

## Stellungnahme

### **zum Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Polizeiliche Staatsschutzgesetz, das Sicherheitspolizeigesetz, das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden**

Zu dem oben genannten Begutachtungsverfahren geben wir folgende Stellungnahme ab:

#### **Zu Artikel 4 Z. 2 des Entwurfs Vorschlag eines neuen § 112a der Strafprozessordnung**

Die im Entwurf vorgeschlagene Änderung der Strafprozessordnung wird abgelehnt. Für die vorgeschlagene Änderung des Regimes zu Hausdurchsuchungen und Amtshilfe gibt es keinen Anlass. Die Begründung zu der vorgeschlagenen Neuregelung des Verhältnisses von Sicherstellung und Amtshilfe ist in sich völlig unschlüssig, vor allem aber bedeutet die vorgeschlagene neue Regelung de facto das Ende der Möglichkeit, gegen Korruption im Bereich von Behörden, Beamtenschaft und Politik Beweismittel zu sammeln.

Die Begründung zur vorgeschlagenen Änderung der StPO ist aber nicht nur unschlüssig, sie stellt die Grundlagen, auf die sie sich beruft, unrichtig dar und geht zudem von falschen Annahmen zur Realität von Behörden, Politik, Kriminalität und Ermittlungstätigkeiten aus.

Im Einzelnen lassen sich die Bedenken und Einwände gegen die vorgeschlagene Änderung der Strafprozessordnung wie folgt aufschlüsseln:

1.) Das aktuelle Regierungsprogramm will die Korruptionsbekämpfung stärken und die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften besser absichern. Die vorgeschlagene Änderung der Strafprozessordnung widerspricht beiden Absichten diametral: sie würde die Bekämpfung von Korruption im Beamten- und Politikbereich de facto vereiteln und nimmt den Staatsanwaltschaften eines ihrer wichtigsten Werkzeuge aus der Hand.

Zur vorgeschlagenen Neuregelung des Verhältnisses von Sicherstellung und Amtshilfe findet sich im Regierungsprogramm keinerlei Auftrag. Der Begutachtungsentwurf nennt keinen nachvollziehbaren Grund für die Notwendigkeit einer Neuregelung. In den Erläuterungen wird zur Begründung der vorgeschlagenen Neuregelung auf die Entschließung des Nationalrats vom 25. September 2019 Bezug genommen. Diese Entschließung lautet:

*„Die Bundesregierung wird aufgefordert, eine Gesetzesinitiative vorzulegen, die durch die Implementierung eines an § 112 StPO angelehnten Systems sicherstellt, dass sensible nachrichtendienstliche Aufzeichnungen oder Datenträgern im Falle des Widerspruchs eines Betroffenen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und zu hinterlegen sind und die Entscheidung, ob die beschlagnahmten Aufzeichnungen oder Datenträger verwertet werden dürfen von einem Gericht getroffen wird, wobei einer*

*Beschwerde gegen diese Entscheidung analog § 112 Abs 3 StPO aufschiebende Wirkung zukommen soll. (...)“*

Diese Entschließung wird vom Begutachtungsentwurf in keiner Weise umgesetzt. Die Entschließung bezieht sich auf die Sicherung nachrichtendienstlicher Aufzeichnungen oder Datenträger, während der Begutachtungsentwurf, ohne weitere Gründe zu nennen, eine Neuordnung des Verhältnisses von Sicherstellung und Amtshilfe vorschlägt. Dem von der Entschließung genannten besonderen Schutz nachrichtendienstlicher Unterlagen widmet sich der Entwurf nicht.

Wollte der Begutachtungsentwurf tatsächlich dem Auftrag der Entschließung nachkommen – Bundesminister Nehammer hat in der ORF-Pressestunde vom 11.4.2021 festgehalten, dem Innenressort gehe es ausschließlich um den Schutz nachrichtendienstlicher Unterlagen und Datenträger, wofür ja auch der Kontext mit der Neuordnung der Nachrichtendienste spricht – dann müsste der Entwurf eine Bestimmung schaffen, die sinngemäß folgendermaßen lauten könnte:

***„Sicherstellung sensibler nachrichtendienstlicher Aufzeichnungen oder Datenträger***

*§ 112a. (1) Die Sicherstellung sensibler nachrichtendienstlicher Aufzeichnungen oder Datenträger in Behörden und öffentlichen Dienststellen des Bundes, der Länder und der Gemeinden sowie anderen durch Gesetz eingerichteten Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts ist nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Ersuchen um Amtshilfe (§ 76 Abs. 1) im Einzelfall den Zweck der Ermittlungen gefährden würde.*

*(2) Widerspricht die von der Sicherstellung betroffene Behörde der Sicherstellung von schriftlichen Aufzeichnungen oder Datenträgern unter Berufung auf 1. eine ausdrückliche gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber den Staatsanwaltschaften oder Strafgerichten, 2. überwiegende öffentliche Interessen im Hinblick auf nachrichtendienstliche Informationen im engeren Sinn oder 3. unter Berufung darauf, dass diese Informationen oder Daten enthalten, die von ausländischen Behörden oder internationalen Organisationen übermittelt wurden und nur mit deren vorheriger Zustimmung zu anderen als den der Übermittlung zugrundeliegenden Zwecken verarbeitet werden dürfen, so sind die sichergestellten Unterlagen auf geeignete Art und Weise gegen unbefugte Einsichtnahme oder Veränderung zu sichern und bei Gericht zu hinterlegen.*

*(3) Die betroffene Behörde ist aufzufordern, binnen einer angemessenen, 14 Tage nicht unterschreitenden Frist jene Teile der Aufzeichnungen oder Datenträger konkret zu bezeichnen, deren Offenlegung die in Absatz 2 Pkt. 1-3 beschriebenen Besorgnissen entgegenstehen. Zu diesem Zweck ist der Behördenleiter, so er nicht selbst Verdächtiger im Strafverfahren ist, berechtigt, in die hinterlegten Unterlagen Einsicht zu nehmen. Unterlässt die betroffene Behörde eine solche Bezeichnung, so sind die Unterlagen zum Akt zu nehmen und auszuwerten. Anderenfalls hat das Gericht die Unterlagen unter Beiziehung des Leiters der betroffenen Behörde, soweit er nicht Verdächtiger des Strafverfahrens ist, sowie gegebenenfalls geeigneter Hilfskräfte oder eines Sachverständigen zu sichten und anzuordnen, ob und in welchem Umfang sie zum Akt genommen werden dürfen. Unterlagen, die nicht zum Akt genommen werden, sind dem Betroffenen auszufolgen. Aus deren Sichtung gewonnene*

*Erkenntnisse dürfen bei sonstiger Nichtigkeit nicht für weitere Ermittlungen oder als Beweis verwendet werden.*

*(4) Einer Beschwerde gegen den Beschluss des Gerichts kommt aufschiebende Wirkung zu.“*

2.) Soweit sich der Entwurf in seinen Erläuterungen auf das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 22. August 2018 bezieht, interpretieren die Erläuterungen dieses Urteil falsch. Das Oberlandesgericht Wien hat in dieser Entscheidung keineswegs den Ausschluss von Hausdurchsuchungen im Behördenbereich postuliert. Das Oberlandesgericht führt vielmehr aus, dass es die Staatsanwaltschaft unterlassen habe darzulegen, warum im konkreten Einzelfall die Hausdurchsuchung das geeignetere Mittel als ein Amtshilfeersuchen wäre. Es ist unbestritten, dass nach den allgemeinen Grundsätzen der Strafprozessordnung und der Rechtsprechung Staatsanwaltschaften unter mehreren alternativen Maßnahmen immer das gelindere Mittel anzuwenden haben, d.h. dass die Amtshilfe grundsätzlich der Hausdurchsuchung vorgeht, wenn sie denselben Zweck erfüllt. Das Oberlandesgericht stellte somit nur klar, dass die Staatsanwaltschaft mit Hausdurchsuchung vorgehen kann, wenn plausible Gründe gegen die Effizienz eines Amtshilfeersuchens sprechen.

