

Nachrichtendienstliche Erkenntnisse und Vorfeldkriminalisierung in Österreich

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. **Richard Soyer**, Linz/Wien, Rechtsanwalt Mag. **Philip Marsch**, Wien

Der Erstautor hat beim 3. Treffen des Arbeitskreises Europäisches Strafrecht am 15.6.2018 im Panel „Vorfeldermittlungen und Vorfeldkriminalisierung als Mittel der Terrorismusbekämpfung“ zum neuen Polizeilichen Staatsschutzgesetz (PStSG) sowie zum Stand der Umsetzung der Terrorismusrichtlinie vorgetragen. Der nachfolgende Aufsatz ist eine teilweise Verschriftlichung dieses Vortrages und skizziert den Anwendungsbereich des PStSG, die Befugnisse der zivilen Nachrichtendienste und die Problematik der Überlappung präventiver nachrichtendienstlicher und repressiver kriminalpolizeilicher Tätigkeit. Ein besonderer Fokus liegt auf dem Rechtsschutz bei ziviler nachrichtendienstlicher Tätigkeit und den prozessualen Mitteln, einer (Vorfeld-)Kriminalisierung durch nachrichtendienstliche Ermittlungen zu begegnen.

I. Faktischer Hintergrund und Bedrohungslagen

Als größte Gefahr für die innere Sicherheit Österreichs wird der islamistische Extremismus und Terrorismus angesehen. Terroristische Anschläge sind bis dato in Österreich jedoch nicht zu verzeichnen. Dem Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT) waren Ende des Jahres 2017 waren 313 Personen bekannt, die aus Österreich in Kriegsgebiete in Syrien und Irak gereist sind oder reisen wollten, um sich dort aktiv am „Dschihad“ zu beteiligen. 59 Personen konnten an der Ausreise gehindert werden, 94 Personen sind wieder nach Österreich zurückgekehrt und 55 Personen sind sehr wahrscheinlich im Krisengebieten getötet worden.¹ Dem letzten verfügbaren österreichischen Verfassungsschutzbericht² ist weiters zu entnehmen, dass die Anzahl der rechts- und linksextremistisch motivierten Straftaten im Jahr 2017 im Vergleich zu 2016 deutlich gesunken ist. Als spezielle Problemfelder werden neurechte Phänomene (z.B. Identitäre), importierte Konflikte (insbesondere im Zusammenhang mit dem Putschversuch in der Türkei), staatsfeindliche Verbindungen und Staatsverweigerer, Fake News und Desinformation, Cybersicherheit und die Rolle von Österreich als nachrichtendienstlicher „Umschlagplatz“ angesehen.

Die aktuelle Bedrohungslage ist aber auch im Lichte der sog. BVT-Affäre zu sehen, die auch international große Wellen schlägt.³ Anonym erhobene Anschuldigungen und eine Anzeigerstattung durch den Generalsekretär des Bundesministeriums für Inneres (BMI) haben Ende Februar 2018 zu einer Hausdurchsuchung im BVT geführt, die vor kurzem

¹ Presseinformation des Bundesministeriums für Inneres, Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit und BVT, vom 28.6.2018, <https://www.bmi.gv.at/news.aspx?id=7844734A56344F656474733D> (6.11.2018).

² https://www.bmi.gv.at/bmi_documents/2202.pdf (6.11.2018).

³ *Mekhenet/Witte*, Austria's far-right ordered a raid on its own intelligence service. Now allies are freezing the country out, *Washington Post* v. 18.8.2018, <https://www.washingtonpost.com> (6.11.2018).

vom Oberlandesgericht Wien in weiten Teilen als rechtswidrig erklärt wurde. Mehrere Suspendierungen von Mitarbeitern des BVT waren bereits zuvor aufgehoben worden.

Neben dem weiter anhängigen Ermittlungsverfahren⁴ gegen Mitarbeiter des BVT beschäftigt sich zurzeit eine parlamentarischer „Untersuchungsausschuss über die politische Einflussnahme auf das Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung“,⁵ der innerstaatlich auf großes mediales Interesse stößt. Die Handlungsfähigkeit des BVT bei internationalen Kooperationen und der Informationsaustausch mit ausländischen Nachrichtendiensten wird dabei kritisch gesehen.

II. Rechtlicher Rahmen nachrichtendienstlichen Handelns

1. Terminologie und Selbstverständnis

Der österreichische Gesetzgeber bietet keine einheitliche Terminologie für nachrichtendienstliches Handeln. Aus Art. 52a Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), welcher ständige Unterausschüsse „[z]ur Überprüfung von Maßnahmen zum Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie von nachrichtendienstlichen Maßnahmen zur Sicherung der militärischen Landesverteidigung“ vorsieht wird – nicht ganz korrekt – der Begriff „Nachrichtendienst“ als Oberbegriff für die militärischen und zivilen Nachrichtendienste abgeleitet. Das Bundesgesetz über die Organisation, Aufgaben und Befugnisse des polizeilichen Staatsschutzes (Polizeiliches Staatsschutzgesetz, PStSG)⁶ verwendet in § 1 den Begriff „Polizeilicher Staatsschutz“, der gemäß Behördenbezeichnung nach § 1 Abs. 3 PStSG „Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung“ beinhaltet. Das Bundesgesetz über Aufgaben und Befugnisse im Rahmen der militärischen Landesverteidigung (Militärbefugnisgesetz, MBG)⁷ spricht in seinem zweiten Hauptstück von „Militärische[n] Nachrichtendienste[n]“. So wird gemeinhin der Begriff der nachrichtendienstlichen Tätigkeit (Nachrichtendienst) als Oberbegriff akzeptiert, während die Qualifikation oder Bezeichnung als Geheimdienst(e) bei den jeweiligen Behörden reflexartige Abwehrreaktionen hervorruft: Man arbeite nicht im Geheimen, sondern auf gesetzlicher Grundlage und insofern transparent.⁸

⁴ Das Rechtsanwaltsbüro, in dem die Autoren tätig sind, ist in dem laufenden Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit Vorwürfen gegen Mitarbeiter des BVT als Verteidiger mandatiert.

⁵ Zum BVT-Untersuchungsausschuss siehe näher https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/A-USA/A-USA_00003_00862/index.shtml#tab-Uebersicht (6.11.2018).

⁶ BGBl. I Nr. 5/2016 i.d.F. BGBl. I Nr. 32/2018; Materialien: <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/00763/index.shtml> (6.11.2018).

⁷ BGBl. I Nr. 86/2000 i.d.F. BGBl. I Nr. 32/2018.

⁸ *Klaushofer*, in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 2017, 9/1 Rn. 1.

2. Entwicklung des rechtlichen Rahmens

Die Entwicklung der Rechtsgrundlagen nachrichtendienstlicher Tätigkeit besticht vor allem dadurch, dass Nachrichtendienste zwar gesetzlich vorgesehen und eingerichtet waren, eine inhaltliche Determination ihres Handlungsspielraumes jedoch die längste Zeit fehlte:

Art. 52a B-VG sieht ständige Unterausschüsse zur parlamentarischen Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit vor und unterscheidet dabei zwischen zivilen und militärischen Nachrichtendiensten. Darüber hinaus finden sich keine Hinweise zur Tätigkeit der Nachrichtendienste. Das setzte sich auf einfachgesetzlicher- und Verordnungsebene fort:

Im militärischen Bereich erfolgte die organisatorische Einrichtung 1955, kraft Ministerratsbeschluss wurde das Heeres-Nachrichtenamt (HNA) eingerichtet, aus dem wiederum 1985 das Abwehramt per Ministerweisung herausgeschält wurde. Die inhaltliche Determinierung der nachrichtendienstlichen Aufgaben erfolgte 2001 mit Inkrafttreten des MBG.

Die zivile nachrichtendienstliche Tätigkeit wurde stets von den Sicherheitsbehörden wahrgenommen. Es bedurfte aber zweier Staatsaffären und ihrer Aufarbeitung im Rahmen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse (Noricum⁹ und Lucona-Affäre¹⁰), damit ihr nachrichtendienstliches Handeln 1993 mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz, SPG)¹¹ einer gesetzlichen Regelung zugeführt wurde. Seit 2016 ist das zivile nachrichtendienstliche Handeln im PStSG geregelt. Die Einrichtung des BVT und der Landesämter für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (LVT) erfolgte bereits 2002.

3. Aufgaben

a) Militärische Nachrichtendienste

Die Aufgaben der militärischen Nachrichtendienste definiert § 20 MBG in Abs. 1: „Die nachrichtendienstliche Aufklärung dient der Beschaffung, Bearbeitung, Auswertung und Darstellung von Informationen über das Ausland oder über internationale Organisationen oder sonstige zwischenstaatliche Einrichtungen betreffend militärische und damit in Zusammenhang stehende sonstige Tatsachen, Vorgänge und Vorhaben“ und Abs. 2: „Die nachrichtendienstliche Abwehr dient dem militärischen Eigenschutz durch die Beschaffung, Bearbeitung, Auswertung und Darstellung von Informationen über Bestrebungen und Tätigkeiten, die vorsätzliche Angriffe gegen militärische Rechtsgüter zur Beeinträchtigung der militärischen Sicherheit erwarten lassen.“

In Zusammenschau mit der abschließenden verfassungsgesetzlichen Regelung der Zuständigkeit des Bundesheeres nach Art. 79 B-VG, also Aufklärung und Abwehr äußerer militärischer Gefahren für die Unabhängigkeit und die Existenz Österreichs sowie seiner immerwährenden Neutralität,

wenn diesen nur mit militärischen Mitteln begegnet werden kann. Demnach sind innerösterreichische Vorgänge grundsätzlich davon ausgenommen, auch wenn diese eine Gefahr für das Bundesheer selbst darstellen. Ausnahmen bestehen lediglich bei Untätigkeit anderer Behörden, der Abwehr unmittelbarer Angriffe und kriegerischen Akten auf österreichischem Staatsgebiet (Art. 79 Abs. 5 B-VG).¹²

Für Aufklärung zeichnet das HNA verantwortlich, für Abwehr das Abwehramt.

b) Zivile Nachrichtendienste

„Der polizeiliche Staatsschutz dient dem Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie von Vertretern ausländischer Staaten, internationaler Organisationen [...] kritischer Infrastruktur und der Bevölkerung vor terroristisch, ideologisch oder religiös motivierter Kriminalität, vor Gefährdungen durch Spionage, durch nachrichtendienstliche Tätigkeit und durch Proliferation sowie der Wahrnehmung zentraler Funktionen der internationalen Zusammenarbeit in diesen Bereichen.“ (§ 1 Abs. 2 PStSG). Die Aufgaben des polizeilichen Staatsschutzes bzw. der zivilen Nachrichtendienste besteht nach § 6 PStSG insbesondere in der erweiterten Gefahrenerforschung und vorbeugendem Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen.¹³

Die erweiterte Gefahrenerforschung beinhaltet nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 PStSG „die Beobachtung einer Gruppierung, wenn im Hinblick auf deren bestehende Strukturen und auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld damit zu rechnen ist, dass es zu mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundener Kriminalität, insbesondere zu ideologisch oder religiös motivierter Gewalt kommt“.

