



10/SN-256/ME

**JOHANNES
KEPLER
UNIVERSITÄT
LINZ**

Johannes Kepler Universität Linz

A-4040 Linz/Auhof

Der Rektor

An das
Präsidium des Nationalrates
Dr. Karl Renner Ring 3
1017 W I E N

Dr. Ottzwaenger
41 GE 986

Datum: 15. JULI 1986

16.7.86 fe

Ihr Zeichen

Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

8-8-5

Sachbearbeiter/Klappe DW

Roithmayr/636

Datum

11.7.1986

Betreff Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit

Bezugnehmend auf einen Erlaß des Bundeskanzleramtes GZ 600. 635/20-V/1/86 vom 14.5.1986 erlaubt sich die Johannes Kepler Universität Linz in der Anlage 25 Exemplare der Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit zu übermitteln.

Hans Dolinar
(O.Univ.-Prof. Dr. Hans Dolinar)

Beilage: 25

Gesehen: *der Dekan*

(O.Univ.-Prof. Dr. Peter Apathy)

UNIVERSITÄT LINZ
Institut für Strafrecht, Strafprozeßrecht
und Kriminologie
Univ.-Prof. Dr. Reinhard Moos

A-4040 Linz 11.7.1986
Telefon: 0732/31381/349 (Durchwahl)

An das
Präsidium des Nationalrats
- Parlament -

1017 Wien

Stellungnahme
zum Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes
über den Schutz der persönlichen Freiheit

Diese Stellungnahme bezieht sich auf die Formulierung des Art 2 Ziff 2 zur Untersuchungshaft, auf Art 2 Ziff 4, Art 4 Abs 3 zur Verhaftung im Verwaltungsstrafverfahren und auf die Kumulierung von Verwaltungsfreiheitsstrafen in Art 3.

I) In Art 2 Ziff 2 des Entwurfs werden die Haftgründe der Wiederholungs- bzw Ausführungsgefahr denen der Flucht- und Verdunkelungsgefahr in dieser Reihenfolge in einem Atemzug gleichgestellt und es wird festgestellt, daß sie alle "zum Zwecke der Sicherung eines gerichtlichen Strafverfahrens" dienen. Diese Zweckbestimmung trifft für die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr nicht zu. Art 5 Abs 1 lit c MRK, der hinter dieser Vorschrift steht, stellt für die Tatbegehungsgefahr, wie die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr kurz genannt werden sollen, die Verbindung zu dem genannten Zweck nicht her. Es ist richtig, daß die Untersuchungshaft dem Zweck dienen soll, das Strafverfahren zu sichern. Das gilt aber nur für die Haftgründe der Flucht-

- 2 -

und Verdunkelungsgefahr. Insoweit ist die ausdrückliche Zweckbestimmung durch den Entwurf ein großer Gewinn, denn sie verbietet die in der Praxis zusätzlich übliche kriminalpolitische Sinngebung der Untersuchungshaft als antizipierte Strafe.

Die Tatbegehungsgefahr bezieht sich nicht auf die Sicherung des Strafverfahrens wegen der dem Täter angelasteten Tat, sondern auf die Verhinderung einer weiteren Straftat. Es handelt sich nicht um eine Untersuchungshaft im üblichen Sinne, weil die Tat, wegen der verhaftet werden soll, noch gar nicht begangen bzw nicht vollendet worden ist und daher auch ihre Untersuchung in einem Strafverfahren nicht gesichert werden kann. Vielmehr hat diese Haft einen eigenen, präventiven, polizeilichen Charakter. Sie ist eine vorbeugende Maßnahme eigener Art, für die auch eigene Wertungsmaßstäbe gelten, wie die letzte Reform dieses Haftgrundes 1983 deutlich zum Ausdruck gebracht hat. Es ist zwar zuzugeben, daß sich die Haft wegen Wiederholungsgefahr auch zur Sicherung des Strafverfahrens auswirkt, denn eine weitere Straftat, die zu der schon geschehenen hinzukommt, kann das Verfahren belasten und verzögern. Die Vermeidung der Verfahrenserschwerung ist aber nur eine Nebenwirkung dieser Haft und nicht ihr eigentlicher Zweck (vgl näher Moos, Landesbericht Österreich, in: Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht, hrsg von Jescheck/Krümpelmann, 1971, 412 f).

In der deutschen Literatur ist sehr umstritten, ob eine solch Haft für Strafgerichte überhaupt statthaft sein darf. Immerhin wird sie von der MRK gedeckt. In dieser Stellungnahme soll auch nicht ihre Beseitigung gefordert werden, wohl aber ist es unerlässlich, ihre Sonderstellung in der Zweckgebung zum Ausdruck zu bringen.

- 3 -

Art 2 Ziff 2 des Entwufs folgt § 180 StPO, wo die Tatbegehungsgefahr ebenfalls den anderen Haftgründen gleichgestellt wird. Es muß aber das Ziel der Strafprozeßreform sein, diese Gleichstellung künftig zu beseitigen. So ist auch nach § 112a dtStPO dieser Haftgrund von der Flucht- und Verdunkelungsgefahr äußerlich getrennt. Die jetzt vorgeschlagene Formulierung des Art 2 Ziff 2 vereitelt eine entsprechende Reform. Als Mitglied des ehemaligen Arbeitskreises für Grundsatzfragen einer Reform des Strafprozeßrechts und des noch bestehenden Arbeitskreises Haftzahlen beim Bundesministerium für Justiz ist mir sehr daran gelegen, daß der Reform der Untersuchungshaft nicht auf die im Entwurf vorgeschlagene Weise vorgegriffen wird.

Im übrigen ist auch der Text dieser Ziffer insoweit mißverständlich abgefaßt, als die Fluchtgefahr auf die Wiederholungsgefahr bezogen wird. Die der MRK entlehnten Worte "nach Begehung einer solchen" beziehen sich hier nicht auf die Anlaßtat, sondern auf die Wiederholungstat, während die MRK bei der Tatbegehungsgefahr eine Wiederholung nicht voraussetzt. Damit wird die Fluchtgefahr in unsachgemäßer und vermutlich auch ungewollter Weise auf die Flucht nach einer wiederholten Tat eingeschränkt.

Schließlich wäre es zweckmäßig, die Verdunkelungsgefahr inhaltlich kurz zu umschreiben. Dieses bildhafte Wort ist zu wenig präzis. Es besteht die Gefahr, daß darunter jede Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung verstanden wird, wie es in mißverständlicher Weise § 180 Abs 2 Ziff 2 StPO in der Fassung von 1971 unterlegt werden kann, obwohl das vom Gesetzgeber nicht gewollt war. Vielmehr sollte gerade dem Mißbrauch der Haft als Mittel zur Geständnisverpressung oder als Sanktion gegen einen leugnenden Beschuldigten verfassungsrechtlich ein Riegel vorgeschoben werden. Die Verdunkelungsgefahr wäre ganz allgemein zu umschreiben als die Gefahr,

- 4 -

die Wahrheitsfindung durch die Beeinträchtigung von sachlichen Beweismitteln oder durch die Beeinflussung von Personen zu erschweren. Die weitere Präzisierung und auch Einschränkung bliebe der StPO überlassen.

Art 2 Ziff 2 wäre deshalb wie folgt aufzuteilen:

2. zum Zwecke der Sicherung eines gerichtlichen Strafverfahrens, sofern dringender Verdacht besteht, daß er eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Handlung begangen hat und begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, daß es notwendig ist, ihn an der Flucht oder an der Erschwerung der Wahrheitsfindung durch die Beeinträchtigung sachlicher Beweismittel oder durch die Beeinflussung von Personen zu hindern;
- 2a. zum Zwecke der Verhütung einer Straftat, sofern dringender Verdacht besteht, daß er eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Handlung begangen hat und begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, daß er ungeachtet der gegen ihn gerichteten Strafverfolgung diese Handlung entweder wieder holen oder die von ihm versuchte oder angedrohte Tat ausführen werde.

- II) Zwischen der Verhaftung für ein gerichtliches Strafverfahren und ein Verwaltungsstrafverfahren besteht nach dem Entwurf insoweit ein innerer Widerspruch, als es für die erstere in der Regel eines richterlichen Befehls bedarf, für die letztere dagegen nicht. Die Regelung für das gerichtliche Verfahren gründet sich auf § 2 Freiheitsschutzgesetz von 1862, die für das Verwaltungsverfahren ist weit jüngeren Datums und verzichtet trotzdem auf diese rechtsstaatliche Errungenschaft.

Wenn der bekannte innere Widerspruch der Verwaltungsfreiheitsstrafe zu Art 5 MRK (österr Vorbehalt) durch die Einführung eines Tribunals in zweiter Instanz überhaupt beseitigt werden kann (Art 3 und 6 des Entwurfs), so bleibt doch der Widerspruch zu § 2 Freiheitsschutzgesetz bestehen: Die Regel, daß die Haft nicht nur nachträglich von einem Richter überprüft, sondern auch von vornherein von einem Richter anzuordnen ist, muß auch im Verwaltungsstrafrecht gelten. Lediglich bei Gefahr im Verzug dürfen auch dort die Beamten autonom tätig werden. Wenn schon Freiheitsentzug im Verwaltungsstrafrecht, dann müssen dort auch dieselben verfassungsrechtlichen Kautelen gelten, wie im normalen Strafverfahren, denn die Freiheit ist dem Bürger immer gleich viel wert, gleichgültig in welcher Verfahrensart sie ihm entzogen werden soll.

Außerdem muß es in Art 4 Abs 3 statt "zuständigen Behörde" entsprechend Art 5 Abs 3 MRK heißen: "einem Richter oder einem anderen, gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten". Daß es sich um einen solchen handeln muß, gibt der Entwurf nur in den Erläuterungen zu, er verweist auf entsprechende Durchführungsbestimmungen. Es geht aber nicht an, daß die entscheidenden Kautelen für die Freiheit nicht in der Verfassung selbst stehen, sondern der Interpretation offen sind. Der Text der Verfassung darf auch nicht hinter dem der MRK zurückbleiben.

- III) Nach Art 3 des Entwurfs sollen Freiheitsstrafen nur "in der Regel" nicht zusammengerechnet werden. Ausnahmen sollen den Erläuterungen zufolge bei "besonderem Bedürfnis" zulässig sein. Das ist ein Kompromiß, zudem vom Entwurf selbst anerkannten Prinzip der Nichtzusammenrechnung, der einer Verfassung nicht angemessen ist. Wenn sich der Verfassungsgesetzgeber dazu durchringt, daß es bei den Verwaltungs-

- 6 -

freiheitsstrafen soweit wie bei den gerichtlichen Freiheitsstrafen das Kumulationsprinzip geben soll, dann sollte er diesen Grundsatz ohne Ausnahmen festsetzen. Die möglichen Ausnahmen stellen einen unerträglichen Wertungswiderspruch zum gerichtlichen Strafrecht (§ 28 StGB) dar. Es ist nicht einzusehen, wieso bei mehrfachen Verwaltungsübertretungen die Freiheit mehrfach stärker eingeschränkt werden kann, als bei der Häufung von Verbrechen und Vergehen, zumal die Freiheitsstrafe bei Verwaltungsübertretungen ohnehin schon überaus fragwürdig ist. Für eine Kumulierung besteht auch kein wirkliches kriminalpolitische Bedürfnis. Was insoweit für das allgemeine Strafrecht gilt, muß auch hier gelten, die Sicherheit würde darunter nicht leiden. Im übrigen ist die Möglichkeit der Ausnahme mit der Formel "in der Regel" für eine Verfassung viel zu unbestimmt. Dasselbe gilt von den Erläuterungen mit dem Hinweis auf das "besondere Bedürfnis".

Der Entwurf wird dem rechtsstaatlichen Nachholbedarf, den wir in Österreich auf dem Gebiet des Verwaltungsstrafrechts haben, nicht gerecht und er vermauert im Gegenteil künftige Reformen.

Hoer