

BUNDESKANZLERAMT  **VERFASSUNGSDIENST**

GZ • BKA-601.216/0002-V/A/5/2007

ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT

BEARBEITER • HERR MMAG DR PATRICK SEGALLA

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

TELEFON • 01/53115/2353

IHR ZEICHEN • BMJ-L318.026/0001-II/1/2007

An die
Bundesministerien für
Justiz

kzl.l@bmj.gv.at

und für
Gesundheit, Familie und Jugend

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

begutachtungen@bmgfj.gv.at

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz, das Bewährungshilfegesetz und das Jugendgerichtsgesetz 1988 geändert werden;
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.

II. Zum Gesetzesentwurf:

Vorbemerkungen aus legistischer Sicht:

Gemäß LRL 70 sind Novellierungsanordnungen im Indikativ zu formulieren. Es wäre also nicht, wie im Entwurf mehrfach geschehen, die Formulierung „§ xy hat zu lauten:“ zu verwenden, sondern die Formulierung „§ xy lautet:“.

Es würde außerdem der legistischen Praxis entsprechen, Novellierungsanordnungen durchgehend zu nummerieren und nicht mit Buchstabenbezeichnungen zu untergliedern. Dies hätte auch den Vorteil der leichteren Zitierbarkeit der Novellierungsanordnungen, während die im Entwurf gewählte Art der Bezeichnung trotz der zusammenhängenden Bezeichnung von Novellierungsanordnungen, die die gleiche Bestimmung im Stammgesetz betreffen, letztlich keine Vorteile mit sich bringt, weil die einzelnen, eine Bestimmung betreffenden Novellierungsanordnungen dennoch voneinander unabhängig bleiben.

Zu Artikel III (Änderungen des Strafvollzugsgesetzes):

Zu Z 3. (§ 4a):

Der vorgeschlagene § 4a, der ein vorläufiges Absehen vom Strafvollzug wegen Aufenthaltsverbots vorsieht, wirft, wie auch aus den Erläuterungen ersichtlich, gleichheitsrechtliche Fragen auf. Im Ergebnis sind Ausländer, gegen die ein Aufenthaltsverbot besteht, sowohl gegenüber Ausländern, bei denen dies nicht der Fall ist als auch gegenüber Inländern bzw. Personen, auf die das EU-JZG anwendbar ist, in Bezug auf den Strafvollzug bevorzugt, da in ihrem Fall bereits nach Verbüßung der Hälfte der Strafzeit von einem weiteren Vollzug der Strafe vorläufig abzusehen ist, was auf die anderen genannten Personengruppen nicht in dieser Form zutrifft. Ob die in der in den Erläuterungen zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes genannten Erwägungen, auf deren Grundlage eine Verfassungswidrigkeit vergleichbarer deutscher Regelungen verneint wurde, und die darauf abstellen, dass bei ohnehin auszuliefernden oder auszuweisenden Personen die Resozialisierungsbemühungen wenig sinnvoll seien und diese Personen gleichzeitig keine ernste Gefahr für die Allgemeinheit darstellten, weil sie ja das Land verlassen müssten, auf die

österreichische Situation übertragen werden können, erscheint angesichts der Tatsache, dass sich das österreichische Strafrechtssystem bei der Frage der Strafzumessung primär an der Frage der individuellen Schuld (vgl. § 32 Abs. 1 StGB) und bei der Frage nach vorzeitigen Haftentlassungen an spezial- und generalpräventiven Überlegungen orientiert, und dass der Aspekt des Vorliegens eines Aufenthaltsverbots darin systemfremd erscheint, nicht von vornherein eindeutig. Freilich ist eine Übertragbarkeit dieser Überlegungen auch nicht ausgeschlossen.

Zu Z 8 (§ 16a bis 16i):

Im Hinblick auf die Bestimmung des § 16a Abs. 6, aus der sich ergibt, dass auch öffentlich Bedienstete als fachkundige Laienrichter in Betracht kommen, ist auf das Erkenntnis VfSlg. 13.232/1992 zur Kartellgerichtsbarkeit hinzuweisen, wo der Verfassungsgerichtshof ausgeführt hat:

„Der Verfassungsgesetzgeber hat in Art 91 Abs 1 B-VG die Form, in der die Repräsentanten des Volkes an der Gerichtsbarkeit mitwirken, nicht näher geregelt und es damit der rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen, in welcher Weise die Laienrichter für ihre richterliche Funktion ausgewählt werden. Der Gesetzgeber kann sich dabei jeder sachgerechten Methode bedienen, soweit er damit nicht die in der Verfassung gezogenen Grenzen überschreitet. Diese von der Verfassung gezogenen Grenzen werden aber überschritten, wenn der Gesetzgeber - wie im vorliegenden Fall - bestimmt, daß "Richter", die aus dem Beamtenstand zu entnehmen sind, ohne zu Berufsrichtern zu werden nach ihrer Ernennung zum "Richter" sowohl als solche, als auch als Verwaltungsbeamte tätig sein sollen.“ (Hervorhebung nicht im Original).

Im vorliegenden Fall ließe sich allenfalls argumentieren, dass anders als im dem zitierten Erkenntnis zu Grunde liegenden Fall die vorgeschlagene Regelung nicht spezifisch auf öffentlich Bedienstete abzielt, sondern weiter greift und primär auf die fachliche Qualifikation abstellt, öffentlich Bedienstete also vom Amt des Laienrichters bloß nicht ausschließt. Umgekehrt liefert § 16f Abs. 2 des Entwurfs, wonach ein fachkundiger Laienrichter seines Amtes zu entheben ist, wenn dessen Dienstverhältnis zur entsendenden Dienstbehörde nicht mehr aufrecht ist, wiederum einen Hinweis, dass es für die Qualifikation als fachkundiger Laienrichter sehr wohl auf die (aufrechte) Eigenschaft als öffentlich Bediensteter ankommt. Dies könnte wiederum

für die Übertragbarkeit der Argumentation des Verfassungsgerichtshofs auf die vorliegende Entwurfsregelung sprechen.

Auch darf angesichts der den Erläuterungen und dem Entwurfstext zu entnehmenden weitgehenden Anlehnung der Regelungen über die fachkundigen Laienrichter an jene des ASGG auf die von *Korinek*, in: Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Bd. II/2, Art 91/1, RdZ 15 geäußerten Bedenken, ob das Regelungssystem des ASGG den Anforderungen des Art. 83 Abs. 2 B-VG entspricht, hingewiesen werden (vgl. auch die vorgeschlagene Regelung des § 16a Abs. 2 StVG, wonach der Vorsitzende jeweils bestimmt, welcher Laienrichter zuzuziehen ist).

Zu Z 12 (§ 99 Abs. 5), Z 13 (§ 99a Abs. 3), Z 17 (§ 126 Abs. 5) und Z 19 (§ 147 Abs. 2):

Auch wenn nicht verkannt wird, dass Hafterleichterungen, -unterbrechungen oder -ausgänge im Vergleich zur vollzogenen Freiheitsstrafe für den Strafgefangenen eine Erleichterung – sohin ein gelinderes Mittel – darstellen, stellt eine elektronische Überwachung einen Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben des Strafgefangenen gemäß Art. 8 EMRK dar. Im Lichte der bei so genannten „eingriffsnahen Gesetzen“ besonders strengen Determinierungsanforderungen des Art. 18 B-VG wird daher angeregt, die vorgesehene gesetzliche Regelung stärker zu präzisieren. Insbesondere erscheint es angezeigt, genauer zu regeln, was unter dem Begriff des „Mittels der elektronischen Aufsicht“ zu verstehen ist. Der vorgeschlagene, nicht näher erläuterte Begriff könnte nämlich abhängig von der technologischen Entwicklung sehr weitreichende Überwachungsspielräume ermöglichen; im Sinne des Art. 18 B-VG wäre eine genauere Determinierung wünschenswert. Dabei wäre auch klarzustellen, dass die elektronische Aufsicht auf eine elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes hinausläuft.

Angesichts der im StVG ohnehin vorgesehenen strengen Grundvoraussetzungen zur Erlangung von Hafterleichterung (wenn etwa im Sinne des § 99 Abs. 1 StVG eine Haftunterbrechung ohnehin nur bewilligt werden darf, wenn der Strafgefangene nicht „besonders gefährlich“ ist, könnte gefragt werden, in welchen Fällen die Rechtfertigung für eine zusätzliche elektronische Aufsicht gegeben ist) wird auch angeregt, jene Kriterien, die für die Anordnung einer elektronischen Aufsicht sprechen, soweit möglich stärker zu determinieren.

Zu Z 22 (§ 158):

Auf die offenbar versehentlich eingefügte und überflüssige Novellierungsanordnung „§ 154 Abs. 4 lautet:“ gleich zu Beginn der Z 22 wird hingewiesen.

Aufmerksam gemacht wird darüber hinaus auf folgende verfassungsrechtliche Problematik:

Der neue Abs. 4a sieht vor, dass die Bundesministerin für Justiz „den Vollzug der Unterbringung nach § 21 Abs. 1 des Strafgesetzbuches in Pflegeeinrichtungen für chronisch psychisch Kranke privaten Vereinigungen übertragen“ kann. Hier bleibt zunächst offen, in welcher Rechtsform die Übertragung zu geschehen hat (Verordnung? Vertrag? [so scheinbar die Erläuterungen: arg. „werden im Vereinbarungsweg zu schaffen sein“]). Zu problematisieren ist aber insbesondere, dass durch eine solche Übertragung offenbar hoheitliche Aufgaben des Maßnahmenvollzugs auf private Einrichtungen übertragen werden. Dies könnte etwa Maßnahmen der Aufsicht und gegebenenfalls die Ergreifung von sicherheitsbezogenen Maßnahmen sowie die Frage der Verantwortlichkeit für die eingewiesenen Personen betreffen. Dabei wird nicht verkannt, dass gemäß § 167a Abs. 2 Maßnahmen nach dem Unterbringungsgesetz nur vom Vollzugsgericht getroffen werden können: Die verwiesenen Bestimmungen des Unterbringungsgesetzes, etwa hinsichtlich der Einschränkung der Bewegungsfreiheit gem. § 33 UbG und der ärztlichen Behandlung gem. § 35 UbG bedürfen neben der gerichtlichen Aufsicht nämlich auch faktischer Durchsetzung, nötigenfalls wohl auch im Zwangsweg. Weiters scheint es sich nach § 167a Abs. 2 iVm § 165 Abs. 2 und § 166 Z 2 lit. b StVG so zu verhalten, dass über gewisse Unterbrechungen der Anhaltung in gewissen Fällen der Anstaltsleiter – also im konkreten Fall mangels anderslautender ausdrücklicher Regelung der Leiter der privaten Pflegeeinrichtung (vgl. *Drexler*, Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, § 167a, RdZ 2, wonach die Entscheidung über die Unterbrechung bis 14 Tagen im Fall der Unterbringung in einer öffentlichen Krankenanstalt deren Leiter obliegt) – entscheidet und damit wohl unzweifelhaft eine hoheitliche Maßnahme setzt. Es dürfte im Ergebnis – sollte die hier zu Grunde gelegte Rechtsauffassung zutreffen – also zu einer Beleihung einer privaten Einrichtung mit hoheitlichen Aufgaben kommen, weshalb die vom Verfassungsgerichtshof entwickelten Zulässigkeitsvoraussetzungen einer derartigen Beleihung zur Anwendung zu gelangen haben (vgl. dazu insbesondere *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 75 ff. Siehe auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs VfSlg. 16.929/2003 zum Vorarlberger Pflegeheimgesetz: „Eine

unmittelbar durch das Gesetz eingeräumte Befugnis von Privaten zur Vornahme freiheitsbeschränkender und –entziehender Maßnahmen ohne oder gegen den Willen des von der Maßnahme Betroffenen, sohin eine gesetzliche Ermächtigung zur Setzung von Zwangsakten gegenüber Personen, ist der Sache nach verfassungsrechtlich als Beleihung [...] zu beurteilen.“)

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Beleihungsjudikatur ausgeführt, dass bestimmte „staatliche Kernaufgaben“ von Verfassung wegen nicht auf private Rechtsträger übertragen werden dürfen, insbesondere solche für die Vorsorge für die innere Sicherheit (vgl. dazu insb. das „Zivildiensturteil“ VfSlg. 17.341/2004). Als eine solche „ausgliederungsfeste Kernaufgabe“ wird in der Literatur insbesondere das Strafrechtswesen samt Strafvollzug angesehen (vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, aaO, 87). Der Maßnahmenvollzug könnte aus verfassungsrechtlicher Sicht nun aber als eine Unterkategorie des Strafvollzuges angesehen werden (vgl. wiederum das „Zivildiensturteil“ VfSlg. 17.341/2004, in welchem der Verfassungsgerichtshof die Zivildienstverwaltung wegen ihres unmittelbaren Konnex zur militärischen Landesverteidigung als staatliche Kernaufgabe qualifiziert hat). In diesem Sinne würde einer Beleihung Privater mit Aufgaben des Maßnahmenvollzuges die vom Verfassungsgerichtshof aufgestellte Beleihungsschranke des Verbots der Ausgliederung staatlicher Kernaufgaben entgegenstehen. Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem erwähnten Erkenntnis zur Zivildienstverwaltung ausgeführt hat, kann für die Frage des Vorliegens einer „staatlichen Kernaufgabe“ im Übrigen auch die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung – welche naturgemäß bei allen Vollzugsarten als hoch anzusehen ist – von Bedeutung sein. Angesichts der geschilderten Umstände und der durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs geprägten Rechtslage erscheint die geplante gesetzliche Ermächtigung zur Übertragung von Aufgaben des „Vollzugs der Unterbringung gemäß § 21 Abs. 1 StGB“ aus verfassungsrechtlicher Sicht als durchaus problematisch, sofern nicht durch gesetzliche Regelung sichergestellt wird, dass zum staatlichen Kernbereich gehörende hoheitliche Maßnahmen nicht von der beliebigen privaten Vereinigung zu setzen sind.

Aber auch darüber hinaus, und auch dann, wenn man den Bereich des Maßnahmenvollzugs nicht den staatlichen Kernaufgaben zurechnen würde, wären die sonstigen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Beleihungen zu beachten. Soweit die in Abs. 4a vorgesehene „Übertragung“ des Vollzugs mit einer Übertragung hoheitlicher Befugnisse verbunden ist, ist insbesondere auf die im Prü-

fungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofs im Verfahren zu G 36/04 und V 20/04 (Zivildienstverwaltung), wiedergegeben im Erkenntnis VfSlg. 17.341/2004, geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Übertragung hoheitlicher Zuständigkeiten mittels Vertrag aufmerksam zu machen. Sollte die im Entwurf genannte Übertragung als eine Übertragung mittels Vereinbarung zu verstehen sein, wäre daher insbesondere auch diese verfassungsrechtliche Rahmenbedingung zu beachten.

Zu Artikel VI (In-Kraft-Treten):

Es wird darauf hingewiesen, dass Art. I Z 8, auf den sich die Außerkrafttretensbestimmung bezieht, im Entwurf nicht existiert. Gemeint dürfte Art. I Z 7 (§ 91 Abs. 2a StGB) sein. Im Übrigen sollte aus legistischen, aber auch aus normlogischen Gründen das Außerkrafttreten einer Bestimmung nicht dadurch angeordnet werden, dass die betreffende Novellierungsanordnung außer Kraft gesetzt wird; stattdessen wäre das Außerkrafttreten der Bestimmung selbst anzuordnen („§ 91 Abs. 2a [StGB] tritt mit 31. Dezember 2008 außer Kraft.“).

Zu Artikel VI und VII:

Selbständige Novellenartikel sind abzulehnen ([LRL 66](#)), nicht zuletzt im Hinblick auf die mit ihrer Dokumentation im Rechtsinformationssystem des Bundes zwangsläufig verbundenen Unzukömmlichkeiten.

Es sollten daher (auch) diese Bestimmungen in die jeweils betreffenden Gesetze eingearbeitet werden bzw. die Gelegenheit der Novellierung genutzt werden, in die novellierten Gesetze, soweit noch nicht geschehen, den Legistischen Richtlinien entsprechende Schlussbestimmungen aufzunehmen.

III. Zu Vorblatt, Erläuterungen und Textgegenüberstellung:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist auf seine Rundschreiben vom 13. November 1998, GZ [600.824/8-V/2/98](#) - betreffend Vorblatt und Erläuterungen zu Regierungsvorlagen; Aufnahme eines Hinweises auf Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens - und vom 19. Februar 1999, GZ [600.824/0-V/2/99](#) – betreffend Legistik und Begutachtungsverfahren; Auswirkungen von Rechtssetzungsvorhaben auf die Beschäftigungslage in Österreich und auf den Wirtschaftsstandort Österreich; Gestaltung von Vorblatt und Erläuterungen - hin, in denen insbesondere um

die Aufnahme bestimmter zusätzlicher Hinweise in das Vorblatt und den Allgemeinen Teil der Erläuterungen ersucht wurde.

1. Zum Vorblatt:

Nach dem Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 19. Februar 1999, GZ [600.824/0-V/2/99](#) - betreffend: Legistik und Begutachtungsverfahren; Auswirkungen von Rechtssetzungsvorhaben auf die Beschäftigungslage in Österreich und auf den Wirtschaftsstandort Österreich; Gestaltung von Vorblatt und Erläuterungen - hätte das Vorblatt

- dem Zweck der Ermöglichung einer raschen Orientierung zu entsprechen; es sollte daher nicht länger als zwei Seiten sein und nicht mehr als 3000 Zeichen umfassen; die Darstellung von Einzelheiten sollte dem Allgemeinen Teil der Erläuterungen vorbehalten bleiben;

und

- einen Abschnitt „**Finanzielle Auswirkungen**“ zu enthalten, gegliedert in
 - Auswirkungen auf den Bundeshaushalt,
 - Auswirkungen auf die Planstellen des Bundes und
 - Auswirkungen auf andere Gebietskörperschaften.

2. Zum Allgemeinen Teil der Erläuterungen:

Als Angabe der Kompetenzgrundlage(n) genügt nicht die jeweilige, mehrere Kompetenztatbestände umfassende Ziffer des Art. 10 Abs. 1 B-VG, vielmehr ist auch der Wortlaut des in Anspruch genommenen Kompetenztatbestandes zu nennen ([Legistische Richtlinien 1979](#), Pkt. 94).

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.

3. Zur Textgegenüberstellung:

Auf das Fehlen von Art. I Z 3 (§ 49 StGB) in der Textgegenüberstellung wird hingewiesen.

IV. Zum Layout:

Der Entwurf entspricht insofern nicht den [Layout-Richtlinien](#), als vielfach keine geschützten Leerschritte gesetzt wurden (vgl. Punkt 2.1.3 der [Layout-Richtlinien](#)).

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

22. Oktober 2007
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER

Elektronisch gefertigt