



Österreichischer Gewerkschaftsbund

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
BMJ-S578.031/0008-IV 3/2017

Unser Zeichen, BearbeiterIn
REE/MagMM

Klappe (DW) Fax (DW)
39179

Datum
17.08.2017

Stellungnahme zum Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975 geändert wird (Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2017)

Der österreichische Gewerkschaftsbund dankt für die Übersendung des oben angeführten Gesetzesentwurfs und nimmt wie folgt dazu Stellung.

I. Ausgangssituation

Die gegenständlich geplante Novelle enthält Vorschläge zur Anpassung und Weiterentwicklung des Rechtssystems in Hinblick auf die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse (zB Internetbetrug, Handel im Darknet).¹ Der vorliegende Entwurf regelt im Kern die Anpassung/Modifikation der StPO hinsichtlich der Beschlagnahme von Briefen, Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung, Lokalisierung einer technischen Einrichtung, Überwachung von Nachrichten sowie verschlüsselter Nachrichten von Personen. Waren bisher die geplanten Maßnahme der **verschlüsselten Überwachung** sowie der **Online-Überwachung** de lege lata rechtlich unzulässig, werden diese de lege ferenda zulässig sein.² **Jede Überwachung** nach § 135a StPO (beinhaltet auch die Installation eines Programmes in einem Computersystem ohne Kenntnis des Inhabers oder sonstiger Verfügungsberechtigter) über ein **Kommunikationsnetz** wäre sohin erfasst (durch Chatten übermittelte Daten, auch Übermitteln eines Datenpakets an einen Cloud-Server über einen Cloud-

¹ Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, 3.

² ZB, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Die Anwendung dieser neuartigen Strafverfolgungsmethoden ist außerdem nur bei Vorliegen eines **konkreten** (dringenden) **Tatverdachts** sowie eines **richterlichen Befehls** (*Jahnel*, just 2008/68, Deutschland: Neues Grundrecht auf Vertraulichkeit, 146) zulässig sowie dann, wenn es um ein unter mindestens 5-jähriger Freiheitsstrafandrohung stehendes schweres Verbrechen geht (bereits damals *Morscher/Waitz*, Zum Schutz des Briefgeheimnisses, JBI 2008, 428); vgl *Salimi*, Terrorbekämpfung durch Straf- und Sicherheitspolizeirecht Überlegungen zur „erweiterten Gefahrenerforschung“, „Online-Durchsuchung“ und „Funkzellenabsaugung“, JBI 2013, 702.

Dienstanbieter und das Abspeichern von E-Mail-Entwürfen über ein Webmail-Programm mit Transportverschlüsselung).³

Generell bewirkt diese Novelle (per se) somit einen **massiven Eingriff** in die **Privatsphäre** jedes potenziellen Betroffenen, insbesondere die vorgesehene Befugnis für Ermittlungsmaßnahme auch bei unbestimmter oder unbestimmbarer Zahl von Beteiligten⁴ (seien es Menschen oder Computersysteme). Im Succus steht sohin fest, dass die Novelle das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** (als auch das in Deutschland existierende „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“⁵) einschränkt.⁶ Auch wäre die **Pressefreiheit** dadurch massiv gefährdet, da Hinweisgebersysteme an die Presse oft verschlüsselt, also unter Wahrung der Anonymität erfolgen.⁷ Selbst wenn dieses **abstrakte Gefährdungspotenzial** nicht mit Situationen wie in der Türkei (bei unterschiedlichen politischen Konstellationen) vergleichbar ist (dort erfolgt die behördliche Verfolgung unter dem Titel der Terrorismusbekämpfung), so ist es sehr wohl **gegeben**. Diese⁸, unserer Ansicht nach **rechtssoziologischen, rechtspolitischen** und **rechtsphilosophischen unzulässigen Einschränkungen** führen zusehends zu **Einschränkungen der effektiven Grundrechte** (ex titulo gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Sicherheitspolitik).⁹ Aufgrund dieser sensiblen Eingriffe – mögen diese auch überwiegend grundrechtlich zulässig sein – stehen wir der Novelle **rechtssoziologisch, rechtsphilosophisch** und **rechtspolitisch** außerordentlich kritisch gegenüber, denn das führt im Ergebnis wertungsmäßig dazu, dass **Grundrechte** zu einer **Leerformel** werden.¹⁰

II. Rechtliche Situation

Die gegenständliche Novelle muss unter anderem gemäß dem Erkenntnis des VfGH zur Vorratsdatenspeicherung beurteilt werden. Der VfGH judizierte in G47/2012 v 27.06.2014, dass „der Einzelne und seine freie Persönlichkeitsentfaltung nicht nur auf die öffentliche, sondern auch auf die vertrauliche Kommunikation in der Gemeinschaft angewiesen sind;

³ EB 9.

⁴ EB 5.

⁵ In Ö noch nicht rechtlich, aber nach der Diktion des dBVerfG in Deutschland als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsgrundrecht bestehende Grundrecht. Dies ist vgl mit Art 8 EMRK.

⁶ BVerfG 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 vom 27. 2. 2008, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html (28. 2. 2008).

⁷ Reporter ohne Grenzen, Rang 155 (vorher 151); http://www.rog.at/wp-content/uploads/2017/04/Rangliste_der_Pressefreiheit_2017_-_Reporter_ohne_Grenzen.pdf (07.08.2017).

⁸ Rechtspositive/rechtsdogmatische prima vista zulässige Einschränkungen.

⁹ Dieser Befund wird auch nicht durch das vom Gesetzgeber in den EB 5,6 zit Urteil des dBVerfG v 06.07.2016, BVR 1454/13 sowie der Stellungnahme des OGH geändert. Das dBVerfG beruft sich darauf, dass das allenfalls damit verbundene quantitative Mehr an überwachter Kommunikation im Vergleich zur Telefonüberwachung regelmäßig dadurch aufgewogen wird, dass lediglich Einzelakte einer oft nur kurzen und oberflächlichen Telekommunikation zur Kenntnis genommen werden und bei der Internetnutzung Akte der höchstvertraulichen Kommunikation nur einen kleinen Teil darstellen, der bei der Überwachung miterfasst zu werden droht, der aber nicht – wie die Überwachung des Rückzugsbereichs der Wohnung – typusprägend ist, sodass die Internetüberwachung sogar weit weniger eingriffsintensiv als eine Hausdurchsuchung ist. Die Argumentation ist uA nach naiv und verfehlt, denn im Ergebnis wird ein vollständiges, komplementäres „Charakter“ Profil aufgrund dieser technisch fragmentierten Daten mit quantitativen statistischen Auswertungsverfahren sehr einfach möglich.

¹⁰ Grds sowie ausführlich dazu *Luhmann*, Grundrechte als Institution – Ein Beitrag zur politischen Soziologie³, 169.

die Freiheit als Anspruch des Individuums und als Zustand einer Gesellschaft wird bestimmt von der Qualität der Informationsbeziehungen.“¹¹

A. Grundrechtskonformität

1. Isolierter Anwendungsbereich der StPO (Anwendungsbereich im engeren Sinne)

Die gegenständliche Novelle berücksichtigt und setzt – soweit nach dem derzeitigen rechtlichem Wissensstand überblickbar – die verfassungsrechtlichen, europa(grund)rechtlichen sowie die EMRK-Grundlagen und die hierauf ergangene Rsp sowie die hL im Schrifttum um. Legistisch werden sohin die **strengen ex-lege Maßstäbe sowie Grundrechtsschranken** für einen **Eingriff**¹² für die in Österreich **geltenden Grundrechte** (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens des Art 8 EMRK, Fernmeldegeheimnis des Art 10a StGG und Grundrecht auf Datenschutz des § 1 DSGVO¹³ bzw Art 1, 6, 10 DSGVO iVm § 1 Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018) in (fast) allen Bereichen der Novelle und deren isolierten Anwendungsbereich in der StPO **beachtet**.¹⁴

2. Weiter, komplementärer Anwendungsbereich

Analysiert man die Novelle gemäß bisher bestehender Rechtsnormen der gesamten Rechtsordnung zur Überwachung in Gesamtperspektive¹⁵, dann ergibt sich folgendes „Überwachungs-Gesamtrechnung-Resultat (die Operationalisierbarkeit ist jedoch als kritisch zu bewerten¹⁶)¹⁷: Die **Grundrechtskonformität** der Novelle ist uA nach durch die **Summe aller Eingriffe** in der **Gesamtrechtsordnung** nicht mehr gegeben.¹⁸

B. Konkret keine bzw zweifelhafte Grundrechtskonformität

1. Überwachung verschlüsselter Nachrichten (§ 135a Abs 1 StPO)

Leg cit Abs 1 Z 3 normiert als **Tatbestandsvoraussetzung** ua § 31 Abs 3 StPO für sog „**minderschwere**“ Delikte (im Vergleich zur Intention der Verhinderung terroristischer Anschläge), die sachlich **keinen** bzw marginalen **Bezug** zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens (durch Vorschläge zur Anpassung und Weiterentwicklung des Rechtssystems im Hinblick auf die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse) haben (zB Internetbetrug, Handel im Darknet).¹⁹

¹¹ VfGH 27.06.2014, G47/2012; vgl weiters auch *Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, 18. ÖJT, 2012, Band I/1, 22).

