

Neues vom Gesetzgeber II: Die Auswirkung der COVID-19-Gesetze auf das Strafrecht

Es wäre bequem, die Auswirkungen der COVID-19-Gesetze im Bereich des Strafrechts in dieser Ausgabe des JSt nicht darzustellen, weil die Neuerungen nur zeitlich begrenzt gelten und sie das Resultat einer Ausnahmesituation sind, die hoffentlich so schnell nicht wiederkommt. Doch durch eine unterlassene Darstellung geriete in den Hintergrund, dass manchen strafprozessualen Änderungen die Befristung fehlt. Darüber hinaus zeigt sich zum Teil in der Umsetzung der VO-Ermächtigungen ein Geist, der für die Zukunft hellhörig machen sollte. Der folgende Beitrag greift ein paar Aspekte der COVID-19-Änderungen im strafrechtlichen Bereich heraus und nimmt dazu kritisch Stellung.¹ Vorweg soll hervorgehoben werden, dass mit diesem Beitrag keine generelle Kritik am Gesetzgeber oder an der Regierung bei der Schaffung dieser Normen geübt werden soll, weil die Herausforderungen im Rahmen der COVID-19-Krise groß waren (und noch sind) und Fehler passieren können. Es ist der Umgang mit diesen Fehlern, nämlich erkannte Überschreitungen von (verfassungs-)rechtlichen Grenzen nicht korrigieren zu wollen, selbst als der Zeitdruck nachgelassen hatte, der eines demokratischen Rechtsstaates unwürdig und auch als problematisch zu bewerten ist. Dass unter dem gleichsamem Motto „besondere Zeiten verlangen besondere Maßnahmen“ grundlegende Prinzipien des Strafrechts einfach ausgehöhlt werden können, wenn nur die Narrative „Krise“ und „nationaler Schulterschluss“ in nahezu täglichen Pressekonferenzen ausreichend strapaziert werden, muss uns eine Warnung für die Zukunft sein.

Deskriptoren: Videovernehmung, Haftverhandlung, Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Strafvollzug, COVID-19, Social Distancing.

Von Alois Birklbauer

1. Social Distancing im strafprozessualen Ermittlungsverfahren

Die propagierte Idee von Social Distancing hat im strafprozessualen Ermittlungsverfahren rasch zu einer Ausweitung von Videovernehmungen bei der Verhängung bzw. Verlängerung der Untersuchungshaft (U-Haft) geführt. Die grundsätzliche Möglichkeit dazu gab es bereits seit dem BudgetbegleitG 2011², wenn auch begrenzt auf die Haftverlängerung (Haftverhandlung nach § 176 Abs 3 StPO) und die Voraussetzung, dass ein Beschuldigter in einer Außenstelle der Justizanstalt des zuständigen Gerichts oder in einer anderen

als der Justizanstalt des zuständigen Gerichts angehalten wird. Dabei sollte durch den Verweis auf § 153 Abs 4 StPO und die darin genannten Aspekte des notwendigen persönlichen Eindrucks und der Verfahrensökonomie die Möglichkeit der Videovernehmung eher die Ausnahme bleiben.

Im Zuge der COVID-19-Krise wurde die vorhandene Möglichkeit der *Videovernehmung* auch für die *U-Haft-Verhängung* verankert. Nach dem neuen § 174 Abs 1 2. Satz StPO³ kann in Fällen einer Pandemie oder wenn es zur Verhütung und Bekämpfung anzeigepflichtiger Krankheiten nach dem EpidemieG 1950 nach Maßgabe einer VO der BMJ notwendig erscheint, gem § 153 Abs 4 StPO vorgegangen werden. Weiters wurde mit derselben Novellierung § 176 Abs 3 StPO angepasst und eine Videovernehmung auch für eine *Haftverlängerung* unter den gleichen Voraussetzungen ermöglicht. Eine *zeitliche Befristung* für diese Neuerungen *gibt es nicht*. Sie folgt indirekt aus dem zeitlichen Geltungsbereich der genannten VO oder aus dem Ende der Pande-

1 Zu den Änderungen im Strafrechtsbereich durch die einzelnen COVID-19-Gesetze und die darauf aufbauenden Verordnungen siehe *Birklbauer*, Kapitel 16. Strafrecht, in *Resch* (Hrsg.), Das Corona-Handbuch. Österreichs Rechtspraxis zur aktuellen Lage (2020; www.rdb.at).

2 BGBl I 2010/111 vom 30.12.2010.

3 BGBl I 2020/14 vom 15.3.2020. Durch Art 24 des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl I 2020/16 vom 21.3.2020, wurde nach dem Wort „notwendig erscheint“ noch ein Beistrich eingefügt (Beseitigung eines Redaktionsversehens).

mie.⁴ Damit ist auch für die Zukunft vorgebaut. Die/der BMJ kann stets durch eine VO zur Verhütung und Bekämpfung anzeigepflichtiger Krankheiten die Videovernehmung zur Haftverhängung und Haftverlängerung ermöglichen.

So vernünftig das auf den ersten Blick auch erscheint, so wenig zu Ende gedacht ist die Idee im Detail. Es stellt sich zB die Frage, *wie eine Verteidigerbeziehung* in solchen Fällen *ermöglicht* wird, zumal davon auszugehen ist, dass bei einer Pandemie auch die Möglichkeiten für einen Festgenommenen, sich mit seinem Verteidiger zu beraten, (zumindest faktisch) eingeschränkt sind.⁵ Reicht es, dass der Verteidiger per Video zur Vernehmung zugeschaltet wird (mit der technischen Möglichkeit, den Verteidigerkontakt zu überwachen), oder muss er physisch an der Seite des Beschuldigten sitzen? Wie ist es insb bei einer Haftverlängerung, bei der eine Verteidigung notwendig ist? Wie wird mit einem allenfalls erforderlichen *Dolmetscher* umgegangen? Wird dieser per Video zugeschaltet, oder sitzt er beim vernehmenden Richter, was möglicherweise zu Verständigungsproblemen mit dem Beschuldigten führen kann (vom Anschein der fehlenden Neutralität durch die räumliche Nähe zum Richter ganz zu schweigen)? Schon allein infolge dieser Fragen sollte dringend darüber nachgedacht werden, wie die Beschuldigtenrechte bei solchen Videovernehmungen angemessen gewahrt werden können.

Im Zuge des gewünschten Social Distancing wurden im Übrigen auch durch verschiedene Begleitgesetze nicht unwesentliche Änderungen bei den Beschuldigtenrechten vorgenommen. So hat etwa § 9 Z 4 1. COVID-19-JuBG⁶ der BMJ eine *VO-Ermächtigung* eingeräumt, nach der sie regeln kann, dass Haftverhandlungen nicht stattfinden haben und die Entscheidungen über die Fortdauer der U-Haft oder vorläufigen Anhaltung nach § 175 Abs 4 zweiter Satz StPO zu ergehen haben. Mit anderen Worten darf also die *U-Haft auch ohne Haftverhandlung verlängert* werden (rein nach Lage der Akten und ohne Gewährung rechtlichen Gehörs). Damit werden Fälle unterlassener Haftverhandlungen infolge der COVID-19-Krise

genauso behandelt, wie wenn der Angeklagte auf eine Haftverhandlung verzichtet hätte, und dies selbst dann, wenn es sich um die erste Haftverhandlung handelt, was ansonsten ausgeschlossen ist. Begründet wird dieser nicht unwesentliche Grundrechtseingriff in den Materialien damit, dass „insbesondere aufgrund der Personalsituation in den Justizanstalten und bei Gerichten und Staatsanwaltschaften sowie möglichen Gebietsbeschränkungen (es) erforderlich sein (kann), den Verkehr mit der Außenwelt zur Vermeidung einer Ausbreitung von COVID-19 möglichst gering zu halten“.⁷ Da eine Ansteckung mit COVID-19 auch durch eine Videovernehmung verhindert werden kann, leuchtet diese Beschränkung des rechtlichen Gehörs allerdings nicht ein, selbst wenn in den Erläuterungen zusätzlich betont wird, dass „*die Haftfristen weiter gelten*“ und die Haftvoraussetzungen „*dringender Tatverdacht, Haftgründe und Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft ... weiterhin streng geprüft werden*“⁸ sollen. Damit werden lediglich Selbstverständlichkeiten betont, aber keine Notwendigkeit für einen derartigen Grundrechtsrückbau.

Die BMJ hat von dieser VO-Ermächtigung Gebrauch umgehend gemacht⁹ und in § 4 2. Satz normiert, dass, wenn im Einzelfall eine *Videovernehmung nicht durchführbar* ist, der Beschluss über die *Aufhebung oder Fortsetzung* der U-Haft auch *ohne vorangegangene mündliche* Verhandlung schriftlich ergehen kann. Wann eine Videovernehmung „nicht durchführbar“ ist, lässt die VO offen. Mit Blick auf die Erläuterungen zum 1. COVID-19-JuBG¹⁰ wäre dies zB für den Fall denkbar, dass der zuständige Richter im Home-Office arbeitet oder in freiwilliger Quarantäne ist und über kein leistungsfähiges Internet verfügt, mit dem er eine Videovernehmung durchführen könnte. Auch dass sich der zuständige Richter mit der entsprechenden Technik nicht auseinandersetzen will und deshalb auf eine Videovernehmung verzichtet, wäre wohl von der sehr unbestimmten Verordnung gedeckt.

Um hier den Kritikern nicht zu viel Spielraum zu lassen, hat der Gesetzgeber mittlerweile reagiert und mit dem

4 Stricker, Aktuelle Änderungen durch COVID-19 im Strafrecht, CuRe 2020/13 weist kritisch darauf hin, dass durch das Wort „oder“ Videokonferenzen auch bei einer Pandemie möglich wären, die Österreich gar nicht betrifft, plädiert jedoch für eine teleologische Reduktion der Bestimmung auf eine Pandemie in Österreich. Da bei einer Pandemie ohnehin eine anzeigepflichtige Krankheit nach dem EpidemieG 1950 vorliegen werde, sei das Problem in der Praxis aber weitgehend entschärft.

5 Siehe dazu aktuell etwa die in § 9 Z 5 1. COVID-19-JuBG (Justizbegleitgesetz, BGBl I 2020/16 Art 21 vom 21.3.2020) eingeräumte VO-Ermächtigung an die BMJ, den Besuchsverkehr im Rahmen der U-Haft (§ 188 Abs 1 StPO) für die Dauer der vom BMSGPK gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG (BGBl I 2020/12 vom 15.3.2020) angeordneten Betretungsverbote zu beschränken. Die

korrespondierende VO der BMJ BGBl II 2020/113 idF BGBl II 2020/180 sieht eine Beschränkung des Besuchsverkehrs bis 10.5.2020 vor und lässt ab diesem Zeitpunkt Einzelbesuche zu. Sie nimmt jedoch, um die Verteidigungsrechte zu wahren, unter anderem Rechtsbeistände von den Besuchsbeschränkungen aus.

6 BGBl I 2020/16 Art 21 vom 21.3.2020.

7 IA 397/A 27. GP 38.

8 IA 397/A 27. GP 38.

9 VO der BMJ, mit der zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 besondere Vorkehrungen in Strafsachen getroffen werden (BGBl II 2020/113 vom 23.3.2020). Sie tritt entsprechend ihrem § 8 idF BGBl II 2020/180 nach derzeitigem Stand mit 31.5.2020 wieder außer Kraft.

10 IA 397/A 27. GP 38.

4. COVID-19-Gesetz § 9 Z 4 1. COVID-19-JuBG ergänzt um den Halbsatz „soweit im Einzelfall eine Durchführung der Haftverhandlung unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung nicht möglich ist“.¹¹ Nach den Erläuterungen soll „aufgrund der Grundrechtsintensivität von Entscheidungen über die Fortsetzung von Untersuchungshaft ... nunmehr aber auch gesetzlich klargestellt werden, dass der Beschluss über die Aufhebung oder Fortsetzung der Untersuchungshaft ... nur in jenen Fällen ohne vorangegangene mündliche Verhandlung schriftlich ergehen können soll, in denen im Einzelfall eine Haftverhandlung nicht im Wege einer Videokonferenz durchgeführt werden kann (etwa wegen personellen/organisatorischen Schwierigkeiten wegen der Einschränkung des Dienstbetriebs bei Staatsanwaltschaften, Gerichten und Justizanstalten)“.¹² Damit hat im Ergebnis das Gesetz nichts anderes gemacht, als die Beschränkung des Entfalls der Haftverhandlung auf Ausnahmefälle, wie sie in der entsprechenden VO der BMJ durch das Erfordernis, dass eine „Haftverhandlung nicht durchführbar“ sein darf, schon verankert waren, abzubilden, jedoch ohne auch hier letztlich scharfe Konturen vorzugeben. Dass die BMJ keine Veranlassung sah, die Regelung in der VO infolge dieser Novellierung zu verändern, verwundert wenig.

Beruhigend ist in diesem Zusammenhang, dass – zumindest aus derzeitiger Sicht – § 9 Z 4 1. COVID-19-JuBG mit 31.12.2020 wieder außer Kraft tritt (vgl § 12 1. COVID-19-JuBG). Dennoch zeigt sich in dieser Bestimmung, wie rasch Errungenschaften zum Schutz der persönlichen Freiheit, wie sie letztlich durch verpflichtend durchzuführende Haftverhandlungen seit 1993 Bestandteil des österreichischen Strafprozessrechts sind, einer Krise geopfert werden können. Dies sollte zumindest für die Zukunft hellhörig machen.

2. Social Distancing im Hauptverfahren

Mit der genannten StPO-Novelle BGBl I 2020/14, welche die Möglichkeiten für Videovernehmungen im strafprozessualen Ermittlungsverfahren erweiterte, wurde auch § 239 StPO, der den Beginn der *Hauptverhandlung* regelt, geändert. Darin ist normiert, dass der Angeklagte ungefesselt erscheint, jedoch im Falle einer U-Haft in Begleitung einer Wache. Der nunmehr eingefügte § 239 2. Satz StPO sieht vor, dass in den in § 174 Abs 1 StPO geregelten Fällen bei Angeklagten in U-Haft entspre-

chend § 153 Abs 4 StPO vorgegangen werden kann. Damit braucht ein *verhafteter Angeklagter* nicht mehr zur Hauptverhandlung vorgeführt werden, sondern er kann dieser per Videoschaltung aus der Zelle folgen und sich auch *per Video einbringen*. Damit sollen seine Beschuldigtenrechte ausreichend gewahrt bleiben. Diese Bestimmung kennt keine Befristung. Eine solche ergibt sich indirekt durch den Verweis auf § 174 Abs 1 StPO, der diese Maßnahmen an die Dauer einer Pandemie bzw eine VO der BMJ zur Bekämpfung und Verhütung anzeigepflichtiger Krankheiten nach dem EpidemieG 1950 bindet.

Fraglich ist, wie der *Verteidigerkontakt während der Hauptverhandlung* in solchen Fällen gewährleistet werden kann. Sitzt der Verteidiger in der Nähe des Beschuldigten in der Justizanstalt, kann die fehlende unmittelbare Möglichkeit, sich vor Ort in die Verhandlung einzubringen, die Qualität der Verteidigung beeinträchtigen. Befindet er sich dagegen im Verhandlungssaal, ist eine Kommunikation mit seinem Mandanten letztlich nur bei einer Unterbrechung der Hauptverhandlung möglich, im Zuge derer der Verteidiger seinen Mandanten in der Justizanstalt aufsucht, was infolge der Besuchsbeschränkungen praktisch schwierig sein kann und ebenfalls die Verteidigungsrechte beeinträchtigt. Insofern ist wohl der Variante, dass der *Verteidiger* in der Justizanstalt *in der Nähe seines Mandanten sitzt*, der Vorzug zu geben. Mit Blick auf die damit einhergehenden Nachteile müssen Hauptverhandlungen per Videokonferenz jedoch die absolute Ausnahme bleiben und ist einer Vertagung auf Zeiten nach den COVID-19-Beschränkungen der Vorzug zu geben. Infolge der erwähnten unbefristeten Geltung der Bestimmung sollten umgehend Lösungen angedacht werden, wie künftig in derartigen Fällen die Verteidigungsmöglichkeiten effizient gewahrt werden können.

Die angesprochenen Änderungen der StPO-Novelle BGBl I 2020/14 wurden im 2. COVID-19-Gesetz¹³ insofern fortgesetzt, als das Prinzip der *Vernehmung des verhafteten Angeklagten per Video* auch auf das *Rechtsmittelverfahren* übertragen wurde. So findet sich nun in § 286 StPO ein neuer *Abs 1a*. Demnach kann in den in § 174 Abs 1 StPO geregelten Fällen bei Angeklagten, die in U-Haft angehalten werden, gem § 153 Abs 4 StPO vorgegangen werden. Dies bedeutet nichts anderes, als dass sie per Videokonferenz an der Rechtsmittelverhandlung teilnehmen könnten.¹⁴ Als Hintergrund für diese Erweiterung ist interessant, dass bei einem Gerichtstag vor dem OGH nach § 286 Abs 2 StPO der verhaftete An-

11 BGBl I 2020/24 Art 32 Z 7 vom 4.4.2020.

12 IA 403/A 27. GP 35.

13 BGBl I 2020/16 vom 21.3.2020.

14 Die parallele Regelung für den öffentlichen Gerichtstag im Rechtsmittelverfahren gegen Urteile des BG verweist in § 471 auf § 286

Abs 1a StPO, für das Rechtsmittelverfahren gegen ER-Urteile verweist § 488 Abs 1 StPO auf das Schöffverfahren, wodurch ebenso § 286 Abs 1a StPO zur Anwendung gelangt.

geklagte mit dem Beisatz verständigt wird, dass er nur durch einen Verteidiger erscheinen könne und selbst keine Möglichkeit der Teilnahme hat, was schon seit langer Zeit als grundrechtlich bedenklich kritisiert wird. Durch den neuen § 286 Abs 1a StPO besteht nun aber während einer Pandemie oder der Geltung einer VO der BMJ zur Bekämpfung oder Verhinderung meldepflichtiger Krankheiten nach dem EpidemieG 1950 für den verhafteten Angeklagten die Möglichkeit, per Video dabei zu sein und sich einzubringen. Insofern ist es durch das 2. COVID-19-Gesetz eigentlich zu einer *Verbesserung für den Beschuldigten* gekommen, die mit Ende der Pandemie bzw der Geltung der genannten VO der BMJ wieder vorbei sein wird. Freilich wird sich der Gesetzgeber in Hinblick nur schwerlich Bestrebungen widersetzen können, für den verhafteten Beschuldigten generell eine Teilnahme am Gerichtstag per Video zu ermöglichen. Was in Krisenzeiten, mit denen eine Beschränkung der Grundrechte einhergeht, Recht ist, muss nach Beendigung der Krise billig sein. Trotz dieser Verbesserung bleibt die Frage, ob es eine ausreichende Verteidigungsmöglichkeit sein kann, wenn der Verteidiger in der Verhandlung vor Ort beim OGH ist und der Angeklagte per Video aus der Justizanstalt zugeschaltet ist. In diesem Zusammenhang sollte darüber nachgedacht werden, wie eine vernünftige (unüberwachte) Kommunikation zwischen Verteidiger und Mandanten unmittelbar vor bzw während der Verhandlung sichergestellt werden kann.

Im *Berufungsverfahren gegen Urteile des Schöffengerichts* verweist § 294 Abs 5 auf § 286 StPO. Darüber hinaus wurde im Rahmen des 4. COVID-19-Gesetzes § 294 Abs 5 StPO dahingehend ergänzt, dass in der genannten Bestimmung nach dem Wort „verzichtet“ die Wendung „oder es liegt ein Fall des § 286 Abs 1a vor“ eingefügt wurde.¹⁵ Die gleiche Ergänzung erfolgte in § 296 Abs 3 StPO. Durch diese Novellierung soll klar gestellt werden, dass eine Einbeziehung des verhafteten Angeklagten im Rahmen des Gerichtstags über eine Strafberufung vor dem OLG (§ 294 Abs 5 StPO) sowie dem Gerichtstag über eine (verbundene) Strafberufung vor dem OGH (§ 296 Abs 3 StPO) im Wege einer Videokonferenz zulässig ist.¹⁶ Eine zeitliche Befristung für diese Bestimmung ist nicht vorgesehen. Sie hängt jedoch wie § 286 Abs 1a StPO von einer Pandemie bzw der entsprechenden VO der BMJ im Zusammenhang mit meldepflichtigen Krankheiten ab. Da es sich bei dieser

Möglichkeit um eine Erleichterung der Verfahrensführung handelt, weil im Rahmen der Berufungsentscheidung dem verhafteten Angeklagten eine Anwesenheitsmöglichkeit einzuräumen ist, könnte überlegt werden, diese Art der Vernehmung über die COVID-19-Krise hinaus in den Rechtsbestand zu übernehmen.

3. Faktische Verhinderungen öffentlicher Hauptverhandlungen

Art 90 Abs 1 B-VG normiert die *Öffentlichkeit von Verhandlungen in Strafsachen* mit dem Vorbehalt, dass Ausnahmen das Gesetz bestimmt. In ähnlicher Weise kennt Art 6 Abs 1 EMRK den Öffentlichkeitsgrundsatz mit der Möglichkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit für die Verhandlung. Sinn des Öffentlichkeitsgrundsatzes ist es, eine (demokratische) Kontrolle der Justiz zu ermöglichen und auch den Angeklagten vor einer überbordenden Gerichtsbarkeit zu schützen.¹⁷

In der Umsetzung dieser Verfassungsgesetze lässt die StPO Einschränkungen der Öffentlichkeit zu, wobei jedoch nach § 229 Abs 4 StPO die *Verkündung des Urteils immer öffentlich* erfolgen muss. Für den *Lauf der Verhandlung* kann die Öffentlichkeit unter anderem nach § 229 Abs 1 Z 1 StPO wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit ausgeschlossen werden. Ob eine Ansteckung infolge einer Pandemie darunter zu subsumieren ist, bleibt fraglich.¹⁸ Und selbst bei einem Ausschluss der Öffentlichkeit dürfen Richter und Staatsanwälte des Dienststandes, Richteramtsanwärter und Rechtspraktikanten sowie Strafverteidiger nach § 48 Abs 1 Z 5 StPO niemals ausgeschlossen werden. Weiters haben Angeklagte, Opfer und Privatbeteiligte das Recht zu verlangen, dass drei Personen ihres Vertrauens der Zutritt gestattet werde (vgl § 230 Abs 2 StPO). Dadurch soll stets ein Mindestmaß an Kontrolle der Justiz gewährleistet bleiben.

Nun hat es der Gesetzgeber im Zuge der COVID-19-Gesetze nicht gewagt, in den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatz der Öffentlichkeit einzugreifen. Selbst wenn verhaftete Angeklagte in der Hauptverhandlung per Video vernommen werden (vgl § 239 2. Satz StPO), ist es demnach *zulässig*, der *Hauptverhandlung als Zuhörer beizuwohnen*. Allerdings lässt dies die entsprechende VO des BMSGPK, welche infolge von § 2 COVID-19-MaßnahmenG¹⁹ ergangen ist²⁰, nicht zu (zumin-

15 BGBl I 2020/24 Art 36 vom 4.4.2020.

16 So die Erläuterungen zum 4. COVID-19-G, IA 403/A 27. GP 38. Eine derartige Nachbesserung forderte auch Stricker, CuRe 2020/13.

17 Siehe dazu etwa mit Nachweisen Birkbauer, Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung. Ein Prozessgrundsatz im Spannungsfeld zwischen Beschuldigten-, Opfer- und Bevölkerungsinteresse, JSt 2009, 109; weiters Danek/Mann in WK-StPO § 228 Rz 4.

18 Siehe dazu etwa die Bsp bei Danek/Mann in WK-StPO § 229 Rz 2 f, welche allgemeine Gesundheitsabwägungen nicht zu tragen vermögen.

19 BGBl I 2020/12 vom 15.3.2020.

20 BGBl II 2020/98 vom 15.3.2020 idF II 2020/148 vom 9.4.2020.

dest entsprechend der Darstellung des VO-Inhalts seitens der Regierung in der Öffentlichkeit). Nach deren § 1 ist das Betreten öffentlicher Orte verboten, wovon § 2 Ausnahmen vorsieht. Die Wahrung von Grundrechten oder die Inanspruchnahme von Grundsätzen der Demokratie, wie sie zB hