

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schenkenstraße 4
1010 Wien



An das
Bundesministerium für Inneres
BMI – III/1

An das
Bundesministerium für Justiz
BMJ-IV 3

Begutachtungsverfahren zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Polizeiliche Staatsschutzgesetz, das Sicherheitspolizeigesetz, das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden
Geschäftszahl: 2021-0.206.281 (BMI)
Geschäftszahl: 2021-0.227.583 (BMJ)

Wien, am 6. Mai 2021

Anbei erlaube ich mir, eine Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Polizeiliche Staatsschutzgesetz, das Sicherheitspolizeigesetz, das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden, abzugeben.

Anmerkung zur Änderung des § 256 StGB

1. Die Strafdrohung des § 256 StGB soll von drei Jahren auf „sechs Monate bis fünf Jahre“ angehoben werden. Dies erfolgt nach den Erläuterungen, „um Österreich einerseits für das Betreiben oder Einrichten eines fremden Nachrichtendienstes zulasten Österreichs unattraktiver zu machen und gleichzeitig andererseits den Unrechtsgehalt solcher Taten adäquater aufzuzeigen“. Das ist nicht wirklich eine Begründung. Zum einen erscheint der Ansatz als naiv herzig, denn die Strafdrohung ist für die Attraktivität einer Tatbegehung völlig irrelevant. Zum anderen ist der Ansatz derart beliebig, dass damit alles und nichts begründet werden kann. Offenbar ist die Erhöhung politisch gewünscht, ohne dass eine Begründung vorliegt. Mangels nachvollziehbarer Begründung sollte auf diese Änderung verzichtet werden.

Anmerkung zu § 112a StPO:

2. Der Entwurf dieser Bestimmung hat zu einem regelrechten „shitstorm“ und zu einer Aufblähung des Begutachtungsverfahrens mit Stellungnahmen mit vorgefertigten Textbausteinen geführt. Meinungsfreiheit ist wichtig, fremde Textbausteine zu kopieren, entwertet aber das Begutachtungsverfahren und die Wichtigkeit der Meinungsfreiheit, mag auch das Recht, fremde Meinungen nach Einwilligung des Berechtigten zu kopieren und weiterzuverbreiten, von diesem Grundrecht erfasst sein. Diese Entwicklung ist bedauerlich, denn ein Überblick über inhaltlich relevante Stellungnahmen, die über ein Bausteinkopieren hinausgehen, ist so kaum mehr möglich. Möglicherweise wäre der „shitstorm“ unterblieben, wenn die Proponenten sich die Mühe gemacht hätten, das Schrifttum zur StPO näher zu betrachten. Oder er hätte sich auch gegen die AutorInnen des Schrifttums gerichtet. Auch manche Stellungnahme im Begutachtungsverfahren zeigt, wie wenig das Schrifttum in der Praxis Berücksichtigung findet – und zwar nicht einmal dann, wenn die Stellungnahme zu einem Gesetzesentwurf abgegeben wird, in dem das Schrifttum in den Erläuterungen ausgewertet wurde. Somit zeigt sich, dass die geltende Rechtslage und ihre Auslegung – auch in der Praxis – weitgehend unbekannt sind. Das ist bedauerlich. Umso wichtiger erscheint eine Neuregelung, die klare Grenzen aufzeigt.
3. Zunächst soll aber die geltende Rechtslage in Erinnerung gerufen werden, und zwar auch in dieser Stellungnahme: Ausgangspunkt ist das Amtsgeheimnis – und es sind nur Gegenstände, die vom Amtsgeheimnis umfasst sind, vom Folgenden betroffen. Das Amtsgeheimnis ist in der StPO doppelt gegenüber den Strafverfolgungsbehörden abgesichert: Zum einen besteht ein Vernehmungsverbot von Beamten gemäß § 155 Abs 1 Z 2 StPO. Zum anderen sind die Strafverfolgungsbehörden an die Regeln der Amts- und Rechtshilfe nach § 76 StPO gebunden. Nach den Ausführungen im WK-StPO (*Tipold/Zerbes*, WK-StPO [2021] Vor §§ 110-115 Rz 14 ff mwN) müssen Staatsanwaltschaften und Gerichte die betreffende Behörde nach § 76 StPO um Herausgabe von derartigen Gegenständen ersuchen. Die Behörde ist an sich verpflichtet, diesem Ersuchen zu entsprechen; ablehnen darf sie es nur aufgrund einer expliziten Geheimhaltungspflicht oder wegen anderer Gründe, aus denen das Interesse an Geheimhaltung dem Interesse an der Strafverfolgung vorgeht (§ 76 Abs 2 StPO; *Lendl*, WK-StPO § 76 Rz 28ff; *Bertel/Venier/Tipold*, Strafprozessrecht¹⁴ Rz 109 f, 198; *Ifsits*, JBl 2020, 32 f). Ob ein solcher Fall vorliegt, entscheidet und begründet die ersuchte Behörde selbst; die Strafverfolgungsorgane müssen diese Entscheidung hinnehmen, eine gerichtliche Überprüfung ist nicht vorgesehen. Aus den Amtsräumen einer Behörde darf nicht sichergestellt und beschlagnahmt werden. Brauchen Staatsanwaltschaft oder Gericht Akten aus behördlichem Gewahrsam, hat es daher die betreffende Behörde nach § 76 StPO um entsprechende Amtshilfe zu ersuchen. Selbst wenn die Behörde die Herausgabe zu Unrecht verweigert, sieht die StPO keine Zwangsbefugnisse vor (*Tipold/Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 110-115 Rz 15). Somit besteht *keine* durchsetzbare Herausgabepflicht nach § 111 Abs 1 und 2 StPO. Die Sicherstellung und Beschlagnahme amtlicher Unterlagen ist demnach unzulässig (*Tipold/Zerbes*, WK-StPO Vor §§ 110-115 Rz 14; ebenso im Ergebnis *Kirchbacher*, WK-StPO § 155 Rz 19; *Roeder*, Die Beweisverbote im österreichischen und deutschen Strafverfahren, ÖJZ 1974, 310f; *Leitner*, Verneh-

