



UNABHÄNGIGER  
VERWALTUNGSSENAT  
FÜR KÄRNTEN  
Der Präsident

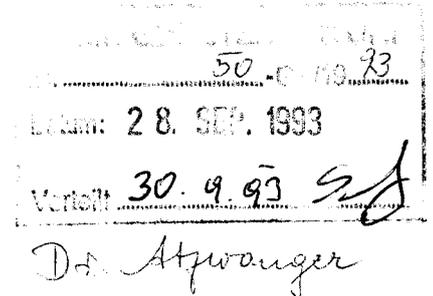
Konferenz der Vorsitzenden/Präsidenten  
der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern  
Der Vorsitzende

9021 KLAGENFURT 9. 9.1993

Zahl : Sen.Präs.-55/7/93

Betr.: Entwurf eines Bundesverfassungs-  
gesetzes über das Recht auf Achtung  
des privaten Lebensbereiches,

Zu: Zahl: GZ 600.635/4-V/1/93



An das  
Bundeskanzleramt  
z.Hd.Herrn Sektionschef Dr. Holzinger

Ballhausplatz 2  
1040 WIEN

Sehr geehrter Herr Sektionschef Dr. Holzinger!

Der Unterzeichnete in der Funktion als Vorsitzender der Konferenz der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern und in seiner Eigenschaft als Präsident des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten beehrt sich, zu dem unter "Betrifft" bezeichneten Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, nachstehend Stellung zu nehmen. Da eine einhellige Auffassung der Konferenz nur teilweise vorliegt, wird die Stellungnahme der einzelnen Unabhängigen Verwaltungssenate an den entsprechenden Stellen durch Verweisung auf das Bundesland Rechnung getragen.

**Allgemeines:**

Der vorliegende Entwurf liest sich im wesentlichen als Kompilation der bestehenden verfassungsrechtlichen Grundlagen im Art 8 EMRK und im Gesetz vom 27. Oktober 1862 zum Schutz des Hausrechtes, mit einigen Abweichungen. Zum Beispiel werden die Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung nach dem Hausrechtsgesetz auch auf Personendurchsuchungen ausgeweitet; der Schutzbereich des Art 8 EMRK wird nur eingeschränkt auf das Recht auf Achtung des Privatlebens übernommen. Bei einem so unbestimmten Rechtsbegriff wie dem des Rechtes auf Achtung des privaten Lebensbereiches, kommt den erläuternden Bemerkungen zum Gesetzestext besondere Bedeutung zu. Die Erläuterungen führen schon Kernbereiche des Grundrechtes an, die größtenteils jenen des Schutzbereiches des Rechtes auf Achtung des Privatlebens nach Art 8 EMRK gleichen. Eine weitere Aufzählung, insbesondere eine Äußerung zu folgenden, im Abgrenzungsvorschlag der Konferenz nordischer Juristen enthaltenen Schutzansprüche (abgedruckt im Internationalen Kommentar zur EMRK, Golsong ua zu Art 8 RZ 100) wäre zu empfehlen:

Angriffe gegen die Ehre oder den guten Ruf;

die Benutzung des Namens, der Identität oder der Abbildung einer Person;

Bespitzelung, Beschatten, Beobachtungen und Belästigung;

Mißbrauch der schriftlichen oder privaten Mitteilungen;

Preisgabe von Informationen, die unter dem Siegel des Berufsgeheimnisses mitgeteilt oder empfangen werden.

- 3 -

Weiters sollte das Bundesverfassungsgesetz ausdrücklich klarstellen, daß der Rechtsschutz für Eingriffe in den privaten Lebensbereich nicht abhängig ist, ob sich der Eingriff - wenn er durch Verwaltungsorgane erfolgt - als Bescheid oder als Maßnahme unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt qualifizieren läßt. Das Gesetz sollte daher nach dem Vorbild des § 88 Abs. 2 SPG normieren, daß auch Eingriffe, die weder Bescheide noch Maßnahmen sind (zB "schlichtes fotografieren" durch die Behörde) bei den Unabhängigen Verwaltungssenaten angefochten werden können (Steiermark).

Die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern sind nach der Bundesverfassung zur Kontrolle der Verwaltung berufen. Eine Ausstellung von Hausdurchsuchungsbefehlen scheint aber als eine Tätigkeit einer ersten Instanz und ist mit den Aufgaben einer Kontrollinstanz nicht vereinbar. Darüber hinaus würden im Fall von Beschwerden im Sinne des Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG gegen die Hausdurchsuchung die Unabhängigen Verwaltungssenate über von ihnen selbst gesetzte Maßnahmen zu entscheiden haben. Das bedeutet, wenn aufgrund eines Durchsuchungsbefehles des Unabhängigen Verwaltungssenates Maßnahmen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt gesetzt werden, müßte ein Mitglied des gleichen Verwaltungssenates dann über die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme entscheiden. Gegen eine solche Konsequenz bestehen Bedenken (Niederösterreich, Burgenland).

Aus dem Entwurf ist in keiner Weise zu erkennen, warum die Notwendigkeit bestehen sollte, zusätzlich zu den Gerichten noch andere unabhängige Behörden mit der Ausstellung von Hausdurchsuchungsbefehlen zu beauftragen. Es fehlt daher auch jeglicher Hinweis auf eine mögliche Abgrenzung zwischen den Gerichten und diesen genannten Behörden, welche notwendig wäre (Burgenland, Niederösterreich, Kärnten).

- 4 -

Die spezifischen Grundrechte und ihr Schutzbereich sollen durch das Recht auf Achtung des Privaten Lebensbereiches nicht berührt werden. Es geht im vorliegenden Bundesverfassungsgesetzes-Entwurf um keinen fest umrissenen Grundrechtsschutz, sondern um einen grundrechtlichen Auffangtatbestand. Diese Funktion kann nur bei einem äußerst weiten Begriffsverständnis des "privaten Lebensbereiches" erreicht werden. Eine derart weite Begriffsbildung führt zwangsweise zur Relativierung des damit geregelten Grundrechtsschutzes. Bei dem gewählten Ansatz ist es verständlich, daß die Grundrechtskommission eine beispielsweise Aufzählung der zum privaten Lebensbereich gehörenden Aspekte unterließ. Anstelle von bestimmten Begriffen hat man sich für die Generalklausel entschieden. Das Verhältnis der Subsidiarität bzw die Frage, inwieweit der Bundesverfassungsgesetzes-Entwurf vor allem neben dem Art 8 der EMRK einen ergänzenden Bereich des Grundrechtsschutzes statuiert, ist unklar, zumal der Schutzbereich nach Art 1 des Bundesverfassungsgesetz-Entwurfes nicht wirklich klargestellt ist. Es scheint fraglich, inwieweit im vorliegenden Entwurf eine grundrechtssystematisch weiterführende Regelung gesehen werden kann. Überdies ist der Entwurf dieses Bundesverfassungsgesetzes auf die Befugnisse nach dem Sicherheitspolizeigesetz (vgl etwa § 39 ff SPG) nicht abgestimmt. Dort sind durchwegs Eingriffe ohne richterlichen Befehl durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes vorgesehen. Diese Organe sind etwa unter bestimmten Voraussetzungen nach § 39 SPG zum Zweck der allgemeinen Hilfeleistung oder zur Abwehr eines ausdrücklichen Angriffes zur Durchsuchung von Grundstücken und Räumen berechtigt. Dies scheint im Art 3 Abs 1 des Entwurfes nicht gedeckt. Eine Lösung des Problems über die Ausnahmenvorschrift des Art 3 Abs 2 des Entwurfes ist nicht zielführend, weil die dort vorgesehene Vorgangsweise, daß sich das einschreitende Organ mit einer schriftlichen Ermächtigung der anordnenden

- 5 -

Behörde auszuweisen hat, aus praktischen Gründen nicht möglich ist (Oberösterreich).

Soweit den Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern im Rahmen von Administrativverfahren Zwangsmittelkompetenzen in erster Instanz eingeräumt werden sollen, widerspricht dieses Ansinnen eindeutig der verfassungsrechtlichen Organisationsvorschrift des Art 129a B-VG. Überdies könnten die Entscheidungen der Mitglieder der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern mit Zwangsmittelbefugnissen mit Beschwerde an die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts angefochten werden, die - schon jetzt überlastet - eine derartige Belastung kaum verkraften könnten. In rechtspolitischer Hinsicht problematisch erscheint, daß durch den vorliegenden Entwurf die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern einmal mehr als "unabhängige Behörden" festgeschrieben werden, obwohl die wünschenswerte Entwicklung viel eher in Richtung von Landesverwaltungsgerichtshöfen fortschreiten sollte. Auch solche Verwaltungsgerichte können aber nicht als Eingangs-(Erst-)gerichte ohne Ankläger, sondern nur als Rechtsmittelgerichte konzipiert werden (Oberösterreich, Kärnten).

Die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, ebenso wie allfällig künftige Landesverwaltungsgerichtshöfe, werden eine mit den notwendigen Verfahrensgarantien ausgestattete erste Instanz nicht völlig ersetzen können. Bei bedeutenden Grundrechtseingriffen ist eben schon das erstinstanzliche Verfahren möglichst EMRK-konform zu gestalten. Dabei wird es notwendig sein, unabhängige Zwangsmittelorgane bei den erstinstanzlichen Behörden einzurichten, was grundsätzlich ausreichen sollte, im Hinblick auf die übertragbare Lösung des verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahrens möglich und eine Ausstattung der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern mit Zwangsmittel-

- 6 -

kompetenz nicht notwendig ist. Es genügt in erster Instanz unabhängige Beamte vorzusehen, die zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigt werden. Die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern wären dann lediglich in einem Beschwerdeverfahren mit der Kontrolle von behördlichen Zwangsmittelakten zu befassen, die schon in erster Instanz von einem Unabhängigen Organ mit richterlicher Funktion angeordnet werden sollten. Dieser Begriff ist auch dem Begriff der "Unabhängigen Behörde" vorzuziehen (Oberösterreich, Vorarlberg).

In nahezu allen Stellungnahmen der Unabhängigen Verwaltungssenate wurde zum Ausdruck gebracht, daß die neue Regelung eine finanzielle Belastung der Länder mit sich bringt, weil damit die Einrichtung eines Journaldienstes rund um die Uhr bei den Verwaltungssenaten erforderlich sein wird. Dies erhöht den Personalaufwand und führt insbesondere bei den kleineren Verwaltungssenaten zu einer grundsätzlichen Belastung des Personals, was zu einer Vermehrung des sowohl juristischen als auch des nichtjuristischen Personals führen kann.

### **Besonderer Teil:**

#### **Zu Art 1:**

Hier sollte eine beispielsweise Aufzählung der wichtigsten, zum privaten Lebensbereich gehörenden, Aspekte erfolgen, die durch dieses Bundesverfassungsgesetz geschützt werden sollen; denn den erläuternden Bemerkungen ist zu entnehmen, daß mit diesem Gesetz mehr geschützt werden soll, als durch das Gesetz zum Schutz des Hausrechtes, RGebl 88/1862, jedoch weniger als durch Art 8 EMRK (Wien, Steiermark).

- 7 -

Zu Art 2:

Der Eingriff soll nicht nur gesetzlich vorgesehen und zur Erreichung der im Abs 1 aufgezählten Ziele notwendig sein, sondern zusätzlich auch auf die gesetzlich vorgesehene Weise erfolgen (vgl Art 2, 1. Satz des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 684/1988). Weiters sollte auch die Strafverfolgung (nicht nur die Verhinderung strafbarer Taten) in den Zielkatalog des Art 2 Abs 1 aufgenommen werden (Wien).

Die Eingriffsbeschränkungen nach Art 2 des Entwurfes orientieren sich im wesentlichen am Art 8 Abs 2 EMRK. Ein Unterschied besteht darin, daß die Einschränkungen im Art 8 Abs 2 EMRK "Verteidigung der Ordnung" und "Schutz der Moral" entfallen, während auf der anderen Seite als weiterer Eingriffstatbestand "Schutz der Umwelt" vorgesehen wird. Dazu meinen die Erläuterungen auf den Seiten 4 ff, daß der Begriff der "Moral" zu unbestimmt und der Begriff "Umwelt" den Umfang der Eingriffsmöglichkeiten im Verhältnis zu Art 8 Abs 2 EMRK nicht erweiteren. In der Formulierung "gesetzlich vorgesehen" könnte fraglich sein, welche eigenständige Bedeutung ihr zukommen soll. Aus der gewählten Formulierung könnte man ableiten, daß jede Rechtswidrigkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme eine Verfassungsverletzung darstellt, wodurch die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes dann ausgeschlossen wäre (vgl Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, RZ 1394). Laurer (in "Verfassungsänderungen 1988", herausgegeben von Walter, 36) neigt zur Auffassung, daß durch das Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit 1988 die Einhaltung der Gesetzmäßigkeit in allen Angelegenheiten, die die Entziehung der persönlichen Freiheit betreffen, zum subjektiv verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht geworden ist. Die Konsequenz wäre, daß nicht nur Eingriffe vor dem

- 8 -

Straferkenntnis, sondern auch Eingriffe in die persönliche Freiheit durch ein Straferkenntnis von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen wären und nur der verfassungsgerichtlichen Kontrolle gemäß Art 144 B-VG unterlägen (vgl Laurer aaO 30). Nach der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes fällt die Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Verhaftungen schlechthin in seine ausschließliche Zuständigkeit (vgl dazu Morscher "Der Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich", 1990, 59 mit zahlreichen Nachweisen aus der Judikatur). Den Gegenstandspunkt hat der Verwaltungsgerichtshof in dem Erkenntnis eines verstärkten Senates (vgl VwGH 7. August 1988, 86/03/0157) vertreten. Die Sinnhaftigkeit einer solchen Zuständigkeitsverschiebung zum Verfassungsgerichtshof ist schon für den Bereich des Schutzes der persönlichen Freiheit sehr fraglich. Eine derartige Auslegung sollte auf jeden Fall für andere Bereiche des Grundrechtsschutzes vermieden werden. Sie ist zwar nicht zwingend, wird aber zum PersFrSchG 1988 schon aus historischen Gründen vertretbar sein. Der Verfassungsgerichtshof hat seine ausschließliche Zuständigkeit für freiheitsentziehende Eingriffe bereits zum Gesetz vom 27. Oktober 1862, zum Schutze der persönlichen Freiheit, entwickelt, obwohl dort die offenbar in Anlehnung an Art 5 Abs 1 EMRK gewählte Formulierung noch nicht verwendet worden ist. Sie sollte jedenfalls im gegebenen Zusammenhang vermieden werden um nicht weitere unerwünschte Zuständigkeitsverschiebungen zum Verfassungsgerichtshof und diesbezügliche Meinungsverschiedenheiten der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts zu provozieren (Oberösterreich).

#### Zu Art 3:

Grundsätzlich positiv zu bewerten ist die gemeinsame Regelung der Haus- und Personendurchsuchung im Art 3 des Entwurfes. Sie

- 9 -

ersetzt vor allem das Gesetz zum Schutz des Hausrechtes vom 27. Oktober 1962 in Verbindung mit Art 9 Staatsgrundgesetz und läßt, entgegen dem § 3 bis 5 des Hausrechtsgesetzes 1862, keine Hausdurchsuchung mehr bloß zum Behufe der "polizeilichen und finanziellen Aufsicht", sondern nur mehr auf richterlichen Befehl zu. Unbefriedigend ist allerdings, daß nur in den Erläuterungen auf die gesicherte Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Hausdurchsuchung Bezug genommen wird. Auch wenn man sich an dieser Judikatur orientiert, wäre es dennoch zweckmäßig, sowohl die Hausdurchsuchung als auch die Personendurchsuchung im Gesetz zu definieren, zumal auch der Verfassungsgesetzgeber seine Kompetenz im Sinne einer Klarstellung der Rechtslage wahrnehmen sollte. Überdies existiert zur Personendurchsuchung keine gesicherte Judikatur des Verfassungsgerichtshofes. Eine interpretative Anlehnung an § 40 SPG ist problematisch, weil damit ein einfaches Gesetz den Inhalt einer Verfassungsbestimmung determiniert. Nach Art 3 Abs 1 des Entwurfes ist die Personendurchsuchung im Zuge einer Festnahme stets ohne richterlichen Befehl zulässig. Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes können etwa gemäß § 35 VStG oder den §§ 45 und 46 SPG Festnahmen ohne richterlichen Befehl vornehmen. Dadurch ist der praktische Wert der grundsätzlichen Festlegung des Erfordernisses eines richterlichen Befehles für die Personendurchsuchung zweifelhaft. Aus praktischen Gründen wurde schon bisher angenommen, daß im Zuge einer Festnahme auch die Personendurchsuchung zulässig ist. Damit wurde bisher das Auslangen gefunden. Es wird vermutlich die Regel sein, daß die Personendurchsuchung mit einer zulässigen Festnahme verbunden wird, ohne daß die Einholung eines richterlichen Befehles notwendig wäre. Die Schlußfolgerung der Erläuterungen zum Entwurf auf Seite 6, 3. Absatz, ist verfehlt, weil sich aus dem Text des Art 3 Abs 1 des Entwurfes gerade das Gegenteil ergibt. Danach bedarf nämlich die Hausdurchsuchung immer eines richterlichen

- 10 -

Befehles. Die Ausnahme im Zuge einer Festnahme oder Hilfeleistung bezieht sich eindeutig nur auf die Durchsuchung von Personen (Oberösterreich).

In dem Katalog der Maßnahmen, die nur aufgrund eines richterlichen Befehles möglich sind, sollte hier auch die Telefonabhörung und die Durchsuchung von Kraftfahrzeugen und Anhängern aufgenommen werden. Der Entwurf sieht vor, daß statt eines richterlichen Befehles auch ein von einer unabhängigen Behörde ausgestellter Befehl die Maßnahme deckt. Welche unabhängigen Behörden einen derartigen Befehl ausstellen können, sollte in das Gesetz taxativ aufgenommen werden (Wien).

Es muß schon auf verfassungsrechtlicher Ebene sichergestellt werden, daß in gerichtlichen und finanzbehördlichen Verfahren Anordnungen zur Persons- und Hausdurchsuchung weiterhin nur von den dort vorgesehenen Organen erteilt werden dürfen. Ansonsten bestünde die Möglichkeit, daß Exekutivorgane dann, wenn sie den gewünschten Durchsuchungsbefehl nicht vom Richter erlangen, ein diesbezügliches Begehren an den Verwaltungssenat stellen. Eine klare Aufgabenzuweisung ist daher unumgänglich (Burgenland, Kärnten, Tirol, Vorarlberg).

Sollte, abweichend von dieser Annahme, bereits unmittelbar aufgrund des als Entwurf vorliegenden Bundesverfassungsgesetzes eine Zuständigkeit der Verwaltungssenate für die Ausstellung von Durchsuchungsbefehlen auch im gerichtlichen Bereich abzuleiten sein, wird eine solche Regelung abgelehnt (Vorarlberg).

Die Anführung der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern in den Erläuterungen scheint irreführend, da fürs Erste nicht vorstellbar ist, in welchen Bereichen Zuständigkeiten zur Ausstellung von Hausdurchsuchungs- oder Personendurchsuchungsbe-

- 11 -

fehlen übertragen werden könnten. Sollte den Unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern tatsächlich durch einfaches Gesetz die Befugnis zur Erlassung von Befehlen im Sinne des Art 3 Abs 1 des Entwurfes eingeräumt werden, entsteht das bereits im Allgemeinen Teil erwähnte Problem, daß die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern für den Eingriff sowohl anordnende als auch kontrollierende Behörde wären, was aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich scheint (Burgenland, Kärnten, Steiermark).

Der in Abs 1 verwendete Begriff "zuzustellen" entspricht nicht dem in den Abs 2 und 3 verwendeten Begriff "ausstellen"; es besteht nach Ansicht des Unabhängigen Verwaltungssenates von Wien ein gewichtiger Unterschied darin, ob ein Befehl von der Behörde binnen 24 Stunden nur ausgestellt oder während dieser Frist den Betroffenen sogar schon zugestellt sein soll (Wien).

Abs 3 verweist auf Abs 1, welcher nicht nur die Durchsuchung von Personen, sondern auch die von Räumen zum Inhalt hat. Es ist kein Grund dafür erkennbar, warum unter den Voraussetzungen des Abs 3 auch eine Durchsuchung von Räumen ohne richterlichen Befehl nach Abs 1 und ohne Ermächtigung nach Abs 2 möglich sein soll. Der Text des Abs 3 sollte daher lauten: "Eine Personendurchsuchung gemäß Abs 1 ...".

Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Sektionschef Dr. Holzinger, den Ausdruck der besonderen Wertschätzung.

Dr. Heinz Josef STOTTER  
Vorsitzender der Konferenz der Vorsitzenden/Präsidenten  
der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern  
Der Präsident des UVS für Kärnten