

BUNDESKANZLERAMT VERFASSUNGSDIENST

GZ • BKA-602.354/0002-V/5/2008

ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT

BEARBEITER • HERR MMAG DR PATRICK SEGALLA

DR ALEXANDER FLENDROVSKY¹

PERS. E-MAIL • PATRICK.SEGALLA@BKA.GV.AT

TELEFON • 01/53115/2353

An das
Bundesministerium für
Justiz

kzl.b@bmj.gv.at

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Exekutionsordnung, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz 1962, das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (2. Gewaltschutzgesetz – 2. GeSchG); Begutachtung; Stellungnahme

Zum mit der do. oz. Note übermittelten Gesetzesentwurf samt Beilagen nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

I. Allgemeines:

Zu **legistischen Fragen** darf allgemein auf die Internet-Adresse <http://www.bundestkanzleramt.at/legistik> hingewiesen werden, unter der insbesondere

- die [Legistischen Richtlinien 1990](#) (im Folgenden zitiert mit „[LRL](#) ...“),
- das [EU-Addendum](#) zu den Legistischen Richtlinien 1990 (im Folgenden zitiert mit „[RZ .. des EU-Addendums](#)“),
- der - für die Gestaltung von Erläuterungen weiterhin maßgebliche - Teil IV der [Legistischen Richtlinien 1979](#),
- die Richtlinien für die Verarbeitung und die Gestaltung von Rechtstexten ([Layout-Richtlinien](#)) und
- verschiedene, legistische Fragen betreffende Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst

zugänglich sind.

Die **Gemeinschaftsrechtskonformität** des im Entwurf vorliegenden Bundesgesetzes ist vornehmlich vom do. Bundesministerium zu beurteilen.

¹ Aus datenschutzrechtlicher Sicht.

II. Zum Gesetzesentwurf:

Zu Artikel I (Änderung der Exekutionsordnung):

Zu Z 9 (§ 411):

Abs. 1 sollte sich – wie Abs. 2 – nur auf jene Bestimmungen beziehen, die durch Artikel I des zweiten Gewaltschutzgesetzes betroffen sind („§§ 382b, 382e, ... in der Fassung des 2. Gewaltschutzgesetzes, BGBl. I Nr. xxx/2008“). Die pauschale Bezugnahme nur auf das zweite Gewaltschutzgesetz in § 411 EO ist schon deshalb problematisch, weil diese Bezeichnung jene des Sammelgesetzes ist und das Inkrafttreten des gesamten Sammelgesetzes nicht in nur in einer der von diesem betroffenen Normen erfolgen sollte.

Zu Artikel II (Änderung der Zivilprozessordnung):

Zu Z 1 (§ 73a Abs. 2):

Es wird angeregt, in den Erläuterungen eine genauere Begründung für die doch systemuntypische Entscheidung aufzunehmen, ohne Rücksicht auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse Verfahrenshilfe zu gewähren (insb. auch um allfällige Argumente, warum dies aus Sicht des Gleichheitssatzes auch in anderen Situationen erforderlich wäre, zu entkräften).

Zu Z 5 (§ 289b):

Anders als die in den Erläuterungen genannten Vorbildbestimmungen in der ZPO und im AußStrG ermöglicht es § 289b Abs. 1 offenbar, von der Vernehmung einer minderjährigen Person zur Gänze abzusehen. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Vorgangsweise Auswirkungen auf die Beweislage der Parteien – oder nur einer von ihnen – haben kann, weil dadurch keine Möglichkeit besteht, zu einer im Hinblick auf das Verfahren allenfalls notwendigen Aussage zu gelangen. Dies löst insbesondere dann, wenn sich diese Tatsache zum Nachteil nur einer Partei auswirkt, Bedenken im Hinblick auf den durch Art. 6 EMRK garantierten Grundsatz des fairen Verfahrens aus (Grundsatz der Waffengleichheit; siehe etwa *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³, 340, RdZ 61; spezifisch zum Recht, Zeugen zu befragen *Van Dijk/Van Hoof*, Theory and Practice of the ECHR⁴, 583 f). Zwar trifft es zu, dass Art. 6 EMRK Anliegen des Jugendschutzes Rechnung trägt, ein gänzliches Ab-

sehen von der Aussage ist aber vom Wortlaut der Bestimmung nicht erfasst. Freilich schließt dies nicht aus, dass ein solcher Verzicht im Einzelfall als zulässig erachtet werden könnte, es wird aber jedenfalls eine Abwägung mit dem Beweiswert einer möglichen Aussage erfolgen müssen. Diese Verpflichtung zur Abwägung sollte auch normativ verankert werden: Die Frage, welchem Gut ein höherer Wert zukommt, dem Kindeswohl oder dem fairen Gerichtsverfahren, dürfte sich pauschal nicht beantworten lassen; umso mehr erscheint eine gesetzliche Regelung erforderlich, welche die zu berücksichtigenden Parameter klar benennt und eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall vorsieht.

Zu Artikel V (Änderung des Strafgesetzbuches):

Zu Z 5 (§ 52a):

Mit der Anordnung einer gerichtlichen Aufsicht ist ein intensiver Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen verbunden, insb. in Hinblick auf Art. 8 EMRK. Zwar scheint ein solcher Eingriff in bestimmten Einzelfällen durchaus begründbar, der Gesetzesentwurf enthält aber so gut wie keine Aussagen, welche Aufsichtsmaßnahmen unter welchen Voraussetzungen angeordnet werden dürfen. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt des Art. 18 B-VG und der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu eingriffsintensiven Normen bedenklich (vgl. bloß *Mayer*, B-VG⁴, 139 mit Nachweisen). Selbiges gilt in Bezug auf die in Abs. 2 erwähnten, von den beauftragten Stellen gesetzten „Maßnahmen“. Falls es sich bei diesen Maßnahmen in bestimmten Fällen um Eingriffe in die subjektiven Rechte der Betroffenen handeln sollte, wären hierfür adäquate gesetzliche Grundlagen vorzusehen.

In Bezug auf die in Abs. 2 vorgesehene Betrauung bestimmter Behörden und Einrichtungen mit der Überwachung der Erfüllung von Weisungen ist Folgendes anzumerken: Anders als hinsichtlich der Bewährungshilfe, die lediglich zur „Unterstützung“ des Gerichts tätig wird und damit wohl als Hilfsorgan des Gerichtes angesehen werden kann, werden die anderen genannten Behörden und Einrichtungen mit der Überwachung „betraut“, woraus zu schließen ist, dass sie – in hoheitlichen Angelegenheiten – eigenständig und in eigenem Namen tätig werden. In diesem Zusammenhang bestehen folgende Bedenken:

- Die Übertragung von Aufgaben der Bundesvollziehung auf Landesbehörden („Jugendwohlfahrt“) ist verfassungsrechtlich in der vorgesehenen Form unzu-

lässig. Das B-VG kennt als einzige ausdrücklich genannte Form der Ausübung von Aufgaben der Bundesvollziehung durch Landesbehörden im organisatorischen Sinn die in den Art. 102 ff vorgesehene mittelbare Bundesverwaltung; es existiert auch keine Art. 97 Abs. 2 B-VG entsprechende „Öffnungsklausel“ für die Mitwirkung anderer Landesorgane an der Bundesvollziehung. Im Umkehrschluss ist die Vollziehung von hoheitlichen Angelegenheiten des Bundes durch Landesbehörden im organisatorischen Sinn außerhalb der mittelbaren Bundesverwaltung als unzulässig anzusehen (eine bundesgesetzliche Regelung der Aufgaben der Jugendwohlfahrtsbehörden der Länder wäre nur auf Grundlage des Art. 12 B-VG möglich, jedoch würde im vorliegenden Fall diese Kompetenzgrundlage die vorgeschlagene Regelung strafrechtlichen Charakters nicht decken). Auch Art. 22 B-VG über die Amtshilfe kommt als Grundlage für diese institutionalisierte Zusammenarbeit nicht in Betracht.

- Soweit eine Beauftragung „anderer geeigneter Einrichtungen“ vorgesehen wird, dürfte diese Regelung die Betrauung privater Rechtsträger mit hoheitlichen Aufgaben vorsehen. Auch wenn diese Aufgaben – mangels Kompetenzen dieser Rechtsträger zur Setzung von außenwirksamen Hoheitsakten – vermutlich nur als schlicht-hoheitlich gesehen werden kann und daher die gewählte Konstruktion keine (innerhalb der staatlichen Kernaufgaben, zu denen auch das Strafrecht zählt) unzulässige Beleihung darstellt, sondern eher eine Inpflichtnahme, sollte eine adäquate gesetzliche Grundlage geschaffen werden, die regelt, um welche Einrichtungen es sich handeln kann und in welchem Verhältnis sie zum betrauenden Gericht stehen.

Insgesamt sollte die Regelung so formuliert werden, dass kein Zweifel daran besteht, dass die genannten Einrichtungen im Auftrag und im Namen des Gerichtes tätig werden. Soweit die Länder als Jugendwohlfahrtsträger betroffen sind, ist jede verpflichtende Aufgabenübertragung im Wege eines Bundesgesetzes verfassungsrechtlich unzulässig, Kooperationsmodelle, die primär die Gerichte verpflichten, wären aber denkbar, ebenso eine jugendwohlfahrtsrechtlich orientierte Regelung auf Grundlage des Art. 12 B-VG.

In sprachlicher Hinsicht ist anzumerken, dass in Abs. 1 zu Beginn des letzten Satzteils („ihn von weiteren solchen mit Strafe bedrohten Handlungen abzuhalten“) wohl das Wort „um“ fehlt.

Zu Z 7 (§ 107b):

Der vorgeschlagene Straftatbestand beinhaltet eine Fülle unbestimmter Gesetzesbegriffe (so etwa „beharrlich“, „längere Zeit hindurch“, „fortgesetzt“, „misshandelt“, „umfassende Kontrolle“, „erhebliche Einschränkung der autonomen Lebensführung“) auf, und auch die Erläuterungen geben nicht in jedem Fall Anhaltspunkte zu ihrer Auslegung. Auf die Einhaltung von Art. 18 B-VG und Art. 7 EMRK wird unbedingt zu achten sein; eine „Nachschärfung“ der Kriterien ist anzuraten.

Ebenfalls bedenklich erscheint der vorgeschlagene Straftatbestand in Hinblick auf das in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK vorgesehene Doppelbestrafungsverbot in jenen Fällen, in denen eine Tat bereits verfolgt wurde und in einem Verfahren nach § 107b in die Sachverhaltswürdigung einbezogen werden könnte (was nach dem Wortlaut der Bestimmung möglich erscheint). Insofern wäre eine konventionskonforme Klarstellung anzuraten.

In Bezug auf Abs. 4 fehlt eine klare Rechtfertigung dafür, wieso die Qualifikationsgründe nur in Bezug auf Abs. 3, aber nicht auf das Grunddelikt von Relevanz sind.

Bezüglich Abs. 5 ist zu hinterfragen, ob die dort genannten Fälle wirklich denkbar sind, ohne dass nicht ein schon bestehender Straftatbestand verwirklicht ist.

Generell scheint das Verhältnis des vorgeschlagenen Straftatbestandes zu bestehenden Tatbeständen unklar und die Reichweite des neuen Tatbestandes weitgehend ungeklärt. Seine weite Formulierung könnte in der Praxis zu einer sehr häufigen Strafbarkeit führen; insbesondere in der Grundqualifikation erscheint der vorgesehene Strafraum unter diesen Umständen sehr hoch. Dies gilt besonders in Bezug auf das Tatbestandselement der körperlichen Misshandlung in Zusammenschau mit dem Hinweis in den Erläuterungen auf § 115 StGB, bei dem der Strafraum, sofern die Tat überhaupt strafbar ist, nur drei Monate beträgt (in vielen von § 107b erfassten Fällen wäre die Tat mangels Öffentlichkeit überhaupt straffrei).

Zu Artikel VI (Änderung der Strafprozessordnung):

Zu Z 4 (§ 78a):

Die neue Bestimmung lässt eine Klarstellung zum Verhältnis zu berufsrechtlichen Verschwiegenheits- und anderen einschlägigen Vorschriften vermissen, etwa § 54

Ärztegesetz. Es ist anzunehmen, dass dieser als *lex specialis* weiterhin vorgeht; dies sollte aber ausdrücklich klargestellt werden.

Zu Z 7 (§ 197a):

Die vorgeschlagene Regelung des § 197a Abs. 1 zur vorübergehenden Abbrechung des Strafverfahrens berücksichtigt die Beschuldigteninteressen – wobei stets darauf Bedacht zu nehmen ist, dass der Beschuldigte ja auch unschuldig sein kann – nur in Hinblick auf die Untersuchungshaft. Selbst unter Berücksichtigung der relativ kurzen Frist von sechs Monaten bis zur Weiterführung des Verfahrens dürfte dies in Bezug auf das in Art. 6 EMRK enthaltene Gebot der Verfahrensbeschleunigung bedenklich sein. Eine gesetzlich vorgesehene umfassendere Abwägung der beteiligten Interessen dürfte anzuraten sein.

Zu Artikel VII (Änderung des Tilgungsgesetzes 1992):

Zu Z 1 (§ 4a):

Dem Gesetz sind keinerlei Kriterien für die Auslegung der Begriffe „gefährlich“ und „besonders gefährlich“ zu entnehmen. Dies erscheint im Hinblick auf die daran geknüpften Rechtsfolgen nicht unproblematisch.

Auf den Schreibfehler in „spätestes“ in Abs. 2 wird hingewiesen.

Zu Z 3 (§ 9 Abs. 1g):

Fraglich ist, ob die vorgeschlagene Regelung in Art. 7 EMRK eingreift. Dies wird aufgrund der Rechtsprechung des EGMR, der für den Begriff der Strafe insbesondere auf den punitiven Charakter einer Maßnahme abstellt (vgl. *Van Dijk/van Hoof*, aaO, 653), eher zu verneinen sein, da der Tilgungsfrist kein solcher Charakter zuzumessen ist, sondern andere Zielsetzungen verfolgt werden.

III. Zum Gesetzesentwurf aus datenschutzrechtlicher Sicht:

Zu Art. II Z 2 (§ 75a ZPO):

Die Formulierung der Bestimmung (und weiterer, die auf sie Bezug nehmen), sollte auf § 1 Abs. 1 und 2 DSG 2000 abgestimmt werden. Nach § 1 Abs. 1 leg. cit. besteht ein Geheimhaltungsanspruch, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Dazu ist anzumerken, dass abgesehen von den beiden im zweiten Satz genannten

Ausnahmen (allgemeine Verfügbarkeit und mangelnde Rückführbarkeit) ein derartiges schutzwürdiges Interesse grundsätzlich immer angenommen wird. Insbesondere wird hinsichtlich der Adresse einer Person von Schutzwürdigkeit ausgegangen. Da aber offenbar nicht immer ein Absehen von der Wohnortangabe möglich sein soll, sondern vielmehr eine Interessenabwägung (zwischen Geheimhaltungs- und insbesondere Rechtsverfolgungsinteressen, welche im Normalfall gemäß § 75 Z 1 ZPO zu Gunsten letzterer ausgeht) im begründeten Einzelfall, sollte sich die Wortwahl des aus datenschutzrechtlicher Sicht grundsätzlich sehr zu begrüßenden § 75a an § 1 Abs. 2 DSG 2000 orientieren: Es sollte daher von einem „die Verteidigungsrechte der Gegenpartei (und andere Rechte bzw. öffentliche Interessen?) überwiegenden Geheimhaltungsinteresse“ (anstatt von einem „schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse“) gesprochen werden.

Zu Art. VI Z 3 (§ 78 Abs. 3 StPO):

Der gesamte § 78 StPO ist im Lichte des § 8 Abs. 4 Z 1 DSG 2000 als „ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung“ zur Weitergabe strafrechtsrelevanter Daten zu sehen. Zu dem im Entwurf vorgesehenen neuen Abs. 3 ist zunächst anzumerken, dass er dem in den Erläuterungen genannten Ziel einer „neuerlichen Klarstellung“ nicht gerecht zu werden scheint: Abs. 1 normiert zunächst eine Anzeigepflicht, von der Abs. 2 dann Ausnahmen vorsieht, die aber im Hinblick auf Abs. 2 Z 1 durch Abs. 3 wieder (zur Gänze?) aufgehoben werden. Die Frage, wann Anzeige zu erstatten ist, erscheint nunmehr erst recht unklar.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist davon auszugehen, dass die Verfolgung gerichtlich strafbarer Handlungen im Allgemeinen (dh sofern diese nicht überwiegend im Interesse des Verletzten liegt und daher ein Privatanklage- bzw. Ermächtigungsdelikt geschaffen wird) ein wichtiges öffentliches Interesse darstellt, das auch eine generelle Anzeigepflicht wie in § 78 Abs. 1 StPO rechtfertigt. § 1 Abs. 2 DSG 2000 erlaubt gesetzlich angeordnete Eingriffe durch staatliche Behörden allerdings nur auf Grund von Gesetzen, die im überwiegenden Interesse eines Dritten (worunter insbesondere öffentliche Interessen zu verstehen sind) liegen; davon abgesehen ist ein Eingriff nur im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit dessen Zustimmung zulässig. Es dürfen daher nur jene Delikte ohne Zustimmung des Betroffenen zur Anzeige gebracht werden, deren Verfolgung im öffentlichen Interesse bzw. im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen liegt. Dies sollte entsprechend klargestellt werden.

Zu der ergänzten Wortfolge in Abs. 3 ist auch anzumerken, dass der Schutz von Personen vor durch vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlungen ausgelöst (dh allgemeinen) Gefahren jedenfalls primär den Sicherheitsbehörden obliegt (vgl. § 21 Abs. 1 iVm § 16 SPG), sodass die Eignung einer strafprozessualen Anzeigepflicht zur Verstärkung des Opferschutzes fraglich erscheint.

III. Zu Vorblatt, Erläuterungen und Textgegenüberstellung:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist auf sein Rundschreiben vom 6. November 2007, GZ [600.824/0005-V/2/2007](#) – betreffend Legistik und Begutachtungsverfahren; Vorblatt und Erläuterungen; Darstellung der Auswirkungen von Rechtssetzungsvorhaben - hin, in denen insbesondere um eine detailliertere Strukturierung der Darstellung der Auswirkungen von Rechtssetzungsvorhaben im Vorblatt ersucht wurde.

Zum Allgemeinen Teil der Erläuterungen:

Gemäß § 14 Abs. 1 BHG ist jedem Entwurf für (ua.) ein Bundesgesetz von dem Bundesminister, in dessen Wirkungsbereich der Entwurf ausgearbeitet wurde, eine den Richtlinien gemäß § 14 Abs. 5 BHG entsprechende Darstellung der finanziellen Auswirkungen anzuschließen, aus der insbesondere hervorzugehen hat, wie hoch die durch die Durchführung der vorgeschlagenen Maßnahmen voraussichtlich verursachten Ausgaben oder Einnahmen sowie Kosten oder Erlöse für den Bund im laufenden Finanzjahr und mindestens in den nächsten drei Finanzjahren zu beziffern sein werden. Eine solche Darstellung kann dem vorliegenden Entwurf nicht entnommen werden.

Auf die finanziellen Folgen einer Missachtung von Verpflichtungen nach der Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über einen Konsultationsmechanismus und einen künftigen Stabilitätspakt der Gebietskörperschaften, [BGBl. I Nr. 35/1999](#), muss hingewiesen werden.

Diese Stellungnahme wird im Sinne der EntschlieÙung des Nationalrates vom 6. Juli 1961 u.e. auch dem Präsidium des Nationalrats zur Kenntnis gebracht.

16. Juni 2008
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER

Elektronisch gefertigt