

Universität Innsbruck
 Rechtswissenschaftliche Fakultät
 Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie
 Univ.-Prof. Dr Klaus Schwaighofer



An

bmi-III-1-stellungnahmen@bmi.gv.at

team.s@bmi.gv.at

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

per E-Mail

**Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Polizeiliche Staatsschutzgesetz, das Sicherheitspolizeigesetz, das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden
 (BMI-III/1 GZ: 2021-0.206.281; 104/ME XXVII. GP)**

Ich erlaube mir, zu Art 4 des Entwurfs (Änderung der StPO – Einfügung eines § 112a StPO) wie folgt Stellung zu nehmen:

Der geplante neue § 112a StPO sieht vor, dass die Sicherstellung von schriftlichen Aufzeichnungen und Datenträgern in Behörden und öffentlichen Dienststellen des Bundes, der Länder und der Gemeinden sowie anderen durch Gesetz eingerichteten Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts nur mehr zulässig ist, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Ersuchen um Amtshilfe im Einzelfall den Zweck der Ermittlungen gefährden würde, weil sich das Ermittlungsverfahren gegen den zur Amtshilfe verpflichteten Organwalter richtet. In den Erläuterungen wird auf die EntschlieÙung Nr. 131/E XXVI. GP aus dem Jahr 2019 hingewiesen, mit der die Bundesregierung aufgefordert wird, sicherzustellen, dass sensible nachrichtendienstliche Aufzeichnungen oder Datenträger im Falle des Widerspruchs eines Betroffenen auf geeignete Art und Weise gesichert und bei Gericht hinterlegt werden. Auch wird auf den Ministerratsvortrag vom 11.11.2020 (MRV 37/27) nach dem Terroranschlag von Wien (Punkt „Mehr Effektivität der Ermittlungsmethoden und Zusammenarbeit der zuständigen Behörden“) hingewiesen.

Nach dem Entwurf soll also die Amtshilfe absoluten Vorrang haben; Durchsuchung und Sicherstellung bei Behörden und öffentliche Dienststellen sollen mit einer einzigen Ausnahme (Verdacht gegen den Dienststellenleiter) unzulässig sein.

Diese Regelung beschränkt die strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten zu stark. Wenn sich zB ein Korruptionsverdacht gegen einen Beamten einer Behörde richtet und Unterlagen und Datenträger durch Amtshilfe erlangt werden müssen, wird sich der Leiter der Dienststelle vermutlich seiner Beamten bedienen müssen, um die erbetene Amtshilfe leisten zu können. Ein

Bundesminister oder ein Bezirkshauptmann wird kaum selbst in den Büros Unterlagen und Datenträger „einsammeln“ gehen. Damit kann der für die Ermittlungsmaßnahmen Durchsuchung und Sicherstellung wesentliche Überraschungseffekt leicht verloren gehen; der im Verdacht stehende Beamte kann leicht durch Kollegen „von der Sache Wind bekommen“.

Gegen den Vorrang der Amtshilfe gegenüber den viel einschneidenderen Maßnahmen Durchsuchung und Sicherstellung bei einer Dienststelle (die auch ein schlechtes Bild in der Öffentlichkeit machen), ist absolut nichts einzuwenden. Dieser Vorrang ergibt sich ohnehin bereits derzeit zwingend aus § 76 StPO und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 5 StPO). Mit eben dieser Begründung hat ja auch das OLG Wien die Razzia im BVT für rechtswidrig erklärt.

Bei der Amtshilfe entscheidet allerdings die Behörde selbst, ob das Interesse an der Geheimhaltung dem Interesse an der Strafverfolgung vorgeht (*Tipold/Zerbes* in WK-StPO Vor §§ 110 – 115 Rz 14). Die unberechtigte Verweigerung der Amtshilfe hat zwar disziplinarrechtliche Folgen und theoretisch auch strafrechtliche Folgen. Aber die für § 302 StGB geforderte Wissentlichkeit wird kaum je nachweisbar sein, wenn der Behördenleiter argumentiert, er sei davon überzeugt gewesen, dass die Geheimhaltung im überwiegenden öffentlichen Interesse geboten war.

Wenn die Herausgabe zu Unrecht verweigert wird, besteht derzeit die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsuchung und Sicherstellung (aM allerdings *Tipold/Zerbes* in WK-StPO Vor §§ 110 – 115 Rz 15 ff). Ein Defizit liegt allerdings derzeit darin, dass kein Verfahren (wie in § 112 StPO) vorgesehen ist, dass die Inhalte vorerst verschlossen bleiben, bis ein unabhängiges Gericht geprüft hat, ob die Interessen an der Strafverfolgung die Geheimhaltungsinteressen überwiegen.

Die (letztlich nicht erzwingbare) Amtshilfe allein erscheint in manchen Fällen zur Aufklärung des Verdachts einer Straftat nicht ausreichend; **Durchsuchung und Sicherstellung bei Behörden und öffentlichen Dienststellen** sollten – allerdings nur unter strengen Voraussetzungen – doch **zulässig** sein:

- wenn ein **dringender Verdacht einer schweren Straftat** (die zumindest mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist) besteht und
- **aus besonderen Gründen die Durchsuchung** der Räumlichkeiten der Behörde, Dienststelle usw **erforderlich** erscheint, weil die **Aufklärung der Tat ansonsten wesentlich erschwert wäre**.
- Man sollte auch eine gesetzliche **Verpflichtung** vorsehen, in der Anordnung bzw Bewilligung die **Verhältnismäßigkeit** (warum mit der Amtshilfe nicht das Auslangen gefunden werden kann und dass die Durchsuchung in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere/dem Gewicht der Straftat steht) entsprechend **zu begründen**.

Gleichartige Formulierungen und ausdrückliche Hinweise auf die Verhältnismäßigkeit gibt es in der StPO auch sonst bei manchen prozessualen Zwangsmitteln (zB bei der Haft, beim

Lauschangriff § 136 Abs 2, 3 und 4 StPO, in § 138 Abs 1 StPO, bei der Auskunft über Bankkonten in § 116 Abs 4 StPO usw).

Die vorgesehene **Widerspruchsmöglichkeit** (wie derzeit in § 112 StPO für Berufsheimnisträger) mit der Pflicht zur Versiegelung und Prüfung durch das Gericht ist **wichtig**, weil ja evt. sensible Inhalte / Daten sichergestellt werden.

Abschließende Bemerkung: Man darf hoffen, dass es kaum Fälle geben wird, in denen mit der Amtshilfe nicht das Auslangen gefunden werden kann und eine Durchsuchungen und Sicherstellung bei einer Behörde oder Dienststelle notwendig ist.

Innsbruck, am 7.4.2021



Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer