

14/SN-256/ME

# ÖSTERREICHISCHE JURISTENKOMMISSION

ÖSTERREICHISCHE SEKTION DER INTERNATIONALEN JURISTENKOMMISSION · GENF/SCHWEIZ

Sekretariat: A-1030 Wien, Beatrixgasse 3 · Telefon 75 53 59

Wien, am 9. Juli 1986. HB/VB

An das  
Präsidium des  
Nationalrates  
Parlament  
Dr. Karl-Renner-Ring 3  
1017 Wien

zur Überwachung

41 GE 9.86

Datum: 15. JULI 1986  
16.7.86

Betrifft: Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes über den  
Schutz der persönlichen Freiheit, BKA-Zahl 600.635/20-V/1/86

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Note des Bundeskanzleramtes vom 14. Mai 1986, wurde der obbezeichnete Gesetzentwurf der ÖSTERREICHISCHEN JURISTENKOMMISSION zur Begutachtung übermittelt und gleichzeitig ersucht, je 25 Exemplare der Begutachtungen an Sie zu übermitteln.

Im Hinblick darauf, daß eine statutengemäße Stellungnahme der ÖSTERREICHISCHEN JURISTENKOMMISSION in der zur Verfügung stehenden relativ kurzen Zeit nicht möglich war, wurde der Gesetzentwurf den ständigen Mitgliedern der ÖSTERREICHISCHEN JURISTENKOMMISSION mit dem Bemerkung zuge stellt, daß jeder einzelne hiezu Stellung nehmen könne.

Es langten daraufhin die beiliegenden Stellungnahmen der Herren Prof. Dr. Franz PALLIN, Univ. Prof. Dr. Franz BYDLINSKI, Rechtsanwalt Dr. Dietrich ROESSLER, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, und Rechtsanwalt Dr. Heinz BARAZON ein, von denen ich im Auftrag des Präsidenten Dr. SCHUPPICH, je 25 Exemplare übermittelte.

Ich verbleibe mit

vorzüglicher Hochachtung

Dr. Heinz Barazan  
(Vorstandsmitglied)

Beilagen erwähnt  
EINSCHREIBEN

Bankverbindungen:

Zentralsparkasse der Gemeinde Wien, Konto 602 242 208 · Österreichische Länderbank AG, Konto 227 107 878

**DR. HEINZ BARAZON**  
Rechtsanwalt

A-1030 Wien, am 28. Juli 1986  
Beatrixgasse 3  
Telefon 73 13 57, 73 63 25  
Postscheckkonto 1000.700  
Länderbank/Landstraße 227 100 545

An das  
Bundeskanzleramt  
Ballhausplatz 2  
1014 W i e n

**Betrifft: GZ 600.635/20-V/1/86**

Unter Bezugnahme auf die Zuschrift des Bundeskanzleramtes vom 14. Mai 1986, mit welchem die ÖSTERREICHISCHE JURISTENKOMMISSION zur Stellungnahme betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit aufgefordert wurde, sowie unter Bezugnahme auf das Rundschreiben der ÖSTERREICHISCHEN JURISTENKOMMISSION vom 7. Juni 1986, erstatte ich zu dem genannten Gesetzentwurf nachstehende

**B E G U T A C H T U N G :**

**A. EINLEITENDE BEMERKUNGEN:**

Der gegenständliche Entwurf stellt das Resultat der Bemühungen der Grundrechtekommission dar, eine zeitgemäße Neufassung des österreichischen innerstaatlichen Grundrechtskataloges zu erstellen, wobei mit der Problematik des Schutzes der persönlichen Freiheit der Anfang gemacht werden soll.

Das Vorblatt stellt als Alternative die Beibehaltung des derzeitigen Rechtszustandes dar und der allgemeine Teil der Erläuterungen verweist darauf, daß mit diesem Entwurf die Übereinstimmung des innerstaatlichen Rechtes mit den Bestimmungen des Staatsvertrages von St. Germain, des Staatsvertrages von Wien, vor allem aber mit dem Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention hergestellt werden soll.

Als Hauptaufgabe wird auch betont, daß durch die Gesetzwerdung dieses Entwurfes die Möglichkeit bestehen sollte, den Vorbehalt Österreichs zum Art.5 EMRK fallen zu lassen, und eine, den Bestimmungen dieses im Verfassungsrang stehenden Staatsvertrages entsprechende Lösung zu bieten.

Grundsätzlich muß darauf hingewiesen werden, daß Neuschaffungen von Gesetzen nur dann gerechtfertigt sind, wenn sie einerseits eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand bieten und andererseits die Aufgaben erfüllen, die ihnen vom Gesetzgeber gestellt werden. Bedauerlicherweise kann - und dies wird noch bei den einzelnen Bestimmungen im Detail ausgeführt werden - in dem vorliegenden Entwurf eine wesentliche Verbesserung des derzeitigen Rechtszustandes nicht erblickt werden, und auch das Ziel der Konventionskonformität mit der EMRK scheint nicht erreicht werden zu können. Es wäre daher durchaus denkbar, von der Neukodifikation Abstand zu nehmen, zumal insbesondere das zweite Ziel, nämlich die Aufhebung des Vorbehalts gegenüber dem Art.5 EMRK auf viel einfachere Weise gelöst werden könnte. Man müßte nämlich nur die §§ 10-13 des Verwaltungsstrafgesetzes ersatzlos aufheben und würde schon die Forderung der EMRK, daß nämlich nur ein Richter über den Entzug der Freiheit zu bestimmen hat, erfüllen.

Es muß daher dahingestellt bleiben, ob die Neukodifikation notwendig bzw. nützlich ist, oder ob nicht durch viel einfachere gesetzgeberische Mittel der gleiche Effekt erzielt werden könnte.

#### B. BEMERKUNGEN ZU DEN EINZELNEN BESTIMMUNGEN:

Vor Eingang in diese Bemerkungen sei darauf hingewiesen, daß gegen diejenigen Punkte, die im folgenden nicht erwähnt werden, von mir keinerlei Einwand erhoben wird.

#### Zu Artikel 2 Ziffer 2:

Hier wird, wie dies bedauerlicherweise auch in der Österreichischen Strafprozeßordnung der Fall ist, zwischen Verwahrungs- und Sicherungshaft auf der einen und Untersuchungshaft auf der anderen Seite nur mangelhaft unterschieden. Zur Sicherung eines gerichtlichen Strafverfahrens ist eine Inhaftierung wegen Wiederholungs- oder Begehungsgefahr nicht notwendig, wohl aber zum Schutze der durch die Tathandlung bedrohten Bevölkerung. Es müßte daher m.E. zwischen einer Art Verwahrungshaft zur Vermeidung unmittelbarer Gefahr für die Gesellschaft, und Untersuchungshaft, also einer Haft, die

zur Sicherung und Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens notwendig ist unterschieden werden. Zu erwägen wäre in diesem Zusammenhang noch, die Verwahrungs- und Sicherungshaft insofern einzuschränken, als die Begehung auf frischer Tat als zusätzliche Voraussetzung einzuführen wäre.

**Zu Artikel 2 Ziffer 3:**

Diese Bestimmung wäre ersatzlos zu streichen.

**Zu Artikel 2 Ziffer 4 u. 5:**

Diese beiden Bestimmungen wären allenfalls sogar mit Ziffer 2 zu kombinieren, wobei die Vorführung vor die Behörde wegen einer Verwaltungsübertretung bedenklich erscheint, die Vorführung vor Gericht aber in den beiden Punkten erstaunlicherweise fehlt.

**Zu Artikel 2 Ziffer 6:**

Ein Freiheitsentzug wegen Geisteskrankheit ist insofern bedenklich, als dieser Begriff zu wenig definiert erscheint, außerdem unter Umständen gerade Freiheitsentzug z.B. wegen schwerer Alkoholbeeinträchtigung oder Drogenbeeinträchtigung mindestens so fremdgefährlich sein kann, wie die Geisteskrankheit, wobei allerdings in all diesen Fällen die Selbstgefährdung als Haftgrund ausgeschlossen werden müßte. Selbstmord ist in Österreich nicht strafbar und Selbstgefährdung durch Geisteskrankheit, Alkohol- oder Suchtgifteinfluß kann daher als Grund für den Freiheitsentzug nicht herangezogen werden.

**Zu Artikel 3:**

Die Befugnis von Verwaltungsbehörden, Freiheitsstrafen zu verhängen, ist durch die EMRK in keiner Weise gedeckt. Es ist daher m.E. auch nicht zulässig, in einem konventionskonformen Gesetz diese Möglichkeit weiterhin aufrechtzuerhalten, ganz gleichgültig, ob diese Freiheitsstrafen zeitlich begrenzt sind oder nicht.

Würde diese Befugnis der Verwaltungsbehörden abgeschafft werden, wäre auch die Frage der kumulativen Verhängung von Freiheitsstrafen gegenstandslos und es müßte dagegen keinerlei Bestimmung in den Gesetzentwurf aufgenommen werden. Im übrigen ist aber der lapidare Satz: "Freiheitsstrafen sind in der Regel nicht zusammenzurechnen" völlig ungeeignet, um den allseits be-

klagten Mißstand der willkürlichen und kumulativen Verhängung von Freiheitsstrafen zu beseitigen. Es müßte eindeutig verfassungsgesetzlich festgelegt werden, daß im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes ebenso wie im Bereich des judiziellen Strafrechtes das Absorptionsprinzip zu gelten hat, womit kombiniert mit der Maximalstrafe von sechs Wochen, die Kumulation, wie sie derzeit gehandhabt wird, einwandfrei beseitigt werden könnte.

Große Bedenken müssen allerdings auch gegen den letzten Satz des Artikel 3 angebracht werden. Eine unabhängige und unparteiische Behörde entspricht keineswegs den Auffassungen des österreichischen Bürgers und Gesetzgebers, soferne darunter irgendwelche Kommissionen verstanden sind, in denen an und für sich weisungsgebundene Beamte plötzlich weisungsfrei gestellt werden. Es ist zwar richtig, daß die Europäische Menschenrechtskommission und der Europäische Menschenrechtsgerichtshof speziell in früheren Jahren - ich erinnere an das Ringeisen-Urteil aus dem Jahre 1972 - derartige Kommissionen, "tribunals" genannt, als ausreichenden Schutz vor behördlicher Willkür anerkannt hat, doch hat sich die diesbezügliche Meinung der Europäischen Instanzen immer mehr verfeinert und verbessert, sodaß man heute davon sprechen kann, daß sich die Tendenz zum echt unabhängigen Richter abzeichnet.

Die Lösung dieses Problems hängt aber weniger mit der EMRK sondern vielmehr mit der unglückseligen Formulierung des Art.94 B-VG zusammen. Der Art.94 B-VG ist selbst innerhalb des Bundesverfassungsgesetzes nicht konsequent durchgeführt, da auch der Verwaltungsgerichtshof und der Verfassungsgerichtshof Justiz darstellen, wenn auch nicht im ressortmäßig dem Bundesministerium für Justiz zugeordneten Sinn, und dementsprechend die Behauptung des Art.94, daß nämlich Justiz und Verwaltung in allen Instanzen getrennt sind, selbst im Bundesverfassungsgesetz nicht durchgehalten werden konnte.

Dazu kommt, daß in zwei wichtigen Bereichen dieses Postulat auch auf einfachgesetzlicher Ebene nicht erfüllt wird. Ich meine damit die Schiedsgerichte der Sozialversicherung, die als Instanz gegenüber den Verwaltungsbehörden-Sozialversicherungsinstitute fungieren, ein Zustand, der sich auch durch die Einführung des Sozialgerichtsbarkeitsgesetzes mit 1.1.1987 nicht ändern wird, und die Anrufungsmöglichkeiten des Gerichtes in Mietrechtsverfahren gegen Entscheidungen der Magistratischen Bezirksämter als Schlichtungsstellen.

Ich bin mir durchaus des Umstandes bewußt, daß die herrschende Lehre den Rechtszug zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes nicht als Instanzenzug ansieht und in den genannten beiden Fällen, nämlich Sozialgerichtsbarkeit und Mietenschlichtungsverfahren, die Fiktion konstruiert, daß durch die Anrufung des Gerichtes der Bescheid der Verwaltungsbehörde außer Kraft tritt. Diese, zum Teil gewagten, Konstruktionen, ändern nichts an der Tatsache, daß in diesen beiden Fällen ordentliche Gerichte, und in allen anderen Fällen ebenso ordentliche Höchstgerichte, über Verwaltungsakte judizieren. Es wäre somit nur ein Schritt verfassungsrechtlicher Wahrhaftigkeit, den Art.94 B-VG dahingehend abzuändern, daß die ordentlichen Gerichte insbesondere im Bereich des Freiheitsentzuges, eine Kontrollfunktion über die Verwaltung erhalten.

Diese Frage wurde bei der heurigen Frühjahrtagung der ÖSTERREICHISCHEN JURISTENKOMMISSION in Weißenbach ausführlich behandelt und es haben zahlreiche Referenten und Diskussionsredner, nicht nur aus dem Kreise der Richterschaft, als einzigen praktikablen, sauberen, dem Rechtsbedürfnis der Bevölkerung und der EMRK entsprechenden Weg, die Kontrolle der Verwaltung durch die Justiz empfohlen. Ich rege daher an, diese Überlegungen in den vorliegenden Entwurf einzubeziehen, wobei die Ergebnisse dieser Tagung schätzungsweise im Herbst oder Winter dieses Jahres vorliegen dürften.

#### Zu Artikel 4 Absatz 3:

Hier greift das selbe Bedenken platz, das schon gegen die Bestimmungen des Artikels 2 Ziffer 3 u. 4 erwähnt wurde.

#### Zu Artikel 4 Absatz 4:

Diese Bestimmung ist unzureichend. Der Verhaftete hat nicht nur darüber informiert zu werden, welche Beschuldigungen gegen ihn vorliegen und warum er verhaftet wurde, sondern er hat auch darüber informiert zu werden, welche Rechte ihm in dieser Situation zustehen. Als wesentliches Recht in dieser Situation ist das Recht auf Verteidigung, wie es in Art.6 Abs.3 lit.c EMRK festgelegt ist, anzusprechen. Wenn das gegenständliche Bundesverfassungsgesetz tatsächlich den Anspruch erhebt, die Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention zu erfüllen, dann müßte in dieser Bestimmung auch verfassungsrechtlich festgelegt werden, daß der Verhaftete das Recht hat, unverzüglich einen Verteidiger seiner Wahl zuzuziehen und nur in Gegenwart

dieses Verteidigers vernommen zu werden. Solange eine solche Bestimmung im österreichischen Recht nicht verankert ist und die Realisierung der Bestimmung des Art.6 Abs.3 lit.c EMRK hartnäckig verweigert wird, ist der Standard der österreichischen Rechtsordnung auf dem Gebiete der Menschenrechte nicht konventionskonform.

Zu Artikel 6:

In diesem Artikel sind die Worte "oder durch eine andere unabhängige oder unparteiische Behörde" zu streichen. Zur Begründung verweise ich auf die obigen Ausführungen.

Auch die Formulierung, daß der Verhaftete im Falle der Rechtswidrigkeit des Freiheitsentzuges, das Recht hat, freigelassen zu werden, erscheint mir nicht glücklich. Es wäre klarer und einfacher zu formulieren: "Im Falle der Rechtswidrigkeit des Freiheitsentzuges ist der Verhaftete unverzüglich freizulassen."

Zu Artikel 8 Absatz 3:

Hier sollte die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten als solche als unberührt bezeichnet bleiben und nicht lediglich der Artikel 5 der EMRK. Wie schon die Darlegung der Mangelhaftigkeit des Artikels 4 Abs.4 gezeigt hat, ist nämlich der Artikel 5 nicht ausreichend, um die konventionsentsprechende Behandlung des Freiheitsentzuges zu ermöglichen. Zum mindesten der Artikel 6 müßte diesbezüglich herangezogen werden, doch könnte auch z.B. der Art.17 EMRK in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen und auch in den Zusatzprotokollen sind Bestimmungen enthalten, deren Aufrechterhaltung im Sinne eines entsprechenden Menschenrechtschutzes vorteilhaft, ja unerlässlich, erscheint.

Es wäre außerdem noch vorteilhaft, wenn im gegenständlichen Bundesverfassungsgesetz ausdrücklich festgelegt wäre, daß die EMRK und ihre Zusatzprotokolle unmittelbar anwendbares österreichisches Recht sind. Ich würde daher vorschlagen den Absatz 3 des Artikels 8 wie folgt zu formulieren:

**"(3) Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBI.Nr.210/1958, sowie die Zusatzprotokolle, bleiben unberührt und sind unmittelbar anzuwendendes österreichisches Recht."**

**SCHLUSSBEMERKUNGEN:**

Zusammenfassend muß darauf hingewiesen werden, daß der gegenständliche Gesetzentwurf die Hauptgravamina im Bereich des Freiheitsentzuges nicht beseitigt, Verwaltungsbehörden mit Aufgaben betraut, die ihnen auf Grund der Konvention nicht zustehen, und auch dem Wunsche der österreichischen Bevölkerung, möglichst keiner Willkür ausgesetzt zu sein, und, wenn sie in Konflikt mit der Behörde kommt, ausreichenden Verteidigungsschutz zu genießen, nicht entspricht. Es wird daher m.E. empfehlenswert sein, insbesondere diese drei Punkte, nämlich, Freiheitsentzug durch Verwaltungsbehörden, ausreichende Verteidigung und richterliche Kontrolle der Verwaltungsbehörden, noch gründlich zu erörtern und im Sinne der Stärkung der Menschenrechte und der Eindämmung behördlicher Willkür, zu normieren.

Dr. Heinz Barazon.