Univ.-Prof. Hon.-Prof. Dr.
Susanne Reindl-Krauskopf

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Schenkenstr. 4
A- 1010 Wien, Österreich
T +43 (1) 4277-346 11
susanne.reindl@univie.ac.at

An die
Parlamentsdirektion
1017 Wien
Per E-Mail:
Ausschussbegutachtung.Justizausschuss@parlament.gv.at

Wien, am 27. März 2018

Regierungsvorlage: Bundesgesetz, mit dem die Strafprozeßordnung 1975, das Staatsanwaltschaftsgesetz und das Telekommunikationsgesetz 2003 geändert werden (Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2018) (17 der Beilagen)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich danke für die Einladung, eine Stellungnahme zur oben genannten Regierungsvorlage abzugeben. Im Folgenden komme ich dieser Einladung gerne im Rahmen punktueller Ausführungen nach, die sich thematisch nach den in der Regierungsvorlage enthaltenen Maßnahmen gliedern.

Hochachtungsvoll,

Susanne Reindl-Krauskopf

I. Lokalisierung einer technischen Einrichtung

(§§ 134 Z 2a ff StPO)

Den Ausführungen in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird insofern beigepflichtet, als der Einsatz des so genannten IMSI-Catchers ein in der Strafverfolgungspraxis wesentliches Instrument ist. Allerdings erscheint – entgegen der Darstellung in den Erläuterungen – das derzeitige Vorgehen auf Basis der §§ 134 Z 2 und 135 Abs 2 StPO vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips des § 5 StPO keineswegs unproblematisch, weil bei behördeneigenem Einsatz des IMSI-Catchers weder eine „Auskunft" iSd § 134 Z 2 StPO verlangt oder erteilt wird noch die derzeit systematisch vorgesehene Mitwirkung eines Telekommunikations- oder Diensteanbieters erfolgt. Sowohl mit Blick auf die Bedeutung der Maßnahme als auch mit Blick auf § 5 StPO wird eine ***explizite eigenständige Rechtsgrundlage ausdrücklich begrüßt***.

Die getroffene Regelung erscheint sowohl hinsichtlich der ***Definition*** in § 134 Z 2a StPO neu wie auch betreffend die ***materiellen Eingriffsbefugnisse sachgerecht*** und ***ausgewogen***. Das trifft auch auf die weiteren Regelungen der §§ 140, 144, 145 und 147 StPO neu zu.

Einzig die ***formelle Voraussetzung des § 137 Abs 1 Satz 1 StPO neu***, wonach für den Einsatz des IMSI-Catchers keine gerichtliche Bewilligung notwendig, sondern eine staatsanwaltschaftliche Anordnung ausreichend sein soll, gibt Anlass zu Bedenken: Werden Standortdaten auf Basis des § 135 Abs 2 Z 3 oder Z 4 StPO erhoben, bedarf es einer richterlichen Bewilligung. Diesen Maßnahmen steht ein IMSI-Catcher-Einsatz wesentlich näher als einem Vorgehen nach § 76a StPO, weil auch der Einsatz eines IMSI-Catchers geeignet ist, die mit Kommunikationsvorgängen verbundenen Daten – anders als die Maßnahmen des § 76a StPO – nicht nur punktuell zu erfassen, sondern weiterreichende Datenerhebungen zu bewerkstelligen. Aber auch mit einer Observation unter Einsatz technischer Hilfsmittel (§ 130 Abs 3 StPO) ist der Einsatz des IMSI-Catchers – entgegen den Erläuterungen – kaum vergleichbar, wird doch bei der Observation weder in einen Kommunikationsvorgang eingriffen noch dieser berührt. Insofern steht der IMSI-Catcher-Einsatz anderen Standorterhebungen im Rahmen des § 135 StPO bezüglich der Intensität des Grundrechtseingriffs wesentlich näher als der Observation. Aufgrund der grundsätzlichen ***Reichweite des Grundrechtseingriffs und seiner Nähe zu Eingriffen in Kommunikationsvorgänge*** wäre eine ***richterliche Vorabkontrolle*** nach der bisherigen Systematik der StPO ***sachlich geboten***.

II. Anlassdatenspeicherung

(§§ 134 Z 2b ff StPO; §§ 99 Abs 2 und 109 Abs 3 Z 23 TKG)

Die Anlassdatenspeicherung iSd § 134 Z 2b StPO neu erscheint als grundsätzlich ausgewogene Maßnahme, die tatsächlich zu keiner „Massenspeicherung" von Kommunikationsdaten führt. ***Positiv*** ist in diesem Zusammenhang die ***präzise Umschreibung der betroffenen Datenkategorien*** durch doppelten Verweis auf § 134 Z 2 StPO und § 99 Abs 2 TKG hervorzuheben, womit klargestellt wird, dass es sich nur um Daten handeln darf, die beim jeweiligen Betreiber als Verrechnungsdaten grundsätzlich gespeichert werden dürfen. Ebenso wichtig ist die ***dreifach abgesicherte Löschungsverpflichtung*** (§ 138 Abs 2 StPO neu, § 99 Abs 2 Z 4 und § 109 Abs 3 Z 23 TKG neu) für den Fall, dass die angeordnete Aufbewahrungsfrist abgelaufen ist oder die Staatsanwaltschaft die Löschung der Daten selbst anordnet. In Anbetracht des geringeren Grundrechtseingriffs im Vergleich zum Zugriff auf die relevanten Daten erscheint auch eine ***Anordnungskompetenz der Staatsanwaltschaft*** ohne Rückbindung an eine gerichtliche Bewilligung ***vertretbar***.

Eine – derzeit nicht vorgesehene – Erweiterung des § 144 Abs 3 und folglich § 147 Abs 1 StPO um die Maßnahme nach § 134 Z 2b StPO neu wäre erwägenswert: Zwar werden durch das bloße „Einfrieren" von bereits beim Betreiber vorhandenen Daten keine Beweisergebnisse ieS geschaffen. Doch spricht für eine Erweiterung nicht nur, dass der in den Gesetzesmaterialien wiederholt zitierte EuGH im Zusammenhang mit der Datenspeicherung auf Vorrat auch immer wieder die Schutzbedürftigkeit von Berufsgeheimnissen und deren Trägern betont hat (ua EuGH, C-203/15 und C-698/15 vom 21.12.2016 insbes Rn 105 mwN), sondern auch, dass in der Tat bereits durch die Anordnung, die Daten weiter zu speichern, ein Grundrechtseingriff erfolgt. Zwar erscheint es für einen solchen Eingriff aufgrund dessen vergleichsweise geringerer Intensität nicht notwendig, ihn an die Ermächtigung des Rechtsschutzbeauftragten zu binden, aber eine Information an diesen sollte ergehen, um ihm auch eine entsprechende Kontrollmöglichkeit zu eröffnen.

Von größerer Bedeutung ist allerdings die ***Regelung zur Befristung der Maßnahme***: § 135 Abs 2b StPO neu besagt, dass die Maßnahme „nur für jenen Zeitraum angeordnet werden [darf], der zur Erreichung des Zwecks voraussichtlich erforderlich ist, längstens jedoch für zwölf Monate." Die ***systematische Stellung*** dieser Befristung überrascht, wird doch üblicherweise zwischen materiellen Eingriffsvoraussetzungen (§ 135 StPO) und formellen Voraussetzungen (§§ 137 ff StPO) getrennt und gerade die Dauer der Anordnung einer Maßnahme in § 137 Abs 3 StPO angesprochen. Überdies betonen die Materialien zwar, dass die Speicherfrist im Sinne der EuGH-Rechtsprechung und des Verhältnismäßigkeitsgebots des § 5 StPO „individuell in der Anordnung zu bestimmen und mit höchstens zwölf Monaten begrenzt" ist (17 ErlRV XXVI.GP 7), was

ebenso wie die verschiedenen Löschungsverpflichtungen nahelegt, dass die Zwölf-Monatsfrist als absolute Höchstgrenze zu verstehen ist. Doch bleibt das Verhältnis zwischen § 137 Abs 3 StPO und § 135 Abs 2b StPO neu unklar: Die Frist des § 135 Abs 2b StPO neu könnte nämlich als lex specialis zum gesamten Absatz 3 des § 137 StPO verstanden werden. Dann wäre eine Speicherung auf Vorrat tatsächlich auf eine Dauer von 12 Monaten begrenzt. Allerdings ist auch die Deutung als bloße Sonderregelung zur allgemeinen Befristung von Maßnahmen in § 137 Abs 3 Satz 1 StPO denkbar. Diesfalls bliebe eine neuerliche Anordnung – und damit in concreto eine Fristverlängerung über 12 Monate hinaus – nach § 137 Abs 3 Satz 2 StPO möglich. Ein solches Ergebnis widerspräche allerdings den in den Erläuterungen zu Recht betonten Grundsätzen des europäischen ebenso wie nationalen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Um die Bedeutung der ***Zwölf-Monatsfrist als echte Höchstfrist klarzustellen*** und Missverständnisse zu vermeiden, wäre eine explizite Regelung in § 137 StPO vorzuziehen. § 135 Abs 2b und § 137 StPO könnten lauten:

§ 135:

(2b) Anlassdatenspeicherung ist zulässig, wenn dies aufgrund eines Anfangsverdachts (§ 1 Abs. 3) zur Sicherstellung einer Anordnung nach Abs. 2 Z 2 bis 4 oder einer Anordnung nach § 76a Abs. 2erforderlich erscheint.

§ 137:

(3) Die Anlassdatenspeicherung nach § 135 Abs 2b darf nur für jenen Zeitraum angeordnet werden, der zur Erreichung des Zwecks voraussichtlich erforderlich ist, längstens jedoch für zwölf Monate; eine neuerliche Anordnung ist nicht zulässig. Sonstige Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 135 bis 136 dürfen nur für einen solchen künftigen, in den Fällen des § 135 Abs. 2 auch vergangenen, Zeitraum angeordnet werden, der zur Erreichung ihres Zwecks voraussichtlich erforderlich ist. Eine neuerliche Anordnung ist jeweils zulässig, soweit auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die weitere Durchführung der Ermittlungsmaßnahme Erfolg haben werde. Im Übrigen ist die Ermittlungsmaßnahme zu beenden, sobald ihre Voraussetzungen wegfallen.

III. Überwachung verschlüsselter Nachrichten

(§§ 134 Z 3a ff StPO und StAG)

Die Einführung dieser ***Maßnahme*** wird auch aus den in den Erläuterungen angeführten Gründen in Bezug auf deren Notwendigkeit (insbes Seiten 9-12) ***ausdrücklich unterstützt***: Das Kommunikationsverhalten in der Gesellschaft hat sich in den letzten

Jahren nachweislich verändert, wobei verschlüsselte Kommunikationsdienste ersichtlich an großer Bedeutung gewonnen haben. Wie jede gesamtgesellschaftliche Veränderung bringt ein solcher Wandel auch ein geändertes Verhalten im kriminellen Gesellschaftssegment mit sich. Schon aus diesem Grund muss der Gesetzgeber – wie auch schon früher – geänderten Modi operandi Rechnung tragen, um eine effiziente Strafverfolgung weiterhin zu gewährleisten. Darüber hinaus zeigt sich in unserer Gesellschaft derzeit ein Trend, unerwünschtes Verhalten mit Sanktionen des Kriminalstrafrechts zu belegen. Es wäre geradezu absurd, stetig neue Straftatbestände vorzusehen, die Durchsetzung der darin formulierten gesellschaftlichen Strafansprüche aber am Fehlen effektiver Ermittlungsmethoden scheitern zu lassen. Vor diesem Hintergrund ist der derzeit vorliegende Vorschlag maßhaltend, zieht er doch eine relativ hohe Eingriffsschwelle ein, wenn er die Zulässigkeit an den dringenden Verdacht hinsichtlich jener Straftaten knüpft, die sogar einen großen Lauschangriff iSd § 136 Abs 1 Z 3 StPO erlauben würden, bzw an den dringenden Verdacht bezüglich Verbrechen gegen Leib und Leben oder die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung, die mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind.

Die Bedenken, die gegen die geplante Maßnahme aus datenschutzrechtlicher und technischer Sicht vorgebracht wurden bzw werden, sind in Anbetracht der Eingriffsintensität und des Missbrauchspotentials geheimer Überwachungsinstrumente grundsätzlich nachvollziehbar. Der nunmehr vorliegende Regelungsentwurf trägt diesen Sorgen aber ausreichend Rechnung und erscheint nicht nur in Anbetracht der materiellen Eingriffsschwelle ausgewogen und systemkonform. Auch die weiteren Anpassungen stecken einen ***adäquaten Handlungsrahmen*** ab, wozu ua besonders beiträgt, dass das ***Eindringen in Räumlichkeiten*** zu Zwecken der Programminstallation ***einer separaten gerichtlichen Bewilligung*** unterworfen wird (§ 137 Abs 3 StPO neu), dem ***Schutz von Berufsgeheimnissen*** Rechnung getragen wird (§§ 144 Abs 3, 147 Abs 2 StPO neu), Transparenz und Kontrolle ***durch erweiterte Befugnisse des Rechtsschutzbeauftragten*** und ausdrückliche ***Protokollierungs- und erweiterte Berichtspflichten*** gestärkt werden (§§ 147 Abs 1 Z 2a, Abs 3a, 145 Abs 4 StPO neu sowie § 10a StAG neu).

IV. optische und akustische Überwachung von Personen

(§§ 136 Abs 1 Z 3 lit a und Abs 4, 147 Abs 3a StPO)

Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 136 Abs 1 Z 3 StPO in Umsetzung der RL Terrorismus ist nachvollziehbar. Erfreulich ist, dass auch in diesem Zusammenhang die ***Rechte des Rechtsschutzbeauftragten*** nach § 147 Abs 3a StPO neu gestärkt werden sollen (siehe auch Punkt V).

V. Rechte des Rechtsschutzbeauftragten im Allgemeinen

(§ 147 Abs 3a StPO)

Der ***Ausbau der Kontroll- und Mitwirkungsrechte*** im Rahmen der optischen und akustischen Überwachung nach § 134 Z 4 StPO sowie der neuen Maßnahme der Überwachung verschlüsselter Nachrichten nach § 134 Z 3a StPO neu wird ausdrücklich ***begrüßt***.

Ein Vergleich mit früheren Rechtsschichten zeigt jedoch, dass die Überwachungs- und Kontrollpflichten ebenso wie die korrespondierenden Rechte des Rechtsschutzbeauftragten selbst bei Umsetzung der geplanten Regelung hinter dem ursprünglichen Stand der StPO zurück bleiben. Vor dem Strafprozessreformgesetz (BGBl I 2004/19) hatte der Rechtsschutzbeauftragte nämlich die nunmehr in § 147 Abs 3a StPO wieder geplanten Rechte in Bezug auf alle besonders sensiblen Überwachungsmaßnahmen, die die Strafprozessordnung zum damaligen Zeitpunkt kannte, nämlich uneingeschränkt in Bezug auf den „großen" Lauschangriff (§ 149d Abs 1 Z 3 StPO aF) und den automationsunterstützten Datenabgleich (§ 149i StPO aF) sowie dann, wenn die Maßnahme gegen entschlagungsberechtigte Berufsgeheimnisträger gerichtet war, auch in Bezug auf den „kleinen" Lauschangriff (§ 149d Abs 1 Z 2 StPO aF) und die Überwachung einer Telekommunikation (§ 149a Abs 2 Z 2 und 3 StPO aF). Die geplante Erweiterung der ***Kontroll- und Mitwirkungsrechte*** und Pflichten sollte zum Anlass genommen werden, die entsprechenden Rechte und Pflichten ***auch*** bei den ***Maßnahmen nach § 147 Abs 1 Z 4 und Z 5 StPO wieder gesetzlich zu verankern.***

VI. Beschlagnahme von Briefen

(§§ 135 Abs 1, 138 Abs 2 und Abs 5, 147 Abs 1 Z 5 StPO)

Die ***Änderung der materiellen Voraussetzungen*** der Briefbeschlagnahme ist angesichts der in den Erläuterungen geschilderten Phänomene ***nachvollziehbar*** und steht mit Art 10 StGG in Einklang, weil dem Eingriff eine richterliche Kontrolle vorangeht. Dass die Verständigung des Beschuldigten von der Maßnahme künftig nach den Regeln des § 138 Abs 5 StPO inklusive Aufschubmöglichkeit erfolgen soll, ist zwar angesichts der in den Erläuterungen skizzierten Darknet-Szenarien verständlich, doch ist darauf hinzuweisen, dass sich dadurch bis zu einem gewissen Grad der Charakter der Maßnahmen von einer „offenen" Beschlagnahme hin zu einer geheimen Briefüberwachung ändert.

VII. Zum Inkrafttreten der einzelnen Regelungen

Eine Überprüfung der unterschiedlichen Zeitpunkte des Inkrafttretens ist angezeigt: So würden beispielsweise nach derzeitigem Stand wohl § 134 Z 2a und Z 2b sowie § 135 Abs 2a und Abs 2b StPO neu mit 1.6.2018 in Kraft treten, die entsprechende formelle Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft in § 137 Abs 1 StPO neu aber erst mit 1.4.2020. Auch das geänderte Ergebnis iSd § 134 Z 5 StPO neu, das sich auch auf § 134 Z 2a StPO neu erstrecken soll, würde erst am 1.4.2020 wirksam werden. Gleiches scheint für § 140 Abs 1 Z 2 StPO neu zuzutreffen. ***Eine Harmonisierung der Zeitpunkte des Inkrafttretens*** der jeweils zusammenhängenden Regelungen ist sachlich ***dringend geboten***.