

# Exposé

Zum Dissertationsvorhaben mit dem Arbeitstitel  
**Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren**

Verfasser  
**Mag. Bernhard Wiesbauer**

angestrebter akademischer Grad  
**Doctor iuris (Dr. iur.)**

Studienrichtung lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften  
Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101  
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Straf- und Strafprozessrecht

Betreuer: O. Univ.-Prof. Dr. Frank Höpfel

Wien, Juni 2019

# 1. Einleitung

Die Anwendung des Strafrechts ist, da regelmäßig mit Eingriffen in die Rechte und Freiheiten von Personen verbunden, einer Reihe rechtsstaatlicher Grundsätze verpflichtet. Sie betreffen das materielle Strafrecht ebenso wie das Strafverfahrensrecht und sind weiträumig bereits durch das Verfassungsrecht garantiert. Während aus dem Gesetzlichkeitsprinzip für Bestimmungen, die regelmäßig zu intensiven Eingriffen in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte ermächtigen („eingriffsnahe Gesetze“), besonders hohe Bestimmtheitserfordernisse abgeleitet werden,<sup>1</sup> steht eine zu strenge Determinierung einzelner Normen der praktischen Anwendung auf die Vielfalt der Lebenssachverhalte entgegen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz löst diese Spannung, indem er die Rechtsanwendung durch die Organe des Strafverfahrens innerhalb eines offen gestalteten Raumes einer Norm an das Gebot der Abwägung widerstreitender Interessen bindet. Im materiellen Strafrecht betrifft das insbesondere die Begrenzung von Strafen und vorbeugenden Maßnahmen.<sup>2</sup> Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit ist aber bereits und gerade dann bedeutsam, wenn Schuld oder Gefährlichkeit noch nicht bewiesen sind. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat daher im formellen Strafrecht fundamentalen Charakter.

Die Dissertation soll überwiegend Fragen zum Verhältnismäßigkeitsgebot im österreichischen Strafverfahren untersuchen. Wegen der hohen Eingriffsintensität stehen die Bestimmungen über die Ermittlungsmaßnahmen, Festnahme und Untersuchungshaft im Vordergrund. Dabei sollen auch neuere Entwicklungen der grenzüberschreitenden Strafverfolgung in der Europäischen Union berücksichtigt werden, soweit sie die Wahrung der Verhältnismäßigkeit berühren.

## 2. Einführung in die Thematik

### 2.1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Auch das Verhältnismäßigkeitsgebot im Strafprozess präzisiert Verfassungsrecht. Beinahe alle verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte („Grundrechte“) sind mit Gesetzesvorbehalt garantiert. Das bedeutet, dass ein Eingriff dann keine Verletzung darstellt, wenn bestimmte Interessen der Allgemeinheit schwerer wiegen als die Interessen der vom Eingriff betroffenen Person. Die meisten Freiheitsrechte der EMRK bezeichnen die Schutzgüter, deren Verteidigung Eingriffe durch Gesetzgebung und Vollziehung legitimieren können. Darüber hinaus muss der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Ähnlich verlangt Art 52 Abs 1

---

<sup>1</sup> VfSlg. 10.737/1985. Vgl. außerdem *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2018) RZ 1290.

<sup>2</sup> Vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT<sup>15</sup> (2016) RZ 26. Vgl. außerdem VfSlg 10517/1985.

zweiter Satz GRC, dass jede Einschränkung der Ausübung der Rechte und Freiheiten aus der Charta nur aus den von der Europäischen Union anerkannten Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer erfolgen darf. Die nationalen Grundrechte des StGG 1867 werden nach ihrem Wortlaut vorbehaltlos garantiert, nach einhelliger Auffassung erlauben aber auch sie verhältnismäßige Einschränkungen.<sup>3</sup>

## 2.2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 5 StPO

Die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung überträgt § 5 StPO auf den Strafprozess. Es handelt sich dabei nicht bloß um einen Programmsatz, § 5 StPO enthält unmittelbar anwendbares Recht: Die Bestimmungen über die Verhältnismäßigkeit sind bei der Anwendung jeder Norm, die eine Befugnis zum Rechtseingriff enthält, in diese hineinzulesen.<sup>4</sup> § 5 Abs 1 StPO nimmt durch die Formulierung „[...] zur Aufgabenerfüllung erforderlich [...]“ eine Aufgabenbindung vor: nur die Zwecke des Strafverfahrens, die in § 1 Abs 1 StPO als die „[...] Aufklärung von Straftaten, Verfolgung verdächtiger Personen und Fällung der damit zusammenhängenden Entscheidungen [...]“ definiert sind, rechtfertigen einen Rechtseingriff. § 5 Abs 2 StPO konkretisiert die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit und bezieht sich sowohl auf die Befugnisauswahl (erster Satz) als auch auf die Befugnisdurchführung (zweiter Satz).<sup>5</sup>

### 2.2.1. Aspekte der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Nach der Rsp des EuGH bildet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Zulässigkeitsmaßstab für Eingriffe in die Gemeinschaftsfreiheiten. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Eingriffes und das Übermaßverbot bilden dort die Kernelemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Diese Praxis hat mehrheitlich zu einer innerstaatlichen Übernahme der Mitgliedstaaten geführt, weshalb in der Literatur auch vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im europäischen Sinn gesprochen wird.<sup>6</sup>

Dass nach § 5 Abs 1 erster Satz StPO Rechtseingriffe zur Aufgabenerfüllung erforderlich sein müssen, setzt implizit voraus, dass eine Maßnahme für die Erreichung des konkreten Ziels einer Strafverfolgung überhaupt geeignet ist. Dazu kommt nach dem zweiten Satz des Abs 1, dass jeder

<sup>3</sup> Vgl grundlegend VfSlg 11.737/1988.

<sup>4</sup> Vgl *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 (Stand 1.10.2013) RZ 10. Nur bei der obligatorischen Festnahme (vgl. § 170 Abs 2 StPO) und Verhängung der Untersuchungshaft (vgl. § 173 Abs 6 StPO) bei besonders schweren Verbrechen hat ausnahmsweise schon der Gesetzgeber eine Vermutung der Verhältnismäßigkeit getroffen.

<sup>5</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergänzt (wie eingangs kurz angesprochen) das ebenfalls in § 5 Abs 1 StPO enthaltene strafprozessuale Gesetzlichkeitsprinzip. Das „Lockspitzelverbot“ in § 5 Abs 3 StPO ist als abwägungsfester Grundsatz ausgestaltet und nicht als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgebots zu verstehen. Vgl. *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 (Stand 1.10.2013) RZ 5.

<sup>6</sup> Vgl *Frowein/Peuckert*, EMRK-Kommentar<sup>3</sup> (2009) Vorbemerkungen zu Art. 8-11 EMRK, RZ 17.

strafprozessuale Eingriff in einem „angemessenen Verhältnis zum Gewicht der Straftat, zum Grad des Verdachts und zum angestrebten Erfolg“ stehen muss (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn). Das entspricht dem Prüfungsschema des EuGH nach den genannten Schritten: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Zum leichteren Verständnis des folgenden Problemumrisses sollen diese Aspekte zunächst kurz analysiert werden:

#### a. Geeignetheit einer Maßnahme

Der angestrebte Erfolg muss durch die in Aussicht genommene Ermittlung auch erzielbar sein. Die tatsächlichen Gegebenheiten, die eine Maßnahme tauglich erscheinen lassen, müssen im Zeitpunkt der Entscheidung über die Anwendung einer Maßnahme und während der gesamten Dauer ihrer Durchführung vorliegen. Erweist sich die in Aussicht genommene oder bereits vorgenommene Maßnahme zur Erreichung des Zwecks als ungeeignet, ist von einem (weiteren) Rechtseingriff abzusehen. Die Prüfung dieser Mittel-Zweck-Relation ist der Ausgangspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

#### b. Erforderlichkeit

Bei einer Mehrheit von geeigneten Maßnahmen ist nach § 5 Abs 2 erster Satz StPO jene auszuwählen, welche die betroffene Person am geringsten in ihren Rechten beeinträchtigt (Grundsatz des gelindesten Mittels). Bei der Auswahl ist aber mit zu berücksichtigen, dass verschiedene geeignete Maßnahmen mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit zum erwünschten Ermittlungserfolg führen können. Die Erforderlichkeitsprüfung ist somit als beweglicher Mechanismus zu verstehen. Das Vorhandensein eines weniger einschneidenden Mittels verlangt insbesondere nicht, den Ermittlungserfolg aufs Spiel zu setzen. Was die Ermittlungen gegen Bedienstete des Bundesamts für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung im Jahr 2018 („BVT-Affäre“) betrifft, war die vorgenommene Hausdurchsuchung nicht erforderlich, denn weniger einschneidende Mittel, insbesondere Amtshilfe nach § 76 StPO, hätten wohl denselben gewünschten Ermittlungserfolg versprochen. Die Nähe der vom Eingriff betroffenen Person zur Tat, zumal Ermittlungsmaßnahmen auch Personen betreffen können, die nicht tatverdächtig sind („Streuwirkung“), müssen ebenfalls in die Abwägung mit einbezogen werden. § 5 Abs 2 zweiter Satz StPO spricht auch den Grundsatz der schonendsten Durchführung an: „[...] Gesetzlich eingeräumte Befugnisse sind in jeder Lage des Verfahrens in einer Art und Weise auszuüben, die unnötiges Aufsehen vermeidet, die Würde der betroffenen Personen achtet und deren Rechte und schutzwürdige Interessen wahrt.“

### c. Angemessenheit

Selbst wenn neben einer geeigneten Maßnahme keine gelindere Alternative besteht, ist ihre Anwendung versagt, wenn der angestrebte Nutzen zu dem zu erwartenden Schaden für die betroffene Person in keinem angemessenen Verhältnis steht. Auch hier sind Mittel und Zweck in Relation zu setzen, anders als bei der Prüfung der Geeignetheit findet nun aber eine Gewichtung statt: Die Schwere der Straftat, der Grad des Verdachts und der angestrebte Erfolg sind den Rechten der betroffenen Person gegenüberzustellen. Maßgeblich sind insbesondere der Stellenwert des Ermittlungsziels einerseits und die negativen Auswirkungen der Maßnahme andererseits.<sup>7</sup>

### 2.3. Konkretisierungen der Verhältnismäßigkeit durch die materiellen Voraussetzungen der Ermittlungsmaßnahmen

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 5 StPO tritt als weiteres Tatbestandselement zu den materiellen Voraussetzungen der Ermittlungsmaßnahmen, Festnahme und Untersuchungshaft hinzu.<sup>8</sup> Die Ausgestaltung der materiellen Voraussetzungen, die durch den Gesetzgeber bereits nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten erfolgte, bestimmt den Raum für die Gewichtung der öffentlichen und privaten Interessen durch die Organe des Strafverfahrens. Die Dissertation soll klären, welche Aspekte der Verhältnismäßigkeit (siehe oben Punkt 2.2.1) in den besonderen Voraussetzungen bereits angesprochen und ob solche gar abschließend geregelt sind. Einige Bestimmungen enthalten einen Verweis auf § 5 StPO und rufen damit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausdrücklich in Erinnerung.<sup>9</sup> Daraus darf nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine verhältnismäßige Rechtsanwendung sonst nicht geboten wäre. Vielmehr sollte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei besonders schwer wiegenden Grundrechtseingriffen bzw wegen des hohen Stellenwerts der persönlichen Freiheit wiederholt hervorgehoben werden.<sup>10</sup>

Die Dissertation wird versuchen, das Verhältnismäßigkeitsgebot gemeinsam mit den Bestimmungen des 8. und 9. Hauptstücks der StPO in ein System einzuordnen. Zum leichteren Verständnis werden hier nur erste Überlegungen herausgegriffen:

In seiner vollen Tragweite kommt § 5 StPO bei einer verdeckten Ermittlung nach § 129 Z 2 StPO zur Anwendung, denn § 131 StPO nennt als materielle Voraussetzung nur, dass die verdeckte Ermittlung „[...] zur Aufklärung einer Straftat erforderlich scheint“. Da sich der Aufgabenbezug,

---

<sup>7</sup> Zum Ganzen *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 (Stand 1.10.2013) RZ 74 ff.

<sup>8</sup> Vgl *Wiederin* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 (Stand 1.10.2013) RZ 10.

<sup>9</sup> Das betrifft zB die allgemeine Ermächtigung der KriPO, ihre Befugnisse mit Zwang durchzusetzen (§ 93 StPO), heimliche Informationseingriffe (zB § 136 Abs 4 StPO) und die Festnahme (§ 170 Abs 3 StPO).

<sup>10</sup> RV 25 BlgNR 22. GP 31.

der gerade die Aufklärung von Straftaten zum Kern hat, wie auch die Erforderlichkeit aus § 5 StPO ergeben, scheint § 131 StPO bloß als allgemeine gesetzliche Grundlage zu dienen.

#### a. Konkretisierung des Aufgabenbezuges?

Unklar ist die Bedeutung des § 5 StPO bei der Observation nach § 129 Z 1 StPO. Als Ermittlungsziele nennt § 130 StPO die „[...] Aufklärung einer Straftat oder [...]“ die „[...] Ausforschung des Aufenthalts des Beschuldigten [...]“ und schränkt dadurch auf den ersten Blick den Aufgabenbezug (siehe Punkt 2.2) ein. Die Observation einer anderen Person wiederum kann aber ebenso zur Aufklärung einer Straftat dienen und ist nicht zwingend unverhältnismäßig.

#### b. Modifizierung der Erforderlichkeit?

Der Grundsatz des gelindesten Mittels weicht in den materiellen Voraussetzungen nicht vom Muster des § 5 StPO ab. Auf den ersten Blick scheint die Telefonüberwachung (§ 134 Z 3 StPO) unter den Voraussetzungen des § 135 Abs 3 Z 3 StPO den Grundsatz des gelindesten Mittels abzuschwächen: Es genügt, dass die Verfolgung einer dort bezeichneten Tat sonst „wesentlich erschwert“<sup>11</sup> wäre. Dass auch weniger einschneidende Ermittlungsmaßnahmen zum selben Ermittlungsziel führen schadet nicht, wenn deren Anwendung erheblich langwieriger oder weniger erfolgsversprechend wäre. Das entspricht § 5 StPO, da die Prüfung der Erforderlichkeit im Einzelfall (wie oben unter Punkt 2.2.1.b kurz angesprochen) als beweglicher Mechanismus zu verstehen ist.<sup>12</sup>

Hierher gehört auch die Frage, ob die StPO ultima-ratio-Bestimmungen enthält. Der Anschein entsteht vor allem dort, wo ein Vorgehen zur Erreichung eines bestimmten Ermittlungsziels „unerlässlich“ sein muss. Unter den Voraussetzungen konkreter Ermittlungsmaßnahmen, soweit die Erforderlichkeit von Rechtseingriffen angesprochen ist, kommt diese Formulierung aber nicht vor. § 93 StPO erlaubt die Anwendung von „[...] physischer Gewalt gegen Personen und Sachen [...]“ soweit dies für die Durchführung von Ermittlungen oder die Aufnahme von Beweisen unerlässlich ist [...]“ und knüpft damit an die Durchführung einer Maßnahme bei Vorliegen deren besonderer Tatbestandsmerkmale an. § 131 Abs 2 StPO erlaubt die Herstellung und den Gebrauch von Urkunden, soweit im Rahmen einer verdeckten Ermittlung unerlässlich. Der Rechtseingriff in die Privatsphäre erfolgt jedoch erst durch die verdeckte Ermittlung und nicht schon durch die Herstellung oder den Gebrauch von Urkunden. Allerdings dürfte die Bestimmung über die Zeugenvernehmung nach § 161 Abs 3 StPO, wonach Fragen an Zeugen nach Umständen aus dem

---

<sup>11</sup> Dieselbe Formulierung findet sich auch in den Voraussetzungen des „großen Lauschangriffes“ nach § 136 Abs 1 Z 3 StPO.

<sup>12</sup> Vgl. *Reindl-Krauskopf* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 5 (Stand 1.4.2016) RZ 21.

höchstpersönlichen Lebensbereich nur gestellt werden dürfen, wenn „[...] dies nach den besonderen Umständen des Falles unerlässlich ist“, ultima-ratio-Charakter haben.

#### c. Determinierung der Angemessenheit

Durch Anknüpfung an einen (dringenden) Tatverdacht oder eine Abstraktion der konkreten Tat (Mindeststrafdrohungen oder Verbrechen) werden wesentliche Elemente der Angemessenheit angesprochen (siehe Punkt 2.2.1.c). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Eingriffe unter dieser Schwelle nicht verhältnismäßig sein können. Für die übrigen Voraussetzungen ist § 5 StPO heranzuziehen. Die Dissertation geht von der These aus, dass sich mit Zunahme der Sensibilität des Rechtsguts oder der Intensität des Eingriffs, der Spielraum für Angemessenheitserwägungen im Einzelfall verringert.

#### d. Strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung nach dem JGG

Abweichend von den Haftbestimmungen der StPO unterliegt die Verhängung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft bei Jugendlichen nach § 35 JGG<sup>13</sup> teilweise strengeren Bestimmungen. In die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Haftverhängung sind nach § 35 Abs 1 JGG drohende Nachteile für die Persönlichkeitsentwicklung und das Fortkommen einzubeziehen. Zu erwägende Nachteile sind insbesondere ein Drohen des Verlusts des Schulplatzes oder der Ausbildungsstelle.<sup>14</sup> Diese Umstände, die bei der Prüfung der Angemessenheit zu berücksichtigen sind, lassen sich nicht von den in § 5 Abs 2 StPO gesondert genannten schutzwürdigen Interessen ableiten, da diese sich nur auf die schonende Durchführung und nicht auch auf die Auswahl einer Befugnis beziehen. Dadurch stellt § 35 Abs 1 JGG eine Abweichung zu § 5 StPO dar.

#### e. Verhältnismäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen zur Verhinderung geplanter Straftaten

Der Aufgabenbezug des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat, wie bereits (unter Punkt 2.1) erwähnt, die Zwecke des Strafverfahrens iSd § 1 Abs 1 StPO vor Augen, deren Kern die Aufklärung begangener Straftaten ist. Einen Bezug auf die Abwehr künftiger Gefahren gibt es nicht. Dass die StPO ausnahmsweise einige Ermittlungsmaßnahmen zur Verhinderung geplanter Straftaten<sup>15</sup> erlaubt, scheint gerechtfertigt, da in jedem Fall an den (dringenden) Verdacht einer bestimmten Straftat oder einer kriminellen Organisation oder Vereinigung angeknüpft wird, von der die zukünftige Gefahr

---

<sup>13</sup> Das gilt eingeschränkt für Junge Erwachsene nach § 46a Abs 2 iVm § 35 Abs 1 zweiter Satz und Abs 1b JGG. Vgl auch OGH 15 Os 79/08v.

<sup>14</sup> Vgl *Jesionek/Edwards/Schmitzberger*, Das österreichische Jugendgerichtsgesetz<sup>5</sup> (2017) § 35 Anm 13. Vgl. außerdem OGH 15 Os 77/02, EvBl 2002/187, 692.

<sup>15</sup> Vgl die §§ 131 Abs 2, 135 Abs 3 Z 3 und 136 Abs 1 Z 3 StPO.

ausgeht.<sup>16</sup> Die Schwere der befürchteten Tat muss konsequenter Weise aber ebenso wie die der begangenen Tat in die Prüfung der Angemessenheit der in Aussicht genommenen Maßnahme mit einfließen. Fraglich ist, ob sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgrund seines Aufgabenbezugs auch auf die Abwehr künftiger Gefahren beziehen kann. Ähnlich gelagert ist auch die Beurteilung der Tatbegehungs- und Ausführungsgefahr bei Festnahme<sup>17</sup> und Untersuchungshaft<sup>18</sup>.

## 2.4. Verhältnismäßigkeit und Urteilsnichtigkeit

Effektiven Schutz vor übermäßigen Rechtseingriffen durch hoheitliche Gewalt kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann entfalten, wenn seine Anwendung der Kontrolle strafprozessualer Rechtsschutzmechanismen unterworfen ist. Die Behauptung der Verletzung in einem subjektiven Recht durch eine unverhältnismäßige (und damit rechtswidrige) Ermittlung eröffnet Rechtsschutzmöglichkeiten nach der StPO oder dem SPG, abhängig davon, ob die Rechtsverletzung dem Gericht, der StA oder KriPo zuzurechnen ist. Die Verwendung von Beweismaterial aus unverhältnismäßigen Ermittlungen führt aber nicht zwingend zur Nichtigkeit des darauf gestützten Urteils.<sup>19</sup>

Zunächst liegt der Nichtigkeitsgrund § 281 Abs 1 Z 2 StPO nahe, der Fehler im Ermittlungsverfahren erfasst. Da Verfahrensfehler aber nur relevant sind, wenn das Gesetz sie ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht<sup>20</sup> und § 5 StPO keine Nichtigkeitssanktion enthält, kann eine Urteilsnichtigkeit wegen unverhältnismäßiger Ermittlungen niemals mit der zitierten Bestimmung begründet werden.

Näher zu beleuchten sind in diesem Zusammenhang die heimlichen Informationseingriffe nach den §§ 134 ff StPO. § 140 Abs 1 StPO bedroht nicht Verstöße gegen die dort genannten Voraussetzungen selbst, sondern die Verwendung dadurch erlangter Beweise in der Hauptverhandlung mit Nichtigkeit. Daran knüpft der Nichtigkeitsgrund § 281 Abs 1 Z 3 StPO an. Es ist zu untersuchen, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in die inhaltlichen Voraussetzungen der §§ 135 und 136 Abs 1 Z 1 bis 3 StPO auch dann hineinzulesen ist, wenn es um die Frage der Urteilsnichtigkeit nach § 140 Abs 1 Z 1 oder 2 StPO geht. Dass eine Ermittlungsmaßnahme nach § 140 Abs 1 Z 2 StPO „[...] rechtmäßig angeordnet und bewilligt wurde [...]“ impliziert, dass auch

<sup>16</sup> Kritisch dazu *Zerbes* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 131 (Stand 8.9.2017, rdb) RZ 7.

<sup>17</sup> Vgl § 170 Abs 1 Z 4 StPO.

<sup>18</sup> Vgl § 173 Abs 2 Z 3 StPO.

<sup>19</sup> Vgl JBl 2011, 402 mA *Zerbes*. Jedenfalls die gänzliche Unterlassung der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 17 Abs 6 FinStrG begründet Urteilsnichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 dritter Fall. Sie betrifft aber eine Bestimmung des materiellen Rechts und soll nicht näher erörtert werden. Vgl dazu zB OGH 13 Os 131/93.

<sup>20</sup> *Seiler*, Strafprozessrecht<sup>16</sup> (2017), RZ.

sämtliche materielle Voraussetzungen vorliegen. Das schließt wiederum die Verhältnismäßigkeit mit ein.<sup>21</sup> Da ein ausdrücklicher Bezug einerseits fehlt, Verhältnismäßigkeit aber nach § 136 Abs 4 StPO und allgemein nach § 5 StPO geboten ist, lässt die StPO diese Frage offen.

Schließlich ist zu erörtern, ob es sich beim Verhältnismäßigkeitsgebot um einen Verfahrensgrundsatz handelt, dessen Beachtung durch grundrechtliche Vorschriften (insbesondere Art 6 EMRK) oder sonst durch das Wesen eines die Strafverfolgung sichernden, fairen Verfahrens geboten ist, der bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zur Anwendung des Nichtigkeitsgrundes § 281 Abs 1 Z 4 StPO führen kann. In der Rsp war die verbotene Tatprovokation (§ 5 Abs 3 StPO) bis zuletzt nur unter Strafzumessungsgesichtspunkten relevant,<sup>22</sup> seit BGBl I Nr 26/2016 handelt es sich nunmehr um ein Verfahrenshindernis.<sup>23</sup>

## 2.5. Verhältnismäßigkeit im Europäischen Strafrecht

Die nationalen Strafrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind, trotz einiger sich darin spiegelnder gemeineuropäischer Charakteristika<sup>24</sup>, höchst unterschiedlich ausgestaltet. Strafverfahren werden daher auch nach wie vor von den Behörden der Mitgliedstaaten durchgeführt.<sup>25</sup> „Europäisches Strafrecht“ ist noch nicht als genuin europäisches Straf- oder Strafverfahrensrecht zu begreifen, denn eine supranationale Strafgewalt mit eigenen Justizbehörden gibt es nicht. Vielmehr handelt es sich um strafrechtsrelevante Rechtsakte der Europäischen Union und das dadurch beeinflusste nationale Strafrecht, die einer stetigen Weiterentwicklung unterliegen. Dazu zählt eine Vielzahl von Materien, die teils überschneidend den Bereichen Kriminalpolitik, Strafrechtsdogmatik, Strafverfahrensrecht, Kriminologie, Europarecht sowie Verfassungs- und Völkerrecht zugeordnet werden können.<sup>26</sup>

Grenzüberschreitende Strafverfolgung setzt den Schutz subjektiver Rechte einem Spannungsfeld zwischen Anerkennung, Vorbehalt und Harmonisierung aus.<sup>27</sup> Die Dissertation wird sich unionsrechtlichen Entwicklungen und den neuesten Überlegungen zu einem vereinfachten und beschleunigten Strafverfahren zuwenden, soweit dadurch die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der österreichischen StPO berührt erscheint. Im Zentrum steht

---

<sup>21</sup> Vgl. *Reindl-Krauskopf* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 140 (Stand 1.12.2014) RZ 3.

<sup>22</sup> OGH RS0119618.

<sup>23</sup> Vgl. RV 1057 BlgNR 25. GP 7.

<sup>24</sup> Dazu zählen insbesondere das Rechtsstaatsprinzip, das Schuldprinzip oder das Prinzip des „fair trials“ im Strafprozess.

<sup>25</sup> Vgl. *Hecker*, *Europäisches Strafrecht* (2005) § 1 RZ 4 f.

<sup>26</sup> Vgl. *Hecker*, *Europäisches Strafrecht* § 1 RZ 9 ff.

<sup>27</sup> Vgl. *Böse*, *Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln?* ZIS 2014, 152 (153).

damit das unionsrechtlich beeinflusste österreichische Strafverfahrensrecht. Insbesondere sind die bereits umgesetzte Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) und die neueren Vorhaben zu Europäischen Herausgabe- und Sicherungsanordnungen zu nennen:

Der Ausbau der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen wurde mit der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (RL EEA)<sup>28</sup> durch eine vereinfachte und beschleunigte Erhebung von Beweisen in Fällen mit grenzüberschreitenden Bezügen bedeutend verstärkt. In Österreich erfolgte die Umsetzung durch Änderung des EU-JZG<sup>29</sup>. Die RL EEA sieht vor, dass die ausstellende Behörde unter Verwendung eines einheitlichen Formulars eine Europäische Ermittlungsanordnung erlässt, die im Vollstreckungsstaat nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung vollstreckt wird. Den Schutz subjektiver Rechte überträgt sie sowohl dem Anordnungs- als auch dem Vollstreckungsstaat. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme ist nach Art 6 Abs 1 lit a RL EEA in erster Linie an die Anordnungsbehörde adressiert: Eine EEA darf nur erlassen werden, „[...] wenn sie unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person notwendig und verhältnismäßig [...]“ ist. Die Unverhältnismäßigkeit einer angeordneten Ermittlungsmaßnahme wird im Katalog der Ablehnungsgründe in Art 11 RL EEA nicht genannt. Das legt nahe, dass es nicht Aufgabe der Vollstreckungsbehörde ist, die Verhältnismäßigkeit einer angeordneten Maßnahme zu prüfen.

Andererseits lässt sich eine Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in die allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung des Art 10 Abs 1 lit b RL EEA hineinlesen, wonach die Vollstreckungsbehörde auf eine andere als die in der EEA vorgesehene Maßnahme zurückgreifen kann, wenn die angeordnete Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht zur Verfügung steht. Da eine unverhältnismäßige und damit (jedenfalls nach österreichischem Recht) rechtswidrige Maßnahme nicht zur Verfügung stehen kann, kommt auf dieser Grundlage eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die Vollstreckungsbehörde in Betracht.<sup>30</sup> Problematisch erscheint aber, dass § 55b Abs 1 EU-JZG, der die Vollstreckungsvoraussetzungen des Art 10 Abs 1 RL EEA umsetzt, einen Rückgriff auf andere Maßnahmen ausdrücklich nur an das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage (§ 5 Abs 1 StPO) und die in § 55a Abs 1 Z 4 EU-JZG genannten Gründe knüpft. Auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit findet sich kein Bezug, vielmehr sprechen die Erläuterungen zu § 55a Abs 1 Z 4 EU-JZG von einer bewussten Außerachtlassung der

---

<sup>28</sup> RL 2014/41/EU, insbesondere gestützt auf Art 82 Abs 1 lit a AEUV.

<sup>29</sup> IdF BGBl I 28/2018.

<sup>30</sup> Vgl Böse, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln? ZIS 2014, 152 (158 ff).

Unverhältnismäßigkeit, da Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht den Vorgaben der RL-EEA entsprechen und gegenüber dem vorangehenden System der Rechtshilfe einen Rückschritt bedeuten würden.<sup>31</sup> Mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Bestandteil des europäischen *ordre public* scheint diese Rechtslage bedenklich.<sup>32</sup> Für die Zulässigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Vollstreckungsstaat spricht überdies Art 14 Abs 2 RL EEA über die Rechtsbehelfe gegen eine EEA. Darnach können die sachlichen Gründe für den Erlass zwar nur im Anordnungsstaat angefochten werden, die Garantien der Grundrechte im Vollstreckungsstaat bleiben nach dem Vorbehalt im zweiten Halbsatz der zitierten Bestimmung jedoch unberührt.

Moderne Erscheinungen der Kriminalität, in denen elektronische Kommunikationsmittel für die Begehung von Straftaten missbraucht werden, fördern den Bedarf nach einem noch rascheren grenzüberschreitenden Zugang zu elektronischen Beweismitteln und setzen die bereits bestehenden Kooperationsverfahren unter Druck.<sup>33</sup> Einen weiteren Abbau von Rechtshilf Hindernissen hat der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rats über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel vor Augen.<sup>34</sup> Der Vorschlag beinhaltet bindende Anordnungen einer Justizbehörde an einen Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste und damit an Personen des Zivilrechts. Im Unterschied zur EEA gibt es keine Vollstreckungsbehörde mehr.<sup>35</sup> Fragen zum Schutz subjektiver Rechte, stellen sich dadurch noch verschärft dar. Zwar soll die Verhältnismäßigkeit einer Anordnung durch die Festlegung eines Mindeststrafmaßes auf Basis einer Freiheitsstrafe ermöglicht werden,<sup>36</sup> darin erschöpft sich Verhältnismäßigkeitsprüfung allerdings noch nicht. Die Vornahme einer komplexen Interessenabwägung durch private Rechtsanwender im Einzelfall scheint jedenfalls problematisch.

---

<sup>31</sup> RV 66 BlgNR 26. GP 4.

<sup>32</sup> Vgl *Leonhardt*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen: Umsetzungsanforderungen für den deutschen Gesetzgeber (2017) 61.

<sup>33</sup> Vgl den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, Dokument 1 (17.4.2018), abgerufen auf <https://eur-lex.europa.eu>, 1.

<sup>34</sup> Art 82 Abs 1 AEUV soll auch hier als vertragliche Ermächtigung herangezogen werden. Kritisch dazu die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss für Strafrecht Nr 42/2018, 7.

<sup>35</sup> Das sind zB Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste, sozialer Netzwerke oder von Online-Marktplätzen, Anbieter anderer Hosting-Dienste und von Internetinfrastruktur wie Registern von IP-Adressen und Domännennamen.

<sup>36</sup> Vgl den Vorschlag über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen, 7.

### 3. Forschungsfragen im Überblick

- Wie verhält sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 5 StPO zu den Voraussetzungen der Eingriffsermächtigungen nach dem 8. Hauptstück der StPO?
  - Wird durch die materiellen Voraussetzungen der Ermittlungsmaßnahmen eine Konkretisierung oder Modifizierung des Verhältnismäßigkeitsgebots vorgenommen?
  - Welche Aspekte der Verhältnismäßigkeit sind dabei betroffen?
  - Ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch auf Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten anwendbar?
- Kann die Verwendung von Beweisergebnissen, die durch unverhältnismäßige Ermittlungen erlangt wurden, Urteilsnichtigkeit begründen?
- Welche Bedeutung hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der StPO im Europäischen Strafrecht?
  - Kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach der StPO bei der Vollstreckung einer EEA Anwendung finden?
  - Welche Probleme ergeben sich aus dem Vorschlag über Europäische Herausgabe- und Sicherungsanordnungen für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach der StPO?

## 4. Gliederung in Grundzügen

### **I. Einführung**

Einleitung

Begriffsbestimmung

Verfassungsrechtliche Grundlagen

Grundrechtliche Rechtsprechung von EGMR und VfGH

Historische Entwicklung in Europa

Verhältnismäßigkeit im materiellen Strafrecht

Begrenzung von Strafen und vorbeugenden Maßnahmen

Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

### **II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Strafverfahren**

Bedeutung und Funktion des § 5 StPO

Aspekte der Verhältnismäßigkeit

Geeignetheit

Erforderlichkeit

Verhältnismäßigkeit in engeren Sinn

Verhältnis zu den materiellen Voraussetzungen der Ermittlungsmaßnahmen

Festnahme und Haft

Strengere Verhältnismäßigkeit im JGG

### **III. Verhältnismäßigkeit und Rechtsschutz**

Rechtsbehelfe im Ermittlungsverfahren

Urteilsnichtigkeit nach § 281 StPO

### **IV. Verhältnismäßigkeit im Europäischen Strafrecht**

Allgemeines zur Verhältnismäßigkeitsprüfung in der grenzüberschreitenden Strafverfolgung

Die Europäische Ermittlungsanordnung

Vorschlag zu Europäischen Herausgabe- und Sicherungsanordnungen

## 5. Aktueller Stand der Forschung

Der vorstehende Einblick in die Forschungsfragen zeigt, dass Literatur und Rechtsprechung in nur geringem Ausmaß vorliegen. Zu den Forschungsfragen über die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes neben den materiellen Voraussetzungen der Ermittlungsmaßnahmen finden sich nur vereinzelt Hinweise im Wiener Kommentar zur StPO. Der Zusammenhang zwischen Verhältnismäßigkeit und Urteilsnichtigkeit wurde bisher noch nicht aufgegriffen. Ebenso wenig wurden bislang Verhältnismäßigkeitsprobleme behandelt, die die Umsetzung der genannten Unionsrechtsakten betreffen.

## 6. Methodik

Die Forschungsergebnisse sollen durch die klassischen juristischen Arbeitsmethoden erzielt werden. Dabei spielen neben den einschlägigen Gesetzestexten (insbesondere der StPO) und den dazugehörigen Materialien, die Rechtsprechung von OGH, OLG, EuGH und EGMR eine tragende Rolle. Zur Beantwortung der Fragen im Rahmen des Europäischen Strafrechts soll punktuell ein Vergleich zum Deutschen Strafprozessrecht vorgenommen werden.

## 7. Zeitplan

Februar bis Juni 2019	Themenfindung und Konzepterstellung
SoSe 2019	Absolvierung der Studieneingangsphase, Absolvierung von Lehrveranstaltungen aus dem Dissertationsfach
WiSe 2019/20	Verfassen von Teil I und II
SoSe 2020	Verfassen von Teil III
WiSe 2020/21	Verfassen von Teil IV, Überarbeitung der Dissertation
SoSe 2021	Einreichung der Dissertation und Defensio

## 8. Ausgewählte Literatur

### Monographien

*Hecker*, Europäisches Strafrecht (2005)

*Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht AT<sup>15</sup> (2016)

*Leonhardt*, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen: Umsetzungsanforderungen für den deutschen Gesetzgeber (2017)

*Mayer/Kucszko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015)

*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016)

*Seiler*, Strafprozessrecht<sup>16</sup> (2017)

### Kommentare

*Bertel/Vernier*, StPO Kommentar (2012)

*Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur StPO

*Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar<sup>3</sup> (2009)

*Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB<sup>2</sup>

*Jesionek/Edwards/Schmitzberger*, Das österreichische Jugendgerichtsgesetz<sup>5</sup> (2017)

### Aufsätze

*Böse*, Die Europäische Ermittlungsanordnung – Beweistransfer nach neuen Regeln? ZIS 2014