mungsverbote im österreichischen Strafprozess (2004) 59, 104; *Zerbes*, Die Gewaltentrennung im Strafprozess – Amtshilfe statt Rechtshilfe, in Lewisch (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, Jahrbuch 2020, 43 ff). Diese Bindung an Amtshilfe besteht nach Meinung von *Ingeborg Zerbes* und *mir* (*Tipold/Zerbes*, WK-StPO [2021] Vor §§ 110-115 Rz 15/2) auch dann, wenn sich das laufende Ermittlungsverfahren gegen den Behördenleiter selbst richtet. Von der Amtshandlung, die in der Leistung von Amtshilfe besteht, ist dieser wegen Befangenheit ausgeschlossen; sie obliegt daher seinem Vertreter; das gilt bis zur Weisungsspitze. Dieser Bereich ist aber im Schrifttum umstritten! Es wird auch vertreten, dass in diesem Ausnahmefall sehr wohl eine Hausdurchsuchung zwecks Sicherstellung zulässig ist (sehr eng *Ifsits*, JBl 2020, 34; viel weitergehend *Pechhacker/Rohregger*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2018, 86; weitergehend auch das OLG Wien in der BVT-Entscheidung; aber auch die Kommentierung im WK-StPO in der Voraufgabe). Da somit in diesem Bereich Rechtsunsicherheit besteht, ist eine Reform jedenfalls erforderlich. Die Erläuterungen des ME bauen auf dem Schrifttum auf; so gesehen hätte sich der „shitstorm“ auch gegen das Schrifttum richten müssen – und gegen eine Entscheidung des OLG Wien, das die Hausdurchsuchung des BVT unter der Leitung der WKStA als rechtswidrig beurteilt hat. Die erstinstanzliche Praxis dürfte hingegen – zumindest zum Teil – eher großzügig Hausdurchsuchungen in Behörden zum Zweck einer Sicherstellung vornehmen; und damit ist nicht nur jener Fall der Durchsuchung des BVT gemeint, sondern etwa eine Sicherstellung in einer Landesdirektion und zwei Bezirkshauptmannschaften, wo man ebenfalls nicht den Weg der Amtshilfe beschritten hat, weil es sich um sensible, medizinische Unterlagen handelte und die StA verhindern wollte, dass eine allfällige Verschwiegenheitspflicht der Herausgabe der Daten entgegenstehen könnte (Information auf Basis <https://www.derstandard.at/story/2000117841697/causa-ischgl-unterlagen-sichergestellt>). Auch die Stellungnahme der WKStA (5748/SN-104/ME) geht von einer großzügigeren Rechtslage aus, die so aber nicht besteht. Angesichts dieser Situation ist eine Neuregelung dringend geboten, auch um ein einheitliches Vorgehen aller Staatsanwaltschaften abzusichern.

4. Die Hausdurchsuchung im BVT durch die WKStA hat auch heftige Kritik an der WKStA hervorgerufen, die offenbar längst vergessen ist. Daran soll ebenfalls hier erinnert werden, um einem Schwarz-Weiß-Denken entgegenzutreten. Es ist bedauerlich, dass die Vergessenskurve derart steil ist. Ungehemmtes staatsanwaltschaftliches Vorgehen ist daher keine Lösung – auch nicht im Kampf gegen Korruption.
5. Ein Reformvorhaben in diesem Bereich ist vielschichtig und betrifft nicht nur das Verhältnis Amtshilfe zur Sicherstellung (mittels Hausdurchsuchung oder sonstigen Zwang), sondern auch das Amtsgeheimnis an sich. Da die Haltung zum Amtsgeheimnis im Umbruch ist, muss eine entsprechende Neuausrichtung des Amtsgeheimnisses auch in der StPO ihren Widerhall finden. Es gilt, wie einzelne Stellungnahmen zeigen, auch das Problem zu lösen, private von dienstlichen Inhalten zu trennen (vgl etwa *StA Graz*, 5765/SN-104/ME) und dennoch anerkannte Geheimnisse vor der Strafverfolgung zumindest weitestgehend zu schützen. Letztlich ist damit sogar das Problem der Sicherstellung von Daten angesprochen, das von der geltenden Rechtslage nicht wirklich befriedigend gelöst ist und durch

Auslegung ebenso wenig befriedigend gelöst werden kann. Es besteht daher unlegbar Reformbedarf, wobei ein Paket zur Reform des BVT wohl nicht der richtige Ort ist. Angesichts der Unsicherheiten bei der geltenden Rechtslage ist der Reformbedarf aber als dringend einzustufen.

6. Bei dieser Reform muss der Amtshilfe aber weiterhin der Vorrang zukommen. Es ist keine Form des Umganges von Behörden untereinander, wenn man mit Hausdurchsuchungen und Sicherstellungen agiert. Die Glaubwürdigkeit der Strafverfolgung wäre vernichtet, wenn etwa eine StA bei einer anderen eine Hausdurchsuchung durchführt, zB um allfällige Schattenakte sicherzustellen. Daher müssen die Gründe für die Zwangsgewalt klar im Gesetz herausgearbeitet werden, eine Gefährdung der Ermittlungen allein wäre entgegen etwa der Stellungnahme der *OStA Wien* (5743/SN-104/ME) und der *OStA Innsbruck* (5668/SN-104/ME) zu wenig, da zu unbestimmt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist entgegen der Ansicht der *WKStA* (5748/SN-104/ME) und der *StA Innsbruck* (5782/SN-104/ME) viel zu unbestimmt, um klare Vorgaben abgeben zu können. Bei der Reform sollte nicht an „allgemeine Erfahrungen und darauf gestützte Wahrscheinlichkeiten“ angeknüpft werden; diese tragen schon heute keine Zwangsmaßnahmen. Strafverfolgung ist wichtig, aber wie die BVT-Affäre gezeigt hat, gibt es auch andere wichtige Aspekte, die schützenswert sind. Eine Reform muss einen entsprechenden Schutz und einen entsprechenden Rechtsschutz schaffen. Der Einspruch nach § 106 StPO ist entgegen so mancher Stellungnahme für den Geheimnisschutz ungenügend; der Ansatz des ME, an § 112 StPO anzuknüpfen, ist richtig. Dass so ein Rechtsschutz als unangenehm empfunden wird, ist kein Grund, darauf zu verzichten. Auch dadurch bedingte Verfahrensverzögerungen müssen hingenommen werden. Es gilt, den Umgang mit Zufallsfunden sinnvoll zu regeln, und hierfür enthält der vorliegende Entwurf einen guten Ansatz, der allerdings das Problem des BVT (Vertrauenskrise) nicht lösen würde. Entgegen einer Stellungnahme im Begutachtungsverfahren kann es dabei auf die Art der Verwahrung sicherzustellender Gegenstände durch den Betroffenen jedenfalls nicht an.
7. Da angesichts der Pressemitteilungen davon auszugehen ist, dass § 112a in der vorgelegten Form nicht Gesetz und bereits überarbeitet wird, erscheint es wenig sinnvoll, an dieser Stelle Einzelüberlegungen anzustellen. Wahrscheinlich wäre es günstig, einen neuen Entwurf einem eigenen Begutachtungsverfahren zu unterwerfen.
8. Letztlich geht es ja bei dem vorgelegten Gesetzespaket um die Reform des BVT, was im Begutachtungsverfahren viel zu kurz kommt.

Grundlegende Anmerkung zum SNG:

9. Der Bericht der Zerbes-Untersuchungskommission hat Kommunikationsmängel im Bereich des BVT / LVT festgestellt. Der Entwurf sieht eine Aufteilung von Nachrichtendienst und Staatsschutz vor. Fraglich ist, ob eine derartige Aufteilung der Kommunikation förderlich ist oder ganz im Gegenteil diese noch erschwert. Der die Information sicherstellende Organisationsteil ist nicht wirklich gesetzlich vorgesehen, sondern der Geschäftseinteilung

vorbehalten. Das erscheint als Reaktion angesichts der Informationsmängel und deren Folgen mit dem Anschlag im November 2020 jedenfalls als unangemessen.

10. Wenn eine Aufteilung erwünscht sein sollte (berechtigte Kritik diesbezüglich etwa bei *Reindl-Krauskopf* und *Salimi*), dann muss die Kommunikation sichergestellt sein, und zwar gesetzlich.

Anmerkungen zu § 6 Abs 4 SNG:

11. Einen Mangel sah die Zerbes-Untersuchungskommission auch in der mangelnden Kommunikation gegenüber der Staatsanwaltschaft. Diese war daher nicht in der Lage, entsprechende Anträge bei Gericht zu stellen und somit gesetzeskonform zu agieren. Der Vorschlag des § 6 Abs 4 SNG legitimiert gleichsam im Nachhinein diese fehlende Kommunikation zulasten der StA – das ist schlicht unverständlich und auch nicht wirklich erklärt. In Wirklichkeit würde man eine Regelung erwarten, die die Kommunikation verstärkt und nicht das Gegenteil davon.
12. Natürlich kann es Gründe geben, die einen Aufschub von Handlungen gebieten. Darauf stellt auch § 99 Abs 4 StPO ab. Vielleicht wäre eine entsprechende Regelung auch für staatsanwaltschaftliches Verhalten erforderlich. Dann kann die Staatsanwaltschaft ohne Sorge informiert werden, und dennoch ein „höheres“ Ziel weiterverfolgt werden. Eins muss jede Neuregelung in diesem Bereich leisten: Kommunikation sicherstellen oder zumindest massiv auch durch gesetzliche Absicherung fördern.

Anmerkung zu § 2 Abs 2 SNG:

13. Auf die Voraussetzung eines rechtswissenschaftlichen Studiums wird verzichtet. Ist das sinnvoll? Statt dessen soll ein Büro für Rechtsangelegenheiten verstärkt werden, was aber nicht Teil des Gesetzesvorschlages ist. Nur weil man Rechtswissenschaften studiert hat, schadet es nicht, wenn man Mitarbeiter hat, die einen bei Rechtsfragen unterstützen. Als Direktor hat man auch viele Rechtsfragen zu lösen; daher sollte der Direktor hier nicht gleichsam im Blindflug agieren müssen, der allenfalls von einem Büro für Rechtsangelegenheiten unterstützt wird und ihm ausgeliefert ist. Der Verzicht auf spezifische Kompetenzen erscheint als eine Herabstufung der Position des Direktors und seine Auslieferung an ein nebuloses Büro für Rechtsangelegenheiten. Verantwortung kann letztlich nur der übernehmen, der entsprechende Fachkenntnisse hat; hier droht eine Basis für Verantwortungszuschreibungen („ich bin meinem Büro für Rechtsangelegenheiten gefolgt“) zu entstehen, die es eigentlich zu vermeiden gilt.

Anmerkung zu § 17a SNG:

14. Die Kontrollkommission soll weisungsfrei sein, aber diese Weisungsfreiheit wird nicht verfassungsrechtlich abgesichert. Dies ist zwar gemäß Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG zulässig (dazu *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 695 ff, könnte aber dann verfassungsrechtlich ein Problem sein, wenn § 17d SNG den Anforderungen des Art 20 Abs 2 letzter Satz B-VG nicht entspricht, weil dieser kein „angemessenes“ Aufsichtsrecht vorsieht. Das Risiko einer Verfassungswidrigkeit sollte nicht eingegangen – und wenn man ohnedies Abs 4 als Verfassungsbestimmung beschließen möchte, könnte man dies auch (oder anstatt) bei Abs 3 machen.

Anmerkung zu § 17c SNG:

15. Gegenüber der Kontrollkommission sollen zumindest vierteljährlich der Direktor, seine Stellvertreter ua für ein Gespräch zur Verfügung stehen. Dies könnte auch so verstanden werden, dass man ohnedies vierteljährig zur Verfügung steht, aber dies nicht öfter tun muss. Wieder ist Kommunikation betroffen, und der Entwurf macht nicht den Eindruck, Kommunikation groß zu schreiben. Auch hier sollte Kommunikation „jederzeit bei Bedarf“ („jedenfalls aber vierteljährig“) stattfinden können, und das sollte auch im Gesetzestext entsprechend verankert sein.

Mit vorzüglicher Hochachtung
Alexander Tipold