3.) Die Erläuterungen argumentieren auch mit der Bundesverfassung. Führende Verfassungsrechtler wie Prof. Heinz Mayer haben demgegenüber dargelegt, dass sich aus dem Verfassungsrecht in keiner Weise ein Ausschluss von Hausdurchsuchungen bei Behörden ableiten lässt. Die Argumentation des Begutachtungsentwurfs widerspricht im Übrigen dem Vorhaben der Bundesregierung, das Prinzip des Amtsgeheimnisses durch ein Transparenzgebot der Verwaltung zu ersetzen. Der Begutachtungsentwurf ruft mit dem Amtsgeheimnis ein System zu Hilfe, das von Regierung und Gesellschaft in dieser Form als überholt angesehen wird. Die Volksanwaltschaft hat für ihren Aufgabenbereich das Recht auf Zugang zu sämtlichen Akten der Verwaltung. Es wäre ein Wertungswiderspruch, den Zugang der Staatsanwaltschaft demgegenüber unter Hinweis auf das Amtsgeheimnis für Zwecke der Strafverfolgung einzuschränken.

4.) Hinzuweisen ist auch darauf, dass bei den medial berichteten Korruptionsermittlungen der letzten Jahre nicht einmal alle betroffenen Verdächtigen das zustehende Rechtsmittel der Beschwerde gegen die gerichtlich bewilligten Hausdurchsuchungen ergriffen haben. Das zeigt schon, dass der behauptete legistische Handlungsbedarf nicht besteht. Es gibt auch keine (höchst)gerichtliche Rechtsprechung, die einen Handlungsbedarf nahelegen würde. Rechtsmittelgerichte ändern erstinstanzliche Beschlüsse fallweise ab, das ist rechtsstaatliche Normalität. Der Gesetzgeber müsste jedes Jahr tausendfach in die Prozessordnungen eingreifen, wollte er jede Rechtsmittelentscheidung gesetzlich umsetzen. Da es sich immer um Einzelfallentscheidungen handelt, die mit einem konkreten Sachverhalt in Verbindung stehen, wäre das ein legistisch und juristisch unsinniges Unterfangen.

5.) Der Begutachtungsentwurf geht in mehrfacher Hinsicht von völlig realitätsfremden Annahmen aus. Gerade die letzten Jahre haben gezeigt, dass Behörden und Beamte eben nicht freiwillig Unterlagen und Beweismittel herausgeben und offenlegen. Vielmehr besteht real eine Tendenz von Behörden, die Herausgabe amtlicher Unterlagen zu verhindern und zu verzögern, etwa selbst gegenüber dem Parlament bei laufenden Untersuchungsausschüssen. Es ist absurd anzunehmen, die Staatsanwaltschaften könnten in politisch heiklen Ermittlungsverfahren im Wege von Amtshilfeersuchen zu Informationen kommen. Der Entwurf übergeht auch völlig die Realität des Korpsgeists in Behörden und Dienststellen, und er übergeht weiters die Tatsache, dass es – wie die letzten Monate gezeigt haben – quer durch Behörden und von oben bis nach

unten in der Behördenhierarchie enge freundschaftliche Verbindungen gibt, die einer sinnvollen Aufklärung im Wege der Amtshilfe im Wege stehen.

6.) Amtshilfeersuchen sind in der Realität der Ermittlungen eine Vorwarnung an Verdächtige. Das am Entwurf mitwirkende Bundesministerium für Justiz hat eben erst die medial berichtete Erfahrung gemacht, dass die Sicherstellung eines Mobiltelefons bei einem ranghohen Beamten dazu führt, dass kurz darauf Mobiltelefon und SIM-Karte eines weiteren hohen Amtsträgers der überraschenden Zerstörung anheimfallen. Dieses Beispiel zeigt wie viele andere, dass jede Hoffnung in Amtshilfeersuchen in brisanten Korruptionsverfahren naiv ist und dass Kritiker Recht haben, die im Entwurf die Beendigung der Korruptionsverfolgung im behördlich-politischen Bereich sehen. Denn ein Amtshilfeersuchen ist in politisch brisanten Verfahren der Startknopf zum Aktenschreddern.

7.) Das parallele System von Amtshilfe und Hausdurchsuchung ist seit Jahrzehnten bewährt, funktioniert in der Masse der Fälle problemlos. Im Großteil der Fälle holen die Staatsanwaltschaften behördliche Akten im Wege der Amtshilfe ein. In den wenigen Fällen der politischen und behördlichen Korruption wägen die Staatsanwaltschaften zwischen Amtshilfeersuchen und Hausdurchsuchung ab – für diese Abwägung gilt das in Verfassung und Strafprozessordnung festgeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip.

8.) Die Zurückdrängung der Hausdurchsuchungsmöglichkeit im Behördenbereich würde im Strafrecht – die Vereinigung der Staatsanwälte hat frühzeitig darauf hingewiesen – ein Zwei-Klassen-System von Verdächtigen etablieren: auf der einen Seite PolitikerInnen und BeamtenInnen, die Hausdurchsuchungen und damit effiziente Korruptionsverfolgung nicht mehr zu befürchten haben, auf der anderen Seite alle Bürgerinnen und Bürger und alle privaten Unternehmen, die in der Strafverfolgung sehr wohl dem Instrument der Hausdurchsuchung ausgesetzt sind. Unter diesem Aspekt erscheint die vorgeschlagene Regelung jedenfalls dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz zuwiderzulaufen, zumal die schutzwürdigen Interessen von Bürgerinnen und Bürgern und privaten Unternehmen (Schutz der Intimsphäre, Schutz von Geschäftsgeheimnissen etc.) dem Schutz des Amtsgeheimnisses zumindest gleichwertig sind.

9.) Es ist geltendes Recht, dass die Strafverfolgungsbehörden nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip agieren und bei gleicher Effizienz immer das gelindere Mittel wählen müssen. Diese Prinzipien werden von den Strafverfolgungsbehörden in der Praxis völlig problemlos angewandt, in 10.000en Fällen jedes Jahr. Der Entwurf bleibt im Ergebnis jede Begründung dafür schuldig, warum das Gesetz geändert werden soll und was sich durch die Gesetzesänderung in der Praxis ändern soll. Alle Justizbehörden sind an die höchstgerichtliche Rechtsprechung bereits jetzt gebunden. Wenn der Entwurf vorgibt, nur die Rechtsprechung und geltende Rechtslage umsetzen zu wollen, so würde sich durch den Entwurf ja gar nichts ändern und es stellt sich die Frage, worin dann eigentlich der Regelungsbedarf besteht. In dieser Argumentation ist der Entwurf eben unlauter, weil er verschweigt, dass er de facto das gesamte sensible Regime des Hausdurchsuchungsrechts auf den Kopf stellt und die Korruptionsbekämpfung im Bereich der politischen Korruption und Behördenkorruption ihres wichtigsten Werkzeugs beraubt.

10.) Die im Entwurf in § 112a Abs 2 bis Abs 4 vorgesehenen Abläufe sind derartig kompliziert, dass sie für die Praxis völlig unbrauchbar sind. Sie würden gerade in heiklen Großverfahren zu monate- und jahrelangen Verzögerungen im Fall von Meinungsverschiedenheiten führen.

Im Ergebnis könnte man allenfalls dem von Professor Mayer eingebrachten Vorschlag folgen, das Verhältnismäßigkeitsprinzip für den Bereich von Hausdurchsuchungen nochmals wie folgt auszuformulieren:

*„§ 112a Abs 1: Von einer Sicherstellung kann abgesehen werden, wenn gewährleistet ist, dass die Ziele gem § 110 Abs 1 auch durch Amtshilfe (§ 76 Abs 1) erreicht werden.“*

Im Übrigen kann nur angeregt werden, eine Reform wie oben bereits dargelegt und auch vom Bundesminister für Inneres am 11.4.2021 im ORF vorgeschlagen auf den Bereich nachrichtendienstlicher Unterlagen und Datenträger zu beschränken, ansonsten aber von dem gesamten Projekt der Änderung dieses sensiblen Bereichs der Strafprozessordnung Abstand zu nehmen. Es wäre, wie die führenden ExpertInnen einhellig festgestellt haben, das Ende der Korruptionsbekämpfung in Österreich im Bereich Behörden/Politik.

**Wien, 4. Mai 2021**

**Für das Wiener Forum für Demokratie und Menschenrechte:**

**Dr. Maria Berger und Dr. Oliver Scheiber**