Der Begriff des verfassungsgefährdenden Angriffs ist gemäß Legaldefinition nach § 6 Abs. 2 PStSG strafrechtsakzessorisch und bedeutet eine Bedrohung von Rechtsgütern durch bestimmte mit Strafe bedrohte bzw. strafbare Handlungen. Dazu gehören u.a. Delikte gegen den öffentlichen Frieden (jedoch nur soweit diese ideologisch oder religiös motiviert sind), Hochverrat und bestimmte andere Angriffe gegen den Staat, bestimmte gemeingefährliche strafbare Handlungen (insbesondere im Zusammenhang mit Kriegs- und Kernmaterial sowie Massenvernichtungswaffen), Spionage, Landesverratsdelikte sowie bestimmte Allgmeindelikte, wenn diese zum Nachteil verfassungsmäßiger Einrichtungen oder kritischer Infrastruktur erfolgen. Diese Bedrohungslagen betreffen die Aufgabe des vorbeugenden Schutzes nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 PStSG.

Zur Abgrenzung nachrichtendienstlicher Tätigkeit von strafrechtlichen Ermittlungen, s. IV. 1.

4. Organisation

a) Militärische Nachrichtendienste

Die militärischen Nachrichtendienste bestehen aus Heeresnachrichtenamt und Abwehramt. Es handelt sich um Verwal-

⁹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Noricum-Skandal> (6.11.2018).

¹⁰ <https://de.wikipedia.org/wiki/Lucona> (6.11.2018).

¹¹ BGBl. I Nr. 566/1991 i.d.F. BGBl. I Nr. 56/2018.

¹² Klaushofer (Fn. 8), 9/1 Rn. 21.

¹³ Die Aufgabe nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 PStSG wird in diesem Beitrag nicht behandelt.

tungsbehörden; am Kopf der Weisungskette steht der Bundesminister für Landesverteidigung.

b) Zivile Nachrichtendienste

Bei den zivilen Nachrichtendiensten ist zwischen BVT und den LVT zu unterscheiden: Das BVT ist gemäß § 1 Abs. 3 PStSG als unmittelbare Organisationseinheit in die Sektion II (Generaldirektion Öffentliche Sicherheit) des Bundesministeriums für Inneres eingegliedert.¹⁴ Die LVT sind gemäß legis citate in die neun Landespolizeidirektionen (LPD) eingegliedert, welche ihrerseits ebenfalls der oben angeführten Sektion II zugeordnet sind und sowohl sicherheits- als auch kriminalpolizeiliche Aufgaben wahrnehmen.¹⁵

Die österreichische Rechtsordnung kennt kein organisatorisches oder funktionales Trennungsprinzip zwischen nachrichtendienstlicher und kriminalpolizeilicher Tätigkeit.¹⁶ Die Beamten der LVT vereinen somit in sich nachrichtendienstliche Gefahrenforschung und kriminalpolizeiliche Ermittlungstätigkeit i.S.d. § 18 StPO. Das bringt schwierige Abgrenzungsfragen mit sich (s. III.).

5. Kooperation

a) Internationale Kooperation

Im militärischen Bereich sind internationale Kooperationen in Form von Datenübermittlungen gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 4 MBG zulässig, soweit dafür eine völkerrechtliche Verpflichtung besteht oder die Kooperation wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung der eigenen Aufgaben ist.

Für die nachrichtendienstliche internationale Kooperation fungiert das BVT gemäß § 4 Nr. 5 PStSG als Zentralstelle. Rechtsgrundlagen sind insbesondere das Polizeikooperationsgesetz sowie das EU-Polizeikooperationsgesetz.

b) Nationale Kooperation

Da die militärischen Nachrichtendienste dürfen nur in Ausnahmefällen im Inland einschreiten. Sie unterliegen daher einer Informations- und Kooperationspflicht, sie haben mit den zivilen Sicherheitsbehörden gemäß § 2 Abs. 2 MBG „auf die im Anlassfall gebotene Weise zusammenzuarbeiten.“

Die Frage der Kooperation zwischen Nachrichtendiensten und Kriminalpolizei stellt sich regelmäßig nicht, da die Funktionen von den Bediensteten der LVT in Personalunion wahrgenommen werden (s.o. II. 4. b). § 12 Abs. 4 PStSG erlaubt den zivilen Nachrichtendiensten Daten aus der nachrichtendienstlichen Datenverarbeitung „an Sicherheitsbehörden für Zwecke der Sicherheitspolizei und Strafrechtspflege, an Staatsanwaltschaften und ordentliche Gerichte für Zwecke der Strafrechtspflege“ zu übermitteln. Wenngleich die Bestimmung keine besonderen Voraussetzungen für diese Übermittlung vorsieht, gilt dabei das Verhältnismäßigkeits-

prinzip.¹⁷ Dieser sehr freie Informationsfluss bedeutet nicht, dass die Daten ohne weiteres auch für die Zwecke der Strafrechtspflege verwendet werden können (s. IV.).

Es besteht somit kein (effektives) organisatorisches oder informationelles Trennungsprinzip zwischen der nachrichtendienstlichen und der kriminalpolizeilichen Funktion. Das hat schwerwiegende Auswirkungen auf den Rechtsschutz Betroffener.

