonsten aussichtslos)“ wird „Wenn es für die Polizei weniger Arbeit ist, um Vergehen aufzuklären (erforderlich erscheint)“.

Diese Änderung wird auch für „Zufallsfunde“, dh wenn Unverdächtige über eine andere Straftat berichten, schlagend. Nach derzeitiger Rechtslage dürfen diese nur verwertet werden, wenn die Überwachungsmaßnahme auch wegen dieser Straftat zulässig wäre. Die aktuelle Rechtslage mit der Voraussetzung von „mehr als 10 Jahre Freiheitsstrafe“ schützt die Unverdächtigten vor dieser Art von „Zufallsfunde“. Die Herabsenkung der Zulässigkeitsvoraussetzung setzt auch den Schutz der Unverdächtigten herab. Bsp: „14 Jährige Tochter erzählt der Mutter, dass ein Mitschüler auf Facebook gegen Ausländer hetzte (Volksverhetzung), und sie, obwohl sie es ernstlich für möglich hielt, dass es weitere Postings geben wird, bisher nichts unternahm um dies zu verhindern“. Hier könnte das Vergehen der „Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung (§ 286 StGB, 2 Jahre FS)“ vorliegen (eine Anzeige zum jetzigen Zeitpunkt würde eine Strafbarkeit für die Vergangenheit nicht aufheben, da die vergangenen Straftaten nicht verhindert wurden. Dh selbst, wenn das Gespräch mit der Mutter dazu führt, dass die Tochter Anzeige erstattet und die Postings gestoppt werden, ändert dies nichts an der

### 1 Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“

Strafbarkeit) und die Verwertung dieser akustischen Überwachung wäre zulässig. Will der Entwurf dieses Eltern-Kind Gespräch wirklich als Beweismittel verwerten?

Auf die, durch den Entwurf zur akustischen Überwachung von Fahrzeugen, geplante Änderung treffen folgende Eigenschaften zu:

- Nicht einmal für komplett unbeteiligte Personen wird ein Schutz des Kernbereichs vorgesehen;
- Anstelle von schwersten Verbrechen sollen bereits Vergehen (§ 17 StGB) ausreichend sein;
- Kein Verwertungsverbot bei Überwachung naher Angehörigen enthält und damit Umgehung der Aussageverweigerungsrechte (eigene Kinder als Spitzel)
- Derzeitige Rechtslage zur rein optischen Wohnraumüberwachung mit Zustimmung des Inhabers sieht strengere Voraussetzungen vor als der Entwurf für die akustische Überwachung
- Der Tatverdächtige könnte unschuldig sein, seine Mitfahrer sind meist nicht einmal verdächtigt;
- Verschlechterter Schutz der Unverdächtigen vor „Zufallsfunden“

Dies stellt eine unverhältnismäßige Einschränkung von Bürgerrechten dar.

### 1.3 Wertungswidersprüche

Durch die geplante Änderung der Voraussetzungen für die Überwachung im Fahrzeug entsteht eine extrem unterschiedliche Behandlung von fast identischen Sachverhalten. Dies sei an folgender Liste mit möglichen Anwendungsfällen von akustischer Überwachung und ab welcher Strafdrohung eine Überwachung laut Entwurf zulässig ist dargestellt:

- Mietwagenauto, wenn der Vermieter (zum Zeitpunkt als er noch Inhaber war) zustimmt: ab mehr als 6 Monaten FS
- Fahrer steigt aus, setzt sich mit Beifahrer auf die Motorhaube und spricht: ab mehr als 10 Jahren FS
- Fahrer fragt jemand nach dem Weg: Den Fahrer ab 1 Jahr FS, die Stimme des Auskunftsgewehrs: ab mehr als 10 Jahren FS

## 1 Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“

- Gespräch an der Bushaltestelle und kein verdeckter Ermittler in der Nähe: ab mehr als 10 Jahren FS
- Gespräch im Linienbus, welcher auch ein Fahrzeug darstellt: ab mehr als 1 Jahr FS

Hier wird offensichtlich Gleiches ungleich behandelt.

### 1.4 Erforderlichkeit

Die Erläuterungen behaupten nicht einmal, dass für diesen Eingriff eine Erforderlichkeit vorliegt. Aus dem Bericht zu den „besonderen Ermittlungsmaßnahmen“ 2015 der StA Wien ergeben sich jedenfalls keine Hinweise, dass diese Überwachungstechniken zur Aufklärung der Fälle signifikant beitragen.

Exemplarisch seien hier sämtliche (3) Fälle des Berichtes 2015 der StA Wien erwähnt:

1. Rechtshilfeersuchen, Täter betraten nie Österreich
2. Auto des Bruders überwacht, keine relevanten Gespräche aufgezeichnet (Überwachung einer Person, die ein Aussageverweigerungsrecht hat)
3. Rechtshilfeersuchen, Täter betraten nie Österreich. Der Rechtsschutzbeauftragte wurde nicht einmal informiert (rechtswidrig)

Die Fälle der anderen StA wurden in dem Bericht zu wenig detailliert beschrieben um die Frage, ob die Ermittlungsmaßnahme sich auf die Verurteilungswahrscheinlichkeit auswirkte, zu beantworten, deshalb findet hier eine Beschränkung auf die StA Wien statt. Es fanden sich auch nirgends Hinweise, dass eine Tat wegen mangelnder Überwachung unaufgeklärt blieb. Aus diesen Daten ergeben sich jedenfalls keine Hinweise auf die Erforderlichkeit eines zusätzlichen Grundrechtseingriffs, wodurch dieser verfassungswidrig wäre.

Anmerkung: In 33% der Fälle ignorierte die StA Wien sogar vorsätzlich die gesetzlichen Voraussetzungen, indem sie den Rechtsschutzbeauftragten nicht vor der geplanten Maßnahme informierten. Dies wurde auch von der OStA festgestellt.

### 1.5 Schadenersatz

Der Entwurf verweist auf die Schadenersatzbestimmungen des § 148 StPO. Da es hier kaum OGH RSp gibt, sei auf diesen Punkt kurz eingegangen. Ein Ausschließungsgrund

## 1 Zur „Akustischen Überwachung von Personen in Fahrzeugen“

für Schadenersatz iSd § 148 StPO liegt vor, „wenn der Geschädigte die Anordnung vorsätzlich herbeigeführt hat,.. Vorsätzlich (§ 5 StGB) bedeutet, dass der Täter die Verwirklichung des Erfolges ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet. Der Vorsatz muss sich hier nicht auf die Tat, sondern auf die Anordnung beziehen. Nach dem Wortlaut ausgelegt bedeutet dies:

- Der Täter, welcher sich sicher ist, nicht erwischt zu werden, und hätte er Zweifel, die Tat nicht gemacht hätte, handelt vorsätzlich bezüglich der Tat, aber nur fahrlässig bezüglich der Anordnung (1. Frank'sche Formel) und ihm ist Schadenersatz zu gewähren
- Der Bruder des Tatverdächtigen, welcher ernstlich für möglich hält, dass sein Bruder von der Polizei überwacht wird und sich trotzdem mit ihm trifft, handelt nicht rechtswidrig, jedoch vorsätzlich bezüglich der Anordnung und erhält dementsprechend keinen Schadenersatz.

Diese Regelung führt zu sehr eigenartigen Ergebnissen. Wenn der Entwurf in diesem Abschnitt Änderungen vorsieht, so sollte diese Bestimmung auch klar ausdrücken, dass die Schadenersatzpflicht nur ausgeschlossen wird, wenn der Täter absichtlich über die Voraussetzungen täuscht. Jedenfalls ist es nicht hinnehmbar, dass bei der Anlasstat Unbeteiligte, welche sich nur mit Tatverdächtigen treffen, den durch den Staat erzeugten Schaden selber tragen müssen.

### 1.6 Zusammenfassung

In dieser Stellungnahme wurde aufgezeigt, dass die geplante Änderung zur akustischen Überwachung von Fahrzeugen sachlich nicht gerechtfertigt ist, zu sehr eigenartigen Resultaten führt und mit den Grundwerten der öst Verfassung nicht in Einklang gebracht werden kann. Die Erläuterungen behaupteten keinen Bedarf für diese Maßnahme. Es erhellt sich nicht, warum Art 8 EMRK ohne Notwendigkeit eingeschränkt werden sollte.