



Stellungnahme zum Entwurf eines Strafprozessrechtsänderungsgesetzes 2024 (BMJ GZ 2024-0.389.7537)

Der vorliegende Entwurf deckt sich inhaltlich mit dem **Initiativantrag 4125/A**, der bereits im Justizausschuss mit den Stimmen der Regierungsparteien am 19.6.2024, also noch vor Ablauf (!) der ohnehin äußerst kurz bemessenen Begutachtungsfrist am 1.7.2024, beschlossen wurde. Diese Vorgangsweise ist bedauerlich und signalisiert, dass das „Ergebnis“ schon vor dem Begutachtungsverfahren feststeht.

Wir beschränken unsere Stellungnahme auf gewisse **Änderungen der StPO**.

I. „Die Beschlagnahme von Datenträgern und Daten“. Die neuen Bestimmungen nach den §§ 109 Z 1 lit a, Z 2a-e, 115f-115l bezwecken die Umsetzung des Erkenntnisses des VfGH vom 14.12.2023 (G 352/2021).

1. Zentral ist § 115f Abs 1 Entw. Dieser lässt es genügen, dass aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden kann, es befänden sich auf dem betreffenden Datenträger, zB dem Handy, oder einem *anderen Speicherort* (§ 109 Z 2a Entw), der über diesen Datenträger erreichbar ist, zB die Cloud, Informationen, die **für die Aufklärung einer Straftat wesentlich** sind. Es muss weder eine Tat von Gewicht noch ein besonderer Verdachtsgrad vorliegen. Es genügt der **Anfangsverdacht irgendeiner Straftat** (s auch § 115f Abs 7 Entw), also der geringste nach dem Gesetz mögliche Verdachtsgrad, für den es ausreicht, dass eine Straftat auch nur möglich erscheint (*Markl* im WK-StPO § 1 Rz 26). So kann grundsätzlich schon die **bloße Möglichkeit einer kleinen Straftat** zur Sicherstellung des Handys und zur Aufbereitung (§ 115h) sowie Auswertung der Daten (§ 115i) führen, wenn dies für die Aufklärung der Tat wesentlich erscheint.

Das ist **abzulehnen**, und zwar aus den folgenden Gründen:

a) Der Entwurf wird dem Erkenntnis des VfGH nicht gerecht. Dieses fordert in den Rz 97-102 die Berücksichtigung folgender Grundsätze:

(Rz 97) Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahme der Sicherstellung von Datenträgern und der Auswertung der darauf (lokal oder extern) gespeicherten Daten das öffentliche Interesse an der Verfolgung und Aufklärung von Straftaten einerseits mit den grundrechtlich geschützten Interessen der Betroffenen, insbesondere den Schutz der Geheimhaltungsinteressen und den Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens gemäß § 1 DSGVO bzw. Art. 8 EMRK, andererseits gegeneinander abzuwägen und entsprechend in Ausgleich zu bringen.

(Rz 98) Die verfassungsrechtlichen **Anforderungen an diesen Ausgleich** in Bezug auf die Sicherstellung von Datenträgern und die Auswertung der darauf (lokal oder extern) gespeicherten Daten zum Zweck der Strafrechtspflege variieren abhängig von der durch die konkrete gesetzliche Ausgestaltung bewirkten Intensität des Eingriffes. Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung **hat der Gesetzgeber insbesondere folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:**

(Rz 99) Es kann grundsätzlich einen Unterschied machen, ob der Gesetzgeber die Möglichkeit der Sicherstellung von Datenträgern und der Auswertung der darauf (lokal oder extern) gespeicherten Daten bei einem **Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat einerseits unabhängig von ihrer Schwere, von dem mit dem Straftatbestand geschützten Rechtsgut oder von dem bei der Begehung einer Straftat typischerweise eingesetzten Datenträger** ("Cyberkriminalität") oder aber **andererseits nur bei bestimmten Straftaten** vorsieht.

(Rz 100) **Überdies** kann es bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Ermittlungsmaßnahme der Sicherstellung von Datenträgern darauf ankommen, ob der Gesetzgeber **Vorkehrungen** dahin getroffen hat, dass die **Auswertung der sichergestellten Datenträger auf das erforderliche Maß beschränkt** ist und in organisatorischer und technischer Hinsicht in einer Weise geschieht, welche die Vorgehensweise und allenfalls eingesetzte **Analysemittel nachvollziehbar und überprüfbar macht** (...).

(Rz 101) Der Gesetzgeber **hat zu gewährleisten**, dass die von der Sicherstellung eines Datenträgers und der Auswertung der darauf (lokal oder extern) gespeicherten Daten **Betroffenen in geeigneter Weise jene Informationen erhalten** (können), die zur Wahrung ihrer Rechte im (Ermittlungs- und möglicherweise nachfolgenden Haupt-)Verfahren notwendig sind.

(Rz 102) **Überdies kann es auch bedeutsam sein**, dass der Gesetzgeber für Betroffene – im Hinblick auf die Art und den Umfang der auf einem sichergestellten Datenträger zugänglichen Daten und deren Auswertung – in Abwägung mit dem entgegenstehenden Interesse an der Strafrechtspflege **effektive Maßnahmen einer unabhängigen Aufsicht** vorsieht, bei welcher überprüft wird, ob sich die Strafverfolgungsorgane bei der Auswertung der auf dem Datenträger gespeicherten Daten im Rahmen der gerichtlichen Bewilligung und gesetzlichen Vorkehrungen bewegt haben sowie ob die Rechte der Betroffenen auf Schutz der Privatsphäre und Geheimhaltungsinteressen in verhältnismäßiger Weise im Prozess der Auswertung bzw. Verarbeitung der sichergestellten Datenträger gewahrt worden sind, auch wenn die Betroffenen bei der Auswertung des Datenträgers nicht anwesend sind.

Demnach hat der Gesetzgeber abhängig von der Intensität des Eingriffs einen Ausgleich zwischen dem Strafverfolgungsinteresse und dem Interesse der (verdächtigen oder unverdächtigen) Betroffenen auf Schutz ihrer Grundrechte (hier § 1 DSG, Art 8 MRK) vorzunehmen. Diesen Ausgleich erzielt der Gesetzgeber durch die Beachtung gewisser *Gesichtspunkte* (VfGH Rz 98f) und durch gewisse *Vorkehrungen* (VfGH Rz 100), *Informationen* (VfGH Rz 101) und *effektive Maßnahmen unabhängiger Aufsicht* (VfGH Rz 102). Während die in VfGH Rz 99 angesprochenen Gesichtspunkte die materiellen Voraussetzungen des Eingriffs ansprechen, beziehen sich die anderen Gesichtspunkte auf verfahrensrechtliche Schutzmechanismen. **Der Gesetzgeber muss beiden Aspekten Rechnung tragen**, indem er den Eingriff nach Maßgabe der vom VfGH angesprochenen Gesichtspunkte materiell beschränkt und *überdies* die Rechte der Betroffenen im Verfahren durch eine wirksame und angemessene verfahrensrechtliche Ausgestaltung von Informations-, Kontroll- und Aufsichtsrechten absichert. Der Entwurf berücksichtigt nur den verfahrensrechtlichen Aspekt (Anordnung der Staatsanwaltschaft, Bewilligung des Gerichts, Aufbereitung und Auswertung von Daten, Verwahrung von Datenträgern und Daten, Rechtsschutz). Er vermeidet

dagegen jegliche konkrete materielle Beschränkung des Eingriffs, und das obwohl der VfGH einen *Unterschied* gerade darin erblickt, *ob* der Gesetzgeber die Möglichkeit der Sicherstellung von Datenträgern und der Auswertung der darauf (lokal oder extern) gespeicherten Daten *bei einem Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat einerseits unabhängig von ihrer Schwere, von dem mit dem Straftatbestand geschützten Rechtsgut oder von dem bei der Begehung einer Straftat typischerweise eingesetzten Datenträger ("Cyberkriminalität") oder aber andererseits nur bei bestimmten Straftaten vorsieht.* Das bedeutet, wenn der Gesetzgeber den Eingriff ohne Rücksicht auf die Schwere der Tat, das geschützte Rechtsgut oder die Art der Tatbegehung ermöglicht, sie also nicht auf *bestimmte Straftaten* beschränkt, erfolgt – entgegen den Erläuterungen (S 14) – gerade kein *umfassender Ausgleich* zwischen den Strafverfolgungsinteressen und den durch die Sicherstellung und Auswertung verursachten Grundrechteingriffen. Das Gesetz wäre also in diesem Punkt wie schon sein Vorgänger **verfassungswidrig**.

b) Der vom Entwurf (Erl. S 14f) geltend gemachte Wertungswiderspruch zu anderen Ermittlungsmaßnahmen besteht nicht: Dass die StPO für die Durchsuchung von Örtlichkeiten, insbesondere einer Wohnung, keine bestimmte Tatschwere verlangt, kann nicht als Grund für eine ähnliche Unbestimmtheit im Fall der Beschlagnahme und Auswertung von Datenträgern gelten. Sonst müsste man dies jedenfalls auch bei der Beschlagnahme von Briefen (Voraussetzung: Vorsatztat und Androhung von über 1 Jahr Freiheitsstrafe) oder der Auskunft über Daten eine Nachrichtenüberwachung (Vorsatztat und Androhung einer Freiheitsstrafe von mehr als 1 Jahr bzw bei Zustimmung des Geräteinhabers mehr als 6 Monate) verlangen, obwohl dort nicht ansatzweise jener vom VfGH (Erkenntnis Rz 66) für die Sicherstellung und Auswertung von Datenträgern konstatierte „umfassende Einblick in wesentliche Teile des bisherigen und aktuellen Lebens“ droht. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die bloße Durchsuchung von Örtlichkeiten, auch wenn es sich um die Wohnung des Betroffenen handeln sollte. Dass es der Kriminalpolizei bei einer richterlich bewilligten Hausdurchsuchung *gegebenenfalls* nicht möglich ist, Datenträger sicherzustellen, wenn das Gesetz für diese Sicherstellung eine gewisse Tatschwere voraussetzt (Erl. S 15), ist denkbar. Aber eben das ist die Konsequenz, wenn für die Sicherstellung und Auswertung von Handys, Laptops usw nicht bloß der Anfangsverdacht irgendeiner Straftat genügen kann (vgl auch VfGH Rz 72).

Der massive Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG) und auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRK) lässt vielmehr die Sicherstellung und Auswertung solcher Datenträger **nur bei gewisser Tatschwere** angemessen erscheinen. Für die Auswertung von Kommunikationsdaten ist dies evident. Auch wenn es sich nicht um eine Überwachung laufender Kommunikation wie Fall der Telefonüberwachung handelt, so ist der Zugriff auf gespeicherte Kommunikation (zB SMS, Chats), die oft über längere Zeiträume geht, nicht weniger eingriffsintensiv. Zumindest für die Sicherstellung und Auswertung von Kommunikationsdaten, braucht es ein Regime, das die Grundrechte der verdächtigen und unverdächtigen Betroffenen in dem Maß schützt, wie es die StPO im Fall der Überwachung von Nachrichten vorsieht. Dazu gehört jedenfalls der **dringende Verdacht einer Straftat, die mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist.**

c) Die im Entwurf vorgesehenen Verfahrensregeln für die **(technische) Aufbereitung** und **(inhaltliche) Auswertung** lokaler und externer Daten (s Erl. S 2), zB aus der Cloud, ändern nichts am Mangel fehlender inhaltlichen Beschränkung der Beschlagnahme von Datenträger und Daten auf Straftaten von gewisser Schwere (s 1.).

Dasselbe gilt für die vorgesehene strengere **Strukturierung der Begründung**, wonach das Gericht in der Bewilligung den *Zeitraum* der Beschlagnahme festzulegen und die *Datenkategorien* sowie *Dateninhalte* zu umschreiben hat (§ **115f Abs 3**). Die Datenkategorien sollen durch *allgemeine Festlegungen* umschrieben werden, zB Kommunikationsdaten, Metadaten, Videos, Fotos, Standortdaten (Erl. S 15). Das ist ein Schritt in die richtige Richtung, nur fehlt auch hier die dringend gebotene inhaltliche Beschränkung der Beschlagnahme auf Taten von gewisser Schwere (s 1.)

2. Grundsätzlich zu begrüßen ist die Einführung einer **Nichtigkeitssanktion**. Danach dürfen die Ergebnisse einer Auswertung von Daten *bei sonstiger Nichtigkeit* nur verwendet werden, wenn die Ermittlungsmaßnahme *rechtmäßig angeordnet und bewilligt wurde* (§ **115j Abs 1**). Diese Bestimmung verweist allerdings nur auf § 115f **Abs 2 und Abs 4**. Sie zitiert nicht § 115f **Abs 1**, der die Beschlagnahme von Datenträgern und Daten materiell nur für zulässig erklärt, wenn sie aus Beweisgründen erforderlich scheint und aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass dadurch Informationen ermittelt werden können, die für die Aufklärung einer Straftat wesentlich sind. So können Zweifel entstehen, ob die Nichtigkeitssanktion auch dann eintritt, wenn die bewilligte und angeordnete Beschlagnahme „nur“ nach § 115f Abs 1 inhaltlich verfehlt ist. Das würde die Nichtigkeitssanktion entwerten. Hier bräuchte es zumindest in den Erläuterungen eine Klarstellung, dass mit „*rechtmäßig*“ auch das Vorliegen der inhaltlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemeint ist.

3. Die von der Vereinigung der österreichischen Staatsanwältinnen und Staatsanwälte geäußerten **Bedenken gegen die organisatorische Trennung von Aufbereitung und Auswertung der Handydaten** (§ 115h Entwurf) sind nachvollziehbar und sollten zu einer Änderung des Entwurfs führen. Die Staatsanwaltschaft als Leiterin des Ermittlungsverfahrens sollte (zumindest formal) auch Ingerenz auf die Datensicherung und Verwahrung der Datenträger haben, wie das zB gem. § 138 Abs 4 StPO bei den Ergebnissen der Überwachung von Nachrichten der Fall ist.

II. „Antrag auf Einstellung“. Der Entwurf führt die bisherigen §§ 108 und 108a in einem **neuen § 108** zusammen. Inhaltlich neu ist, dass der Beschuldigte *im Fall eines Antrags nach § 108 Abs 2 Z 2 eine Verletzung des Beschleunigungsgebots behaupten* kann (§ 108 Abs 3). Bisher konnte er diese Rechtsverletzung nur in einem Einspruch wegen Rechtsverletzung (§ 106) geltend machen. Die **Behauptung einer Verletzung des Beschleunigungsgebots** scheint Voraussetzung zu sein, dass das Gericht künftig nach § 108 Abs 4 letzter Satz feststellen kann, dass diese Verletzung durch die Staatsanwaltschaft stattgefunden hat (Erl. S 35; arg: ... *im Fall entsprechender Antragstellung* ...). Das Gericht sollte jedoch in die Lage versetzt werden, eine von ihm selbst – auch ohne Behauptung im Antrag nach § 108 Abs 2 Z 2 – wahrgenommene Verletzung des Beschleunigungsgebots aufzugreifen und auch *konkrete verfahrensbeschleunigende Maßnahmen* (§ 108

Abs 4 letzter Satz) aufzutragen, falls dies nötig sein sollte. Ein Antrag auf Einstellung nach § 108 sollte genügen, damit das Gericht eine wahrgenommene Verletzung des Beschleunigungsgebots feststellen und gegebenenfalls entsprechende verfahrensbeschleunigende Maßnahmen anordnen kann, auch wenn der Beschuldigte keine solche Verletzung (ausdrücklich) „behauptet“.

Zu begrüßen ist die **Verkürzung der grundsätzlichen Höchstdauer des Ermittlungsverfahrens auf zwei Jahre**. Diese grundsätzliche Befristung gilt aber anscheinend nur, wenn der Beschuldigte *im Fall eines Antrags nach § 108 Abs 2 Z 2 eine Verletzung des Beschleunigungsgebots behauptet*; dann muss die Staatsanwaltschaft zu den Gründen für die Dauer des Ermittlungsverfahrens und dazu Stellung nehmen, *warum ihr die Einhaltung der Höchstdauer des Ermittlungsverfahrens nicht möglich war* (§ 108 Abs 3 dritter u. vierter Satz). Eine Überschreitung der Höchstdauer sollte aber auch dann relevant sein, wenn der Antragsteller lediglich die Einstellung des Verfahrens begehrt, ohne auch eine Verletzung des Beschleunigungsgebots *in einem Antrag nach § 108 Abs 2 Z 2* zu behaupten. In diese Richtung scheinen die Erläuterungen (S 36) zu gehen. Der Entwurf sollte dies klarstellen, um unnötigen Formalismus zu vermeiden.

III. „Absehen von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens“. Der Entwurf will im neuen § 197a StPO – im Gegensatz zum geltenden § 35c StAG – zwischen **zwei Gründen des Absehens** unterscheiden: Ein Ermittlungsverfahren wäre aus *rechtlichen Gründen* unzulässig oder der angezeigte Sachverhalt kann *sonst keinen Anfangsverdacht einer Straftat begründen*. – Daran knüpft der Entwurf in § 197c StPO – wieder im Gegensatz zum geltenden § 35c StAG – **unterschiedliche Rechtsfolgen**: Im Fall eines **Absehens aus rechtlichen Gründen** kann eine Person, die Opfer einer Straftat sein könnte, einen **Antrag auf Verfolgung** dieser Straftat stellen, sonst nicht. Dies soll eine gerichtliche Überprüfung ermöglichen, wenn nach der von der Staatsanwaltschaft vorgenommenen Bewertung *„von vornherein rechtliche Gründe der Führung eines Ermittlungsverfahrens entgegenstehen“* (Erl. S 31). Die entscheidende Frage ist freilich, wann von vornherein feststeht, dass ein Ermittlungsverfahren aus rechtlichen Gründen (zB Fehlen eines Tatbestandsmerkmals, Vorliegen eines Strafausschlussgrundes oder Verfolgungshindernisses) unzulässig ist. Die Beantwortung dieser Frage setzt wohl vielfach eine zumindest rudimentäre Klärung des für die Rechtsfrage entscheidenden Sachverhalts voraus, und damit ergeben sich **knifflige und mitunter kaum lösbare Abgrenzungsfragen** zu dem Fall, dass der Sachverhalt *„sonst keinen Anfangsverdacht einer Straftat begründet“*.

Diese Fragen werden allerdings **dadurch entschärft**, dass der Kreis zulässiger *Vorfeldermittlung* künftig wesentlich enger gezogen werden soll, indem nur mehr das *„vom Blatt weg“* zu verneinende Vorliegen eines Anfangsverdachts zum Absehen nach § 197a führen soll (Erl. S 29). Nur gewisse Ermittlungen sind nach dem neuen § 91 Abs 3 StPO *keine Ermittlungen* mehr, nämlich dann, wenn es sich um Erkundigungen zur Klärung der Frage handelt, *ob aufgrund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass ein Sachverhalt einem gesetzlichen Tatbild entspricht*. Andere Erkundigungen, etwa zur Klärung der inneren Tatseite, zur Klärung von Strafausschlussgründen und Verfolgungshindernissen, sind schon „wirkliche“ Ermittlungen, die ein Ermittlungsverfahren begründen, ebenso künftig die Abfrage aus *behördeninternen Informationsquellen* (Erl. S 28f). In solchen Fällen steht dem Opfer in Zukunft dann ohnehin der Fortführungsantrag nach § 195 StPO offen. Wenn *gegen eine Person in welcher Form auch immer*

vorgegangen wird, liegt nach den Erläuterungen (S 29) ein Ermittlungsverfahren vor. So stellt sich die Frage, ob es überhaupt noch Sinn macht, zwischen einem Verfahren zur Klärung, *ob* ein Anfangsverdacht vorliegt, und einem solchen zur Klärung eines bestehenden Anfangsverdachts zu unterscheiden. **Alle Ermittlungen, die dazu dienen, einen möglichen oder bestehenden Anfangsverdacht zu klären**, sollten Ermittlungen eines Ermittlungsverfahrens sein. **Die §§ 197a-c StPO könnte man sich** – unter gleichzeitiger Aufgabe des § 35c StAG – **ersparen**. Für angezeigte Personen, die (noch) nicht (konkret) verdächtig sind, könnte man zur Vermeidung einer möglichen Stigmatisierung den Begriff „angezeigte Person“ verwenden.¹

Innsbruck, am 1.7.2024

Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer eh.

Univ.-Prof. Dr. Andreas Venier eh.

¹ So schon vor dem StPRÄG 2014 und der Einführung des § 35c StAG *Venier*, Wann beginnt das Ermittlungsverfahren? RZ 2014, 219 (221).