III. Rechtsschutz

Nachrichtendienstliche Tätigkeit geht mit teilweise massiven Eingriffen in Grundrechte einher. Das zeigen die umfangreichen Befugnisse nach § 12 PStSG zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten bzw. Ermittlungsergebnissen in Zusammenschau mit den gesetzlich vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 10 f. PStSG:

- Ermittlung personenbezogener Daten im Wege der Amtshilfe
- Generalmächtigung zur Ermittlung öffentlich zugänglicher personenbezogener Daten „aus allen anderen verfügbaren Quellen“
- Observation
- verdeckte Ermittlung (unter Einsatz von Vertrauenspersonen)
- Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten sowie von Kennzeichenerkennungsgeräten
- Einholen von Auskünften zur Telekommunikation (keine Inhaltsdaten)
- Einholen von Personenbeförderungsunternehmen sowie über Verkehrs-, Zugangs- und Standortdaten

Nach österreichischem Verständnis sind hier insbesondere folgende Grundrechte betroffen:

- Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK
- Recht auf Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK
- Recht auf Wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK
- Fernmeldegeheimnis nach Art. 10a Staatsgrundgesetz
- Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Datenschutzgesetz

Wenngleich die Bezeichnung „Geheimdienst“ in Österreich abgelehnt wird (s.o. II. 1.), handeln Nachrichtendienste doch regelmäßig – zumindest vorläufig – im Verborgenen. Dies bewirkt eo ipso Rechtsschutzlücken und damit besondere Anforderungen an den Rechtsschutz.¹⁸ In der Folge sollen die wesentlichen Rechtsschutzinstrumentarien überblicksartig dargestellt werden:

1. Der Rechtsschutzbeauftragte

Der Gesetzgeber begegnet der Problematik des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit nachrichtendienstlicher Tätigkeit

¹⁴ <https://www.bmi.gv.at/103/Organigramme/> (6.11.2018).

¹⁵ *Vogl*, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: 1.6.2014, § 18 Rn. 5 ff., 100 ff.

¹⁶ *Klaushofer* (Fn. 8), 9/1 Rn. 56.

¹⁷ *Heißl*, PStSG, Polizeiliches Staatsschutzgesetz, 2016, § 12 Rn. 20.

¹⁸ *Klaushofer* (Fn. 8), 9/1 Rn. 52.

mit einer wahrhaft österreichischen Lösung: Dem bewährten österreichischen Unikum des Rechtsschutzbeauftragten (RSB).¹⁹

RSB finden sich im SPG, MBG und der StPO. Es handelt sich um ein Organ mit spezifischer Zuständigkeit, über die Rechtmäßigkeit behördlichen Handelns zu wachen. Der RSB soll dabei das Fehlen vorhergehender richterlicher Kontrolle ausgleichen.²⁰ Er wird auf Vorschlag der Bundesregierung für eine Funktionsperiode von fünf Jahren bestellt (Wiederbestellung ist zulässig); der RSB ist weisungsfrei und unabhängig.

Was für den VfGH eine grundsätzlich verfassungskonforme Lösung darstellt,²¹ wird in der Literatur bisweilen heftig kritisiert. Problematisch sind die nicht ausreichende personelle Ausstattung, die organisatorische Eingliederung beim Kopf der Weisungskette (und der daraus resultierende Anschein der Abhängigkeit), die mangelnde inhaltliche Determinierung der Entscheidungskriterien sowie die mangelnde Öffentlichkeit der Entscheidungen und die daraus folgende Abhängigkeit des Schutzniveaus von der Persönlichkeit des RSB. Das System des RSB – vor allem im Bereich des PStSG – wird daher von manchen als bloß unwilliges Mitdenken des Rechtsschutzes und rechtsstaatliches Feigenblatt kritisiert.²²

Im Ergebnis stehen im Anwendungsbereich des PStSG eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen unter Kontrolle bzw. mit Ermächtigung des RSB zur Verfügung, welche im Rahmen der StPO nur unter Vorbehalt richterlicher Bewilligung durchgeführt werden können. Zu Abgrenzungsfragen und zur Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Untersuchungsergebnissen in Strafverfahren, s. IV.

Im Rahmen des PStSG obliegt dem RSB der besondere Rechtsschutz gemäß § 14 PStSG bei der erweiterten Gefahrenforschung, dem vorbeugenden Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen und der Kontrolle der Datenverarbeitung nach § 12 PStSG.

Vor Durchführung einer Aufgabe der erweiterten Gefahrenforschung und/oder des vorbeugenden Schutzes vor verfassungsgefährdenden Angriffen ist die Ermächtigung des RSB einzuholen, der diese ggf. gemäß § 14 Abs. 2 PStSG „in jenem Umfang und für jenen Zeitraum [...], der zur Erfüllung der Aufgabe voraussichtlich erforderlich ist, höchstens aber für die Dauer von sechs Monaten [erteilt]; Verlängerungen sind zulässig.“ Gleiches gilt für die besonderen Ermittlungsmaßnahmen nach § 11 PStSG und bestimmte Daten (weiter)verarbeitungen.

Über die Ermächtigung einer verdeckten Ermittlung nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 PStSG sowie zum Einholen von Auskünften über Verkehrs-, Zugangs- und Standortdaten entscheidet der RSB mit zwei Stellvertretern als Rechtsschutzsenat nach § 14 Abs. 3 PStSG. Dieser besondere Spruchkörper für diese

ihrerseits besonders eingriffsintensiven Maßnahmen wurde erst spät im Gesetzwerdungsprozess aufgenommen²³ und zeugt wohl von (Selbst-)Zweifeln des Gesetzgebers am Konzept des RSB.

Nach Ablauf der Zeit, für welche die Ermächtigung erteilt wurde, sind die Betroffenen gemäß § 16 Abs. 2 PStSG über die Maßnahme(n) zu informieren, wenn der RSB nicht einem Aufschub der Information zustimmt (Abs. 3).

Wenn der RSB eine Verletzung der Rechte Betroffener einer Datenverarbeitung wahrnimmt, hat er gemäß § 16 Abs. 1 PStSG die Betroffenen aktiv darüber zu informieren oder – wenn dies ermittlungstechnisch nicht möglich ist – selbst bei der Datenschutzkommission Beschwerde zu erheben.

Der nunmehr auch für die Kontrolle der zivilen Nachrichtendienste zuständige RSB em. o. Univ.-Prof. *Dr. Manfred Burgstaller* veröffentlicht seit nunmehr acht Jahren Informationen zum Geschäftsgang (nicht so der RSB im Bundesministerium für Landesverteidigung). Hier die Zahlen seit Inkrafttreten des PStSG:

- Im zweiten Halbjahr 2016 wurden insgesamt 51 Ersuchen betreffend Aufgabenerfüllung nach § 6 Abs. 1 PStSG gestellt. Diese beinhalten Erstersuchen (drei zu erweiterter Gefahrenforschung nach Nr. 1, acht zu vorbeugendem Schutz nach Nr. 2), Fortsetzungsersuchen (30 zu Nr. 1, zwei zu Nr. 2) sowie Zwischenersuchen zur Befugnisweiterung (zwei zu Nr. 1, sechs zu Nr. 2). Davon wurde keines abgelehnt, zeitliche Befristungen blieben jedoch oft unter der gesetzlichen Maximalfrist. Dazu kamen 124 Ersuchen um Ermächtigung zu einzelnen Ermittlungsmaßnahmen: Observation (44), verdeckte Ermittlung (25), verdeckter Einsatz von Bild-/Tonaufzeichnungen (45), Telekomdatenauskünfte (5), Transportdatenauskünfte (5). Soweit darüber entschieden wurde, erteilte der RSB bei 42 die Ermächtigung uneingeschränkt, fünf Ermächtigungen wurden nur eingeschränkt erteilt, drei zur Gänze verweigert.²⁴
- 2017 wurden insgesamt 112 Ersuchen betreffend Aufgabenerfüllung nach § 6 Abs. 1 PStSG gestellt. Diese beinhalten Erstersuchen (vier zu erweiterter Gefahrenforschung nach Nr. 1, 21 zu vorbeugendem Schutz nach Nr. 2), Fortsetzungsersuchen (59 zu Nr. 1, 17 zu Nr. 2) sowie Zwischenersuchen zur Befugnisweiterung (fünf zu Nr. 1, sechs zu Nr. 2). Viermal wurde die Ermächtigung verweigert, weil der RSB keine hinreichende Gefahrenlage sah oder die betreffenden Personen bereits im Rahmen einer bestehenden Aufgabenerfüllung miterfasst waren. Die Aufgabenerfüllung wurde stets zeitlich unter dem gesetzlichen Maximum befristet. Dazu kamen 266 Ersuchen um Ermächtigung zu einzelnen Ermittlungsmaßnahmen: Observation (94), verdeckte Ermittlung (53), verdeckter Einsatz von Bild-/Tonaufzeichnungen (97), Telekomdatenauskünfte (17), Verwendung fremder Bild-

¹⁹ Instruktiv: *Strasser*, Journal für Strafrecht (JSt) 2005, 9; *Salimi*, ÖJZ 2017, 115 (120 f.).

²⁰ *Heißl* (Fn. 17), Vorbem. Rn. 12 sowie § 14 Rn. 1.

²¹ VfSlg 17.102.

²² *Kanduth*, Richterzeitung (RZ) 2016, 53; *Adensamer/Sagmeister*, juridikum 2015, 301 (303 f.).

²³ *Heißl*, ÖJZ 2016, 719 (723).

²⁴ *Burgstaller/Goliasch/Kubarth*, SIAK-Journal 2017, Heft 3, 4 (13 ff.).

daten (1). Vier Ersuchen wurden gänzlich verweigert, bei drei erfolgte die Ermächtigung mit inhaltlichen oder zeitlichen Einschränkungen. An den Rechtsschutzsenat wurden 26 Ersuchen gerichtet; diese betrafen verdeckte Ermittlung unter Einsatz einer Vertrauensperson (neun) und die Einholung von Telekomauskünften (17), bis auf drei Ersuchen betreffend Telekomauskünfte hat der Rechtsschutzsenat sämtliche Ersuchen positiv erledigt und die Ermächtigung erteilt.²⁵

2. Verfassungsgerichtliche Kontrolle

Rechtsschutz sollte mit einer gesellschaftspolitischen Diskussion beginnen und über einen grundrechtsbejahenden Gesetzwerdungsprozess zu Eingriffen und allenfalls auch (vorläufigen) Rechtsschutzlücken führen, die durch ihre Notwendigkeit legitimiert sind.²⁶ Bisweilen sind Klarstellungen durch den Verfassungsgerichtshof („VfGH“) erforderlich gewesen:

- Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses betrifft nicht äußere Kommunikationsdaten.²⁷
- Die Pflicht militärischer Nachrichtendienste nach § 2 Abs. 2 MBG „auf die im Anlassfall gebotene Weise“ mit den zivilen Nachrichtendiensten zu kooperieren, ist bei systematischer und verfassungskonformer Auslegung verfassungskonform.²⁸
- Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes durch den RSB ist verfassungskonform. Der Rechtsschutz muss aber rechtlich und faktisch wirksam sein, was mit gesetzlich vorzuziehender aktiver Information einhergeht.²⁹
- Zum PStSG insgesamt urteilte der VfGH auf Grundlage eines Gesetzesprüfungsantrages nach Art. 140 Abs. 1 Nr. 2 B-VG:³⁰ „keine Unverhältnismäßigkeit bzw. Unsachlichkeit; keine Unbestimmtheit verwendeter Gesetzesbegriffe; keine Bedenken gegen die Regelungen über verdeckte Ermittlung, den Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungen, die Einholung von Auskünften von Telekommunikationseinrichtungen, auch im Hinblick auf Kontakt- oder Begleitpersonen, sowie die Ermittlung von Verkehrs-, Zugangs- und Standortdaten; kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis; keine Verletzung des Datenschutzes.“³¹

3. Politische Kontrolle

Ein gewisses Maß an Rechtsschutz im Sinne nachträglicher politischer Kontrolle sollen zwei ständige parlamentarische

Unterausschüsse bieten (Art. 52a B-VG). Ihre Sitzungen sind jedoch nicht öffentlich.

Ein weiteres Element parlamentarischer Kontrolle stellt das Instrument des parlamentarischen Untersuchungsausschusses dar, welches nunmehr gemäß Art. 53 Abs. 1 B-VG als Minderheitenrecht zur Verfügung steht.³² Seine Sitzungen sind grundsätzlich medienöffentlich. Die Funktionsweise dieser nachträglichen politischen Kontrolle lässt sich aktuell am Beispiel der österreichischen *causa prima* – dem so genannten BVT-Skandal (s.o. I.) – verfolgen.³³ Der Untersuchungsausschuss über die politische Einflussnahme auf das Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung (BVT-Untersuchungsausschuss) wurde am 20.4.2018 eingesetzt, sein „Untersuchungsgegenstand ist der Verdacht der abgestimmten, politisch motivierten Einflussnahme durch Organwalter, sonstige (leitende) Bedienstete sowie Mitarbeiter politischer Büros des BMI auf die Aufgabenerfüllung des BVT samt damit in Zusammenhang stehender angeblicher Verletzung rechtlicher Bestimmungen [...] hinsichtlich a. des Verwendens von Daten und Informationen inkl. des Unterlassens der Löschung, des Sammelns und Auslagerns von Daten sowie deren Weitergabe an Dritte; b. der Vollziehung des § 6 PStSG [...] (erweiterte Gefahrenerforschung und Ermittlungstätigkeit [...]); d. der Zusammenarbeit mit den für den Verfassungsschutz zuständigen Organisationseinheiten der Landespolizeidirektionen [...]“.³⁴

4. (Verwaltungs-)Gerichtliche Kontrolle

Nachrichtendienstliche Tätigkeit gehört zur Verwaltung. Betroffene können sich mit Beschwerde an die Verwaltungsgerichte – mit anschließendem Rechtszug an den Verwaltungsgerichtshof („VwGH“) sowie den VfGH – wenden.

In Verfahren über Beschwerden Betroffener ziviler nachrichtendienstlicher Maßnahmen kommt dem RSB gemäß § 15 Abs. 3 PStSG die Stellung einer Amtspartei zu.

Regelmäßig werden sich Betroffene als Betroffene einer Datenverarbeitung mit Beschwerde an die Datenschutzkommission – mit anschließendem Rechtszug an Verwaltungsgerichte sowie VfGH und VwGH – wenden.³⁵

IV. Vorfeldkriminalisierung oder unmittelbare Kriminalisierung?

Nachrichtendienstliche Ermittlungen sind eingriffintensiv, finden im Verborgenen statt und unterliegen – wenngleich materiell strafrechtlichen Ermittlungen gleich zu halten – keiner richterlichen Kontrolle.³⁶ In einer arbeitsteiligen Si-

²⁵ Burgstaller/Goliasch/Zotter, *SIAK-Journal* 2018, Heft 3, 4 (11 ff.).

²⁶ Felsner/Bouteau, *juridikum* 2015, 140 (142).

²⁷ VfSlg 19.657.

²⁸ VfSlg 17.102.

²⁹ VfSlg 17.102; *Klaushofer* (Fn. 8), 9/1 Rn. 54.

³⁰ Ein Drittel der Mitglieder des Nationalrates kann beim VfGH die Prüfung eines Bundesgesetzes auf seine Verfassungsgemäßheit beantragen.

³¹ VfGH, *Entsch. v. 29.11.2017 – G223/2016*.

³² Siehe Fn. 5.

³³ Der Gang des Untersuchungsausschusses kann auf der ausgezeichneten Homepage des österreichischen Parlaments nachvollzogen werden:

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/A-USA/A-USA_00003_00862/index.shtml (6.11.2018).

³⁴ https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/00109/fname_690547.pdf (6.11.2018).

³⁵ *Klaushofer* (Fn. 8), 9/1 Rn. 198.

³⁶ *Felsner/Bouteau*, *juridikum* 2015, 140 (142).

cherheitsverwaltung stellen sich daher insbesondere Fragen zu den rechtlichen Grundlagen für Informationsfluss und Kooperation zwischen kriminalpolizeilichen und sicherheitsbehördlichen Organen. Diese Frage ist in Österreich insofern von untergeordneter Bedeutung, als diese Aufgaben mangels Trennungsprinzip in Personalunion wahrgenommen werden.

Die wesentliche Frage ist bzw. scheint somit: Ab welchem Stadium sind die Ermittlungen nach der StPO zu führen, sodass der Betroffenen in den Genuss seiner dort vorgesehenen Verteidigungsrechte kommt?³⁷

Zur Abgrenzung PStSG–StPO: Bis BGBl. I Nr. 5/2016 steckte § 21 Abs 3 SPG³⁸ das Aufgabengebiet nachrichtendienstlicher Tätigkeit ab.³⁹ Mit Einführung des PStSG wurden die nachrichtendienstlichen Aufgaben aus dem SPG herausgeschält, weshalb die drei Materien SPG, PStSG und StPO einander gegenüberzustellen sind, um ein besseres Verständnis der Abgrenzung zwischen PStSG und StPO zu ermöglichen:

Sicherheitspolizei (SPG) und nachrichtendienstliche Tätigkeit (PStSG) sind präventive staatliche Maßnahmen. Die StPO als Grundlage kriminalpolizeilicher Tätigkeit ist dagegen vergangenheitsbezogen bzw. repressiv.

Nach § 22 Abs. 2 SPG haben die Sicherheitsbehörden „gefährlichen Angriffen auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Sittlichkeit, Vermögen oder Umwelt vorzubeugen, sofern solche Angriffe wahrscheinlich sind.“ Gemäß Abs. 3 haben sie zwar die maßgeblichen Umstände jedenfalls zu klären, wenn dies zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich ist – sobald aber ein bestimmter Mensch der Tat verdächtig ist, tritt das SPG grundsätzlich hinter die StPO zurück.⁴⁰

Das hier maßgebliche Aufgabengebiet des PStSG besteht im vorbeugenden Schutz vor verfassungsgefährdenden Angriffen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 PStSG, „sofern ein begründeter Gefahrenverdacht für einen solchen Angriff besteht (§ 22

Abs. 2 SPG).“ Der Anwendungsbereich der vorbeugenden Gefahrenabwehr nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 PStSG beginnt „mit der Wahrscheinlichkeit der Begehung eines konkreten Angriffs in absehbarer Zeit“.⁴¹ Keine ausreichende Wahrscheinlichkeit sind die bloße Möglichkeit oder Nichtausschließbarkeit eines derartigen Angriffs; Gewissheit ist jedoch nicht erforderlich.⁴²

Nach § 1 Abs. 2 StPO beginnt das Strafverfahren, „sobald Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft zur Aufklärung eines Anfangsverdachts (Abs. 3) nach den Bestimmungen des 2. Teils dieses Bundesgesetzes ermitteln“. Ein derartiger Anfangsverdacht liegt nach Abs. 3 vor, „wenn auf Grund bestimmter Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass eine Straftat begangen worden ist.“ Die Bediensteten der LVT sind (auch) Organe der Kriminalpolizei und haben nach § 2 Abs. 1 StPO derartige Verdachtslagen von Amts wegen unter Anwendung der StPO aufzuklären. Das PStSG kennt keine Bestimmung, welche es hinter die StPO zurücktreten lässt – hier sind somit breite(re) Überlappungen möglich.⁴³

Besonders drastisch zeigt sich die Möglichkeit der Überlappung bei den Vorbereitungs- und Organisationsdelikten, welche die Legaldefinition des verfassungsgefährdenden Angriffs nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 PStSG ausmachen. Da das PStSG bereits vor dem (strafbaren) Versuch derartiger Delikte anknüpft, bringen nachrichtendienstliche Ermittlungen hier eine sehr weit vor einer allfälligen Vollen- dung liegende Vorfeldkriminalisierung mit sich.⁴⁴

Amtshandlungen im überlappenden Bereich von PStSG und StPO sind doppel funktionale Amtshandlungen und bedürfen als solche doppelter rechtlicher Legitimation.⁴⁵ Das Vernachlässigen einer Rechtsgrundlage (wohl regelmäßig der StPO) bleibt nicht ohne Folgen bzw. hat nicht notwendig den allenfalls intendierten Effekt: Zum einen könnte ein bewusstes Hintanstellen der StPO durchaus als Amtsmisbrauch gewertet werden, zum anderen sind bestimmte nachrichtendienstliche Erkenntnisse im Strafprozess nicht verwertbar:

V. Verwertungsverbote im Strafprozess

Gemäß § 281 Abs. 1 Nr. 2 StPO ist das Strafurteil nichtig, „wenn ein Protokoll oder ein anderes amtliches Schriftstück über eine nichtige Erkundigung oder Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren trotz Widerspruchs des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung verlesen wurde“.

Der Schutzbereich des § 281 Abs. 1 Nr. 2 StPO wirkt über den formalen Beginn des Ermittlungsverfahrens hinaus und beginnt daher nicht erst mit einem Anfangsverdacht. Die Nichtigkeitssanktion greift bereits, wenn der Verdacht einer Straftat nach § 91 Abs. 2 StPO auch nur im Raum steht.⁴⁶ Damit reicht der Schutz des § 281 Abs. 1 Nr. 2 StPO jeden-

³⁷ Vogl (Fn. 15), § 18 Rn. 33.

³⁸ § 21 Abs. 3 SPG a.F.: Den Sicherheitsbehörden obliegt die erweiterte Gefahrenforschung; das ist die Beobachtung 1. einer Person, die

a) sich öffentlich oder in schriftlicher oder elektronischer Kommunikation für Gewalt gegen Menschen, Sachen oder die verfassungsmäßigen Einrichtungen ausspricht, oder

b) sich Mittel und Kenntnisse verschafft, die sie in die Lage versetzen, Sachschäden in großem Ausmaß oder die Gefährdung von Menschen herbeizuführen,

und damit zu rechnen ist, dass sie eine mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundene weltanschaulich oder religiös motivierte Gewalt herbeiführt, oder

2. einer Gruppierung, wenn im Hinblick auf deren bestehende Strukturen und auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld damit zu rechnen ist, dass es zu mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundener Kriminalität, insbesondere zu weltanschaulich oder religiös motivierter Gewalt kommt.

³⁹ Zur Rechtslage bis 30.6.2016 insgesamt: *Klaushofer* (Fn. 8), Rn. 59.

⁴⁰ Zu den Ausnahmen, siehe *Vogl* (Fn. 15), § 18 Rn. 32.

⁴¹ *Heißl*, ÖJZ 2016, 719 (720).

⁴² *Adensamer/Sagmeister*, *juridikum* 2016, 516 (519); *Klaushofer* (Fn. 8), 9/1 Rn. 83.

⁴³ *Heißl* (Fn. 17), § 1 Rn. 34.

⁴⁴ *Adensamer/Sagmeister*, *juridikum* 2016, 516 (519).

⁴⁵ Vgl zur Überschneidung SPG/StPO: *Vogl* (Fn. 15), Rn. 29.

⁴⁶ *Ratz*, in: *Fuchs/Ratz* (Fn. 15), Stand: 1.4.2015, § 281 Rn. 178.

falls in den überlappenden Bereich von PStSG und StPO und darüber hinaus – fallbezogen – auch in den „reinen“ Anwendungsbereich des PStSG hinein.

Damit lassen sich aber nur grobe Verstöße sanieren: Nach der ganz überwiegenden Rspr. betrifft dieser Nichtigkeitsgrund nur Akte, die gesetzlich ausdrücklich als nichtig bezeichnet werden,⁴⁷ nach gewichtigen Stimmen der Literatur sollen auch solche Akte darunter fallen, die bei Gesamtschau als nichtig zu qualifizieren sind.⁴⁸ Die Rspr. ist hier sehr zögerlich und schreibt der StPO eine Grundtendenz zu, Beweiserhebungsverbote nur punktuell durch Beweisverwertungsverbote abzusichern bzw. absichern zu wollen.⁴⁹ So zieht selbst die Missachtung gesetzlicher Vernichtungsanordnungen kein zwingendes Beweisverwertungsverbot mit sich.⁵⁰ Zudem besteht die Nichtigkeit auch nur dann, wenn dem betreffenden Organwalter die Sachverhaltsgrundlage für diese Beurteilung zugänglich war.⁵¹ Und zuletzt verlangt die strenge Rspr. noch die Absolvierung eines formalen Hürdenlaufs in der Hauptverhandlung, um das Beweisverwertungsverbot erfolgreich geltend zu machen – Fehlerpotential zu Lasten des Angeklagten.⁵²

Nichtig und damit vom Verwertungsverbot umfasst sind etwa nachfolgende Akte, die bei nachrichtendienstlichen Ermittlungen durchaus denkbar sind:

- erschlichene Geständnisse nach § 5 Abs. 3 zweiter Fall i.V.m. § 152 Abs. 2 i.V.m. § 166 Abs. 1 Z. 2 StPO;⁵³
- Ergebnisse der Umgehung
 - der geistlichen Amtverschwiegenheit (§ 144 Abs. 1 StPO);
 - von Aussageverweigerungsrechten nach § 157 Abs. 1 Nr. 2–5 StPO (Berufsheimlichkeitsgeheimnisse, z.B. Rechtsanwälte, Ärzte, Träger des Redaktionsheimnisses etc.).
- Aussagen von Beschuldigten oder Zeugen, wenn durch bloß formlose Erkundigungen die Bestimmungen über ihre Vernehmung umgangen wurden (§ 152 Abs. 1 StPO).

Dies betrifft aber nur zielgerichtet erlangte Ermittlungsergebnisse. Der Umgang mit Zufallsfunden bzw. diesbezügliche Einschränkungen der Informationsweitergabe und/oder -verwertung scheint hier noch gänzlich ungeklärt.

VI. Conclusio

Nachrichtendienstliche Ermittlungen sind besondere Eingriffe in die Freiheitsrechte und bedürfen daher eines speziellen

⁴⁷ Ratz (Fn. 46), Rn. 173.

⁴⁸ Kirchbacher, in: Fuchs/Ratz (Fn. 15), Stand: 1.8.2009, § 246 Rn. 122.

⁴⁹ Kirchbacher (Fn. 48), Rn. 122.

⁵⁰ Kirchbacher (Fn. 48), Rn. 55.

⁵¹ Ratz (Fn. 46), § 281 Rn. 38, 180.

⁵² Als Überblick: Soyler/Marsch, AnwBl. 2018, 200.

⁵³ Befürwortend: Wiederin, in: Fuchs/Ratz (Fn. 15), Stand: 1.10.2013, § 5 Rn. 138; nicht verneinend: Ratz (Fn. 46), Rn. 361.

Schutzes. Der österreichische Gesetzgeber hat sich zu einem eher intransparenten und persönlichkeitsabhängigen Rechtsschutz durch einen RSB entschieden und bietet darüber hinaus wenig Gewähr, dass zweifelhaft erlangte Kenntnisse nicht auch noch in einem Strafverfahren verwertet werden.

Die Autoren halten es mit *Benjamin Franklin*: They who can give up essential liberty to obtain a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety.