

Wien, 24. Mai 2017

Betreff: Über die rechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Überwachungssoftware („Bundestrojaner“) im Rahmen der Strafverfolgung

Eine von BMI und BMJ eingesetzte interministerielle Expertenarbeitsgruppe¹ unter der Leitung von Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian Funk hat im Jahr 2008 festgestellt, dass „Online-Durchsuchungen“ von Computersystemen mittels „Trojanern“ nach der österreichischen Rechtsordnung (insb. StPO, SPG und MBG) **nicht zulässig sind**, da die erforderlichen Ermächtigungen de lege lata nicht vorliegen.

Allgemein sind nur jene Ermittlungsmaßnahmen zulässig, die durch bestehende, ausdrückliche, gesetzliche Ermächtigungen gestattet sind. Der analogen Heranziehung von „ähnlichen“ Bestimmungen steht in der StPO das **Analogieverbot für Ermittlungsmaßnahmen** des § 5 entgegen, aber auch die analoge Heranziehung von Bestimmungen in anderen Gesetzen steht mit dem **Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG** („Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden“) in einem Spannungsverhältnis.

Die Frage, ob Beweise, die im Rahmen einer nicht ausdrücklich gesetzlich geregelten „Online-Überwachung“ erhoben wurden, im Strafverfahren verwertet werden dürfen, hat der Oberste Gerichtshof (OGH)² nicht abschließend beantwortet. Ein Grundrechtseingriff durch die Vorführung dieser ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung gewonnenen Beweise, wurde in diesem Verfahren vom Rechtsmittelwerber zwar nicht aufgegriffen, allerdings weist der OGH in der Urteilsbegründung ausdrücklich darauf hin, dass das prozessuale Analogieverbot im Beurteilungszeitpunkt noch nicht in Kraft war.

Seit Inkrafttreten der großen **StPO-Novelle im Jahr 2008** ergibt sich die Unzulässigkeit klar aus dem Gesetz. Nach der derzeitigen Rechtslage ergibt sich also - auch ohne ein ausdrückliches Verbot des Einsatzes staatlicher **Spionagesoftware** - **eindeutig**, dass eine „Online-Durchsuchung“ (etwa durch „Keylogger“ etc.) **rechtswidrig** ist.

¹ BMJ/BMI Interministerielle Arbeitsgruppe „Online-Durchsuchung“ Bericht Endfassung, 13.03.2008.
http://www.new2go.at/themen/inetspy_ua/ag_onlinedurchsuchung_endbericht.pdf

² OGH 27.08.2008, 13 Os 83/08t.



Epizentrum – Plattform für
grundrechtsbasierte Zukunftspolitik
(vormals AKVorrat)
Annagasse 8/1/8, 1010 Wien
team@epicenter.works
www.epicenter.works
ZVR: 140062668

Vienna, 24. May 2017

Concerning: On the legality of Government Hacking (“Bundestrojaner”) in the course of criminal prosecution in Austria

An interministerial expert working group³ set up by the Ministry of Interior (BMI) and the Ministry of Justice (BMJ) under direction of Professor Dr. Bernd-Christian Funk determined in 2008 that an "online search" of computer systems **is not in accordance with Austrian law** (in particular the Criminal Procedure Code, the Security Police Act, and the Military Powers Act).

Generally speaking, investigatory measures constitute an interference of fundamental rights and are only allowed if permitted by law. An **analogous application of "similar" provisions is precluded** by the “analogy prohibition” for investigative measures as set down in § 5 of the Criminal Procedure Code. An analogous application of provisions, as it is in principle allowed in other laws, is always in tension with the Legalitätsprinzip (**principle of legality**) as set down in **Art. 18 (1) of the Austrian Constitution**.

The Austrian High Court (OGH) has not conclusively ruled on the question of whether evidence which was obtained through investigative measures that are not explicitly regulated can be admitted in criminal proceedings. In a case involving evidence obtained through the infiltration of a computer system⁴, the appellant did not argue a violation of their fundamental rights through admission of this unlawfully obtained evidence in the redress procedures. Nevertheless, the OGH pointed out in its judgment that the procedural “prohibition of analogy” was simply not yet in force at the time of this particular criminal investigation.

Since the entry into force of an **amendment** to the **Criminal Procedure Code in 2008**, the inadmissibility of evidence obtained by investigative measures which are not explicitly permitted by law is undisputed. According to the current legal situation, it is clear that an **"online search"** (e.g. by "keyloggers", etc.) **is unlawful** even without an explicit ban on government hacking-tools.

³ BMJ/BMI Interministerielle Arbeitsgruppe „Online-Durchsuchung“ Bericht Endfassung, 13.03.2008.
http://www.new2go.at/themen/inetspy_ua/ag_onlinedurchsuchung_endbericht.pdf

⁴ OGH 27.08.2008, 13 Os 83/08t.