¹² Insb sind die Eingriffsvoraussetzungen, wie etwa Notwendigkeit des Eingriffs und Tatschwere sowie Verhältnismäßigkeitsüberlegungen gegeben.

¹³ Näher bereits justIT 2008/19, 7 f.

¹⁴ Obgleich final nur die nationalen sowie europäischen Höchstgerichte dies klären werden können.

¹⁵ Insb SPG, PStSG, TKG.

¹⁶ So *Kühling*, Datenschutz gegenüber öffentlichen Stellen im digitalen Zeitalter, Die Verwaltung 44, 2011, 525 (541 f)

¹⁷ DBVerfG 112, 304 (316-321).

¹⁸ So *Kühling*, Datenschutz gegenüber öffentlichen Stellen im digitalen Zeitalter, Die Verwaltung 44, 2011, 525 (541 f)

¹⁹ Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, 3.

Das bedeutet, dass nach § 31 Abs 3 Z 2-4 leg cit bei folgenden Straftaten eine **Überwachung verschlüsselter Nachrichten zulässig** wäre:

Straftaten der Verbrechen der Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB); der Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB); der Tötung eines Kindes bei der Geburt (§ 79 StGB); der Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 131 StGB); der Gewaltanwendung eines Wilderers (§ 140 StGB); des minderschweren Raubes (§ 142 Abs. 2 StGB); der Verbrechen der geschlechtlichen Nötigung (§ 202 StGB); des sexuellen Missbrauchs einer wehrlosen Person (§ 205 StGB); des sexuellen Missbrauchs von Unmündigen (§ 207 StGB); des Vergehens der schweren gemeinschaftlichen Gewalt und des Verbrechens oder Vergehens des Landzwangs (§§ 274 und 275 StGB); des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt (§ 302 StGB); des Vergehens des schweren Diebstahls (§ 128 Abs. 1 Z 5 StGB); des Verbrechens des gewerbsmäßig schweren Diebstahls (§ 130 Abs. 2 erster Fall StGB); der Vergehen der Entziehung von Energie (§ 132 Abs. 2 erster Fall StGB); der Veruntreuung (§ 133 Abs. 2 erster Fall StGB); des schweren Betrugs (§ 147 Abs. 2 StGB); der Untreue (§ 153 Abs. 3 erster Fall StGB); der Verbrechen der betrügerischen Krida (§ 156 Abs. 1 StGB); der Schädigung fremder Gläubiger (§ 157 StGB), wenn der durch die Tat herbeigeführte Schaden 50.000 Euro übersteigt oder die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begangen wurde oder sich jeweils der Vorsatz darauf erstreckt; strafbare Handlungen, für die das Landesgericht auf Grund besonderer Bestimmungen zuständig ist.

Dies ist uA nach **grundrechtswidrig**, da bei den Straftatbeständen nach § 31 Abs 3 Z 2-4 StPO die **materiellen Voraussetzungen** des öffentlichen Interesses an der Durchführung der Maßnahme und das **legitime Ziel** einerseits, als auch die gesetzgeberische Abwägung der Tatschwere gegenüber den Eingriffen in **Persönlichkeitsrechte** des Verdächtigen sowie in subjektive Rechte der ggf durch die Maßnahme auch betroffenen, unbeteiligten Dritten andererseits, nach uA **(grund)rechtlich nicht gegeben** ist. Es werden in concreto keine besonders bedeutsamen Rechtsgüter geschädigt. Und es werden Handlungen im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung kriminalisiert und die Strafbarkeit vorverlagert.²⁰ UA wird wertungsmäßig durch das rezente Judikat des dBVerfG v 20. 4. 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 bestätigt, nachdem „Vorfeldermittlung nur dann zulässig ist, wenn das „individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie in überschaubarer Zukunft terroristische Straftaten begeht. Bei nichtterroristischen Straftaten müsse „ein wenigstens nach seiner Art konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar“ sein.“²¹

Es fehlt sohin zumindest auch die Tatbestandsvoraussetzung der personenbezogenen Gefährlichkeitsprognose, konkretisierte Gefahrenlage (vor allem auch Dritte betreffend), die stets auf hinreichend aussagekräftigen Tatsachen beruhen muss.²² „Bereits lose Kontakte mit potenziellen Exponenten“ (Dritter) „verfassungs- sowie rechtsfeindlicher Bestrebungen könnten hierfür ausreichen. Zudem sind potenziell gezielte Überwachungen

²⁰ Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 38 mV auf das BVerfG.

²¹ *Salimi*, Der polizeiliche Staatsschutz - Schutz oder Bedrohung der Freiheit? Eine Analyse aus polizeirechtlicher Sicht, ÖJZ 2017/19, 116, der wiederum das dBVerfG-Judikat zitiert.; vgl BeckOK PolR *Bayern/Bär*, 4. Ed. 20.4.2017, PAG Art. 34a Rn. 72, 78a, 82.

²² Vgl BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 112, 320; Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 39.

gegen Unverdächtige möglich. Dies genügt nicht den Anforderungen an die Eingrenzung des Betroffenenkreises für eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen.“²³ Die StPO-Novelle enthält daher keine grundrechtskonforme Ermächtigung zu den in ihr ausdrücklich genannten eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen. Die Novelle ermöglicht, „Überwachungen pauschal mit dem Ziel, schwere Gefahren abzuwehren oder schweren Straftaten vorzubeugen. Ein Bezug des Überwachungsziels zu der konkreten Gefahr, die den Überwachungsanlass bildet, wird nicht gefordert.“. So „könnte danach eine konkret eingetretene Gefahr als Ausgangspunkt nutzen, um ein weiterreichendes strategisches Überwachungsziel zu verfolgen und bei Gelegenheit dieser Gefahr den Betroffenen der Überwachung und sein Umfeld weitwinklig auszuleuchten. Die verfassungsrechtliche Mindesteingriffsschwelle der konkreten Gefahr für ein besonders bedeutsames Rechtsgut wird daher verfehlt, wenn eine Überwachung lediglich als Anlass eine solche Gefahr voraussetzt, das Überwachungsziel aber nicht auf die Abwehr der Gefahr beschränkt.“ Und des Weiteren, sich „gegen Nichtverantwortliche richtet.“²⁴

Zusätzlich ist diese sogenannte „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ uA nicht grundrechtskonform. Denn der „Umstand allein, dass jemand eine Straftat plant (vor der Tatbegehung noch so erhebliche Hürden zu überwinden, konkrete Straftat nicht einmal grob konturiert absehbar oder ihre Begehung sehr unwahrscheinlich), begründet jedoch noch nicht zwangsläufig eine Gefahr für die Rechtsgüter, die durch diese Straftat verletzt würden.“²⁵ Damit wären schon Gedanken (wie bei Orwell die sog **Gedanken-Verbrechen**) strafbar.

Darüber hinaus fehlen kernbereichsgeschützte (immunisierte) Regelungen zum Schutz der privaten Lebensgestaltung, wie **explizite formelle gesetzliche Regelungen** zur Löschung. Des Weiteren sieht die Novelle nicht vor, eine Erhebung von kernbereichsrelevanten Daten nach Möglichkeit durch informationstechnische Mittel zu vermeiden.²⁶

Zusätzlich fehlen hinreichende verfassungsrechtliche transparenzschaffende Vorgaben, denn eine Benachrichtigung des Betroffenen (in jedem Sinne) im Anschluss an eingriffsintensive verdeckte Überwachungsmaßnahmen ist nicht im **gebotenen Ausmaß** gewährleistet. Auch ist der Auskunftsanspruch des Betroffenen (in jedem Sinne) über ihn betreffende Datenverarbeitungen zu restriktiv respektive nicht hinreichend ausgestaltet.²⁷

Wir **lehnen** daher nach den oa Ausführungen § 135a Abs Z 3 iVm § 31 Abs 3 2-4 StPO **ab** und regen an, diesen **ersatzlos** zu **streichen**. Des Weiteren ersuchen wir die nach uA nach erforderliche (fehlende) Grundrechtskonformität nach den ao Ausführungen zu gewährleisten.

²³ Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 30 f mV auf das BVerfG.

²⁴ Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 31 mV auf das BVerfG.

²⁵ Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 31 mV auf das BVerfG.

²⁶ Vgl Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 46 mV auf das BVerfG.

²⁷ Vgl ausführlich Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 51 mV auf das BVerfG.

2. IMSI-Catcher (§§ 134 Z 2a, 135 Abs 2a StPO)

Die Novelle sieht keine richterliche Bewilligung hierfür vor. Wir **fordern** eine **vorab zwingende richterliche Bewilligung**. Des Weiteren erachten wir diese Bestimmung als grundrechtswidrig. Denn sie ermöglicht, „ein umfassendes Bewegungsprofil des Betroffenen zu erstellen, mit dessen Hilfe auch das zukünftige Bewegungsverhalten prognostiziert werden kann. Zudem können die Ortungsdaten mit weiteren – auch öffentlich zugänglichen – Daten verknüpft werden, um weitreichende Aussagen über die Lebensgestaltung des Betroffenen zu ermöglichen.“²⁸

3. Überwachung im Auto (§ 136 Abs 1a StPO)

Wir sind gegen die akustische Überwachung von Personen in Fahrzeugen nach § 136 Abs 1 StPO. De lege ferenda soll nun auch bei einer Straftat – bisher 10 Jahren Freiheitsstrafe –, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten bedroht ist, eine Überwachung möglich sein. Dies stellt einen **nicht zu rechtfertigenden Eingriff** in die Grundrechte dar. Denn in concreto sind auch hier die **materiellen Voraussetzungen** des öffentlichen Interesses an der Durchführung der Maßnahme und das **legitime Ziel** einerseits, als auch die gesetzgeberische Abwägung der Tatschwere gegenüber den Eingriffen in **Persönlichkeitsrechte** des Verdächtigen sowie in subjektive Rechte der ggf durch die Maßnahme auch betroffenen, unbeteiligten Dritten andererseits, nach uA **(grund)rechtlich nicht gegeben**.

4. Beweisverwertungsverbot (§ 140 Abs 1 Z 4 StPO)

In concreto kann das **Verwertungsverbot** des § 140 Abs 1 Z 4 StPO iVm §§ 281 Abs 1 Z 3, Abs 3 StPO (als relativer Nichtigkeitsgrund) in der Hauptverhandlung simpel seiner **Sanktionswirkung** beraubt werden. Indem statt der unrechtmäßig erhobenen Beweise mittels Überwachung verschlüsselter Nachrichten (die nicht verwertet werden durften, weil diese sich nachteilig auf das Urteil auswirken) nun diese Ergebnisse durch die Vernehmung von Zeugen über diese verwertet werden. Letztere Beweismittel haben als Kontrollbeweise keinen Einfluss auf das Urteil und daher ist die Nichtigkeit sanktionsimmunisiert.

III. Rechtssoziologische, -philosophische sowie rechtspolitische Analyse

Die gegenständliche Novelle ermöglicht (auch) eine höchst problematische **Online-Überwachung** im **weiteren Sinne** (= unabhängig vom Bestehen eines Kommunikationsvorgangs; sämtlicher Rechner-, Konsolen sowie Spieleaktivitäten einer Person²⁹). Auch die Klarstellung in den EB, dass ein Screenen von lokalen Adressbüchern oder Kontaktverzeichnissen hingegen – im Gegensatz zur Zulässigkeit von Stamm-, Zugangs- und Verkehrsdaten – nicht zulässig sein soll, stellt mehr den **Wunsch** als **(rechtssoziologische) Realität** dar. Die hierbei ermittelten Informationen lassen Rückschlüsse zu auf die Gewohnheiten, Vorlieben, intimste Gedanken und Wünsche von

²⁸ Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 38 mV auf das BVerfG.

²⁹ Vgl *Salimi*, Terrorbekämpfung durch Straf- und Sicherheitspolizeirecht Überlegungen zur „erweiterten Gefahrenerforschung“, „Online-Durchsuchung“ und „Funkzellenabsaugung“, JBI 2013, 704.

Menschen, auf ihre sexuelle, religiöse und weltanschauliche Orientierung.³⁰ Damit kann ein umfassendes Persönlichkeitsprofil der „überwachten“ Person erstellt werden; also mehr als ihr bloßes Verhalten.³¹

Und die in der Novelle **vorgesehene richterliche Kontrolle** ist (rechtssoziologisch) realistisch – wie Vernier dies bereits 2009 beschrieb – zu bewerten: „Das Gericht muss sich auf die Angaben des Staatsanwalts, dieser auf den Bericht der Polizei verlassen, die ihm den Fall in der Regel düster und bedrohlich schildert. Für eine Überprüfung der Verdachtsmomente bleibt nach Meinung der Beteiligten in der Regel kaum Zeit, und wenn, lässt sie das Gericht wieder nur durch die Polizei vornehmen. Außerdem ist es jetzt üblich, dass Richter die Bewilligung von Zwangsmitteln nicht mehr selbst begründen, sondern die Begründung durch einen Vordruck ersetzen. Er lautet: „Die Anordnung der Staatsanwaltschaft wird aus den in der Anordnung angeführten Gründen bewilligt.“ Wenn der Richter die Bewilligung nicht erteilen möchte, müsste er sehr wohl eine Begründung verfassen. So wird dem Richter die Bewilligung, nicht die Ablehnung von Grundrechtseingriffen leicht gemacht.“³²

Und Venier stellte 2009 weiters prägnant und trefflich fest, dass „in Wahrheit uns auch die Online-Durchsuchung nicht vor wahnwitzigen Terroristen schützen kann, aber der Verzicht auf sie kann uns die Freiheit erhalten, die wir brauchen, wenn wir unseren PC einschalten und den Gedanken freien Lauf lassen. Die Online-Durchsuchung wäre ein nicht zu verantwortender Anschlag auf diese Freiheit. Wer die Online-Durchsuchung gegen Terrorismusverdächtige, ja gegen Verdächtige bloßer Vorfelddaten wie § 278 b StGB erlaubt, sieht sich bald mit der Forderung konfrontiert, sie generell gegen Verdächtige „schwerwiegender Taten“ zu erlauben. Die Online-Durchsuchung „im Kampf gegen den Terror“ wäre nur der Anfang!“³³ Jeder Terroranschlag, jeder Amoklauf soll nun nach der Intention des Gesetzgebers die Einschränkung der Grund- und Freiheitsrechte legitimieren.³⁴ Pointiert – wie Wolff es formuliert – „Der Staat als Einbrecher, und zwar in jene Privatsphäre der Bürger, zu deren Schutz und Achtung er verpflichtet ist?“

Wir teilen Veniers und Wolffs rechtssoziologische kritische Ansichten. Die geplanten Maßnahmen stellen **riskante**, mit **Missbrauchspotenzial** behaftete Maßnahmen dar.³⁵ UA nach führt dies zu einer Situation, in der „Recht zu Unrecht wird“: Und „wo Recht zu Unrecht wird, wird Widerstand zur Pflicht (...)“.³⁶ Deswegen und gemäß den ao

³⁰ Venier, Die Online-Durchsuchung. Oder: Die Freiheit der Gedanken, Österreichisches Anwaltsblatt 2009/11, 480.

³¹ Vgl. Salimi, Terrorbekämpfung durch Straf- und Sicherheitspolizeirecht Überlegungen zur „erweiterten Gefahrenerforschung“, „Online-Durchsuchung“ und „Funkzellenabsaugung“, JBI 2013, 704.

³² Venier, Die Online-Durchsuchung. Oder: Die Freiheit der Gedanken, Österreichisches Anwaltsblatt 2009/11, 485; sog. „Stampiglien-Bewilligungen“.

³³ Venier, Die Online-Durchsuchung. Oder: Die Freiheit der Gedanken, Österreichisches Anwaltsblatt 2009/11, 480 mV auf Zerbos. Venier weist hierbei auf die Forderung eines deutschen Staatsanwaltes auf dem 18. Forum der StaatsanwältInnen in Innsbruck hin – unter dem Beifall seiner österreichischen KollegInnen – auch Mörder, Drogenhändler und andere Verbrecher mit Online-Durchsuchung überführen zu dürfen.

³⁴ So auch Wolff, AnwBl 2016, 663: Anwaltstag 2016: Eröffnungsrede von ÖRAK-Präsident Dr. Rupert Wolff.

³⁵ Grds zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme dBVerfG 27.02.2008, 1BvR 370/07.

³⁶ Brecht (https://de.wikiquote.org/wiki/Diskussion:Bertolt_Brecht, 07.08.2017); „verkürzte, säkularisierte Fassung eines Lehrwortes von Papst Leo XIII. aus dem 19. Jahrhundert. Er begründete damit das Widerstandsrecht gegen despotische Gesetze, die gegen das Naturrecht verstoßen.“ (https://de.wikiquote.org/wiki/Diskussion:Bertolt_Brecht, 07.08.2017).

Ausführungen lehnen wir diese Ausweitung der geplanten Überwachungsbefugnisse ab. Denn diese sind uA nach **unzulässig** und **unverhältnismäßig**.³⁷

Im Entwurf sind keine strengen (physischen) **Vernichtungsregelungen** von unzulässig ermittelten oder für die Untersuchung nicht bedeutsamen Daten, kein **Verwertbarkeitsverbot** von Zufallsfunden³⁸, von unrechtmäßig erfolgten Daten aus der Überwachung im Auto sowie keine Implementierung von **Verwertungs-** bzw. **Verwendungsverboten** von Beweismitteln im Strafverfahren für die ZPO vorgesehen (obgleich in den EB, 4 zu Z 8, 11, 14 und 25 bis 28 kommentiert sowie angekündigt). Auch fehlt die explizite **verschuldensunabhängige Haftung** des Bundes für Schäden, die durch eine Überwachung von Nachrichten, die im Wege eines Computersystems übermittelt werden, verursacht wurde (§ 148 StPO³⁹, obgleich in den EB, 12 zu Z 35 kommentiert sowie angekündigt).

IV. Fazit und Empfehlungen

„Those who would give up essential Liberty, to purchase a little temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety (Benjamin Franklin).“⁴⁰

„Wer Sicherheit der Freiheit vorzieht, ist zu Recht ein Sklave.“ (Aristoteles)⁴¹

„Einen Staat, der mit der Erklärung, er wolle Straftaten verhindern, seine Bürger ständig überwacht, kann man als Polizeistaat bezeichnen.“ (Ernst Benda, ehemaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts)

„Es ist eine Ironie der Geschichte, dass staatliche Überwachung bei einer wachsenden Zahl von Menschen, die mit dieser Politik geschützt werden sollen, selbst terroristische Effekte erzeugt: die Angst immer und überall Opfer von staatlichen Angriffen auf die eigene Privatsphäre zu werden.“⁴²

Es fehlt in der geplanten Novelle zumindest auch die Tatbestandsvoraussetzung der personenbezogenen Gefährlichkeitsprognose, konkretisierten Gefahrenlage (vor allem von Dritten), die allerdings auf hinreichend aussagekräftigen Tatsachen beruhen muss.⁴³

„Bereits lose Kontakte mit potenziellen Exponenten“ (Dritter) „verfassungs- sowie rechtsfeindlicher Bestrebungen könnten hierfür ausreichen. Zudem ist potenziell gezielte Überwachungen gegen Unverdächtige möglich. Dies genügt nicht den Anforderungen an

³⁷ Vgl. *Salimi*, Terrorbekämpfung durch Straf- und Sicherheitspolizeirecht Überlegungen zur „erweiterten Gefahrenforschung“, „Online-Durchsuchung“ und „Funkzellenabsaugung“, JBl 2013, 704.

³⁸ *Pilnacek*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, Strafprozessreform 2016, 17.

³⁹ *Pilnacek*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, Strafprozessreform 2016, 17.

⁴⁰ In Anlehnung an *B. Franklins* Zitat, welches sich aber auf Steuern und nicht auf Freiheit bezog: <https://techcrunch.com/2014/02/14/how-the-world-butchered-benjamin-franklins-quote-on-liberty-vs-security/> (02.07.2017); <http://www.klartext-jura.de/2015/05/18/freiheit-und-sicherheit-was-benjamin-franklin-wirklich-sagte/> (02.07.2017 mV auf *Pennsylvania Assembly: Reply to the Governor, Printed in Votes and Proceedings of the House of Representatives, 1755-1756* (Philadelphia, 1756), 19-21. (November 11, 1755), <http://franklinpapers.org/franklin/framedVolumes.jsp?vol=6&page=238a>.

⁴¹ Wird Aristoteles zugeschrieben.

⁴² https://epicenter.works/HEAT_veroeffentlichung (07.08.2017) mit Zitat von *Kreissl* sowie https://epicenter.works/sites/default/files/heat_1.1_0.pdf (07.08.2017).

⁴³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 112, 320; Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 27

die Eingrenzung des Betroffenenkreises für eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen.“⁴⁴ Die StPO-Novelle enthält im Ergebnis uA daher keine grundrechtskonforme Ermächtigung zu den in ihr ausdrücklich genannten eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen.

Die geplante Novelle weist sohin sachlich **keinen** bzw marginalen **Bezug** zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens (durch Vorschläge zur Anpassung und Weiterentwicklung des Rechtssystems im Hinblick auf die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse) auf.⁴⁵ Insb ist uA auch die Pressefreiheit berührt, wenn nicht sogar gefährdet. Die **Grundrechtskonformität** der Novelle auf Basis des Überwachungs-Gesamtrechnung-Resultats ist uA nach durch die **Summe aller Eingriffe** in der **Gesamtrechtsordnung** nicht mehr gegeben.⁴⁶ Dies führt weiters im Ergebnis wertungsmäßig dazu, dass **Grundrechte** zu einer **Leerformel** werden.⁴⁷

Wir regen daher an, **generell** auf die geplanten Maßnahmen der **Überwachung** von **verschlüsselter Kommunikation** sowie der **akustischen Überwachung in Fahrzeugen** zu **verzichten**.

Falls unsere Anregungen des Verzichts nicht berücksichtigt werden, so sollte bei der Umsetzung der Novelle zumindest folgendes beachtet werden:

1. Wir **lehnen § 135a Abs Z 3 iVm § 31 Abs 3 StPO ab** und regen an, diesen ersatzlos zu streichen.
2. Nur angemessene und wirkungsvolle Garantien qua **effektiver, öffentlicher Kontrollmechanismen** können vor Missbräuchen der elektronischen staatlichen Überwachungs- und Durchsuchungsbefugnisse hinreichend schützen. Deswegen ist es wünschenswert, dass ein erhöhter Schutz vor Fehlentscheidungen der geplanten Maßnahmen bevorzugter Weise realisiert wird durch eine diesbezügliche Vorab-Genehmigungsbefugnis des § 31 Abs 5 StPO des Landesgerichts als Senat von **drei Richtern**.⁴⁸
3. Der **Datenschutzbehörde** sollte (dem automationsunterstützten Datenabgleich folgend) eine **Rechtsmittellegitimation** zuerkannt werden (iSd § 142 Abs 4 StPO), da jedenfalls personenbezogene Daten des Verdächtigen, aber auch von unbeteiligten Betroffenen von den Ermittlungsbehörden in großem Ausmaß verwendet werden.⁴⁹
4. **Ausnahmslose Verständigung** sämtlicher Personen, deren Daten ermittelt wurden und ausnahmslose Etablierung umfänglicher Beschwerdemöglichkeiten in jedem Verfahrensstadium (auch wenn es nicht zum Strafverfahren kommt).⁵⁰

⁴⁴ Verfassungsbeschwerde gegen das Bayerische Verfassungsschutzgesetzes (BayVSG) v 21.07.2017, 30 f mV auf das BVerfG.

⁴⁵ Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, 3.

⁴⁶ So *Kühling*, Datenschutz gegenüber öffentlichen Stellen im digitalen Zeitalter, Die Verwaltung 44, 2011, 525 (541 f)

⁴⁷ Grds sowie ausführlich dazu *Luhmann*, Grundrechte als Institution – Ein Beitrag zur politischen Soziologie³, 169.

⁴⁸ So bereits Online-Durchsuchung: Rechtliche und technische Überlegungen, jusIT 2008, Seite 8.

⁴⁹ So bereits Online-Durchsuchung: Rechtliche und technische Überlegungen, jusIT 2008, Seite 8.

⁵⁰ *Pilnacek*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, Strafprozessreform 2016, 17.

5. Strenge (insb physische) **Vernichtungsregelungen** von unzulässig ermittelten oder für die Untersuchung nicht bedeutsamen Daten sowie keine Verwertbarkeit von Zufallsfunden.⁵¹ Implementierung von eindeutigen **Verwertungs-** bzw. **Verwendungsverböten** sowohl in der StPO und auch in der ZPO von **unrechtmäßig erfolgten Ermittlungen** bzw Ergebnissen von **Überwachungen** im Auto.

6. **Explizite Verschuldensunabhängige Haftung** des Bundes für Schäden, die durch eine Überwachung von Nachrichten, die im Wege eines Computersystems übermittelt werden, verursacht wurden (§ 148 StPO).⁵²

7. Aufnahme in den **jährlichen Bericht** über besondere Ermittlungsmaßnahmen, der Nationalrat, Datenschutzrat und Datenschutzbehörde vorzulegen ist.⁵³

Wir bedanken uns für die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme und ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen sowie Vorschläge und Empfehlungen.



gf. Renate Anderl
Vizepräsidentin



Mag.(FH) Roland Pichler
Leitender Sekretär

⁵¹ *Pilnacek*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, Strafprozessreform 2016, 17.

⁵² *Pilnacek*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, Strafprozessreform 2016, 17.

⁵³ *Pilnacek*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, Strafprozessreform 2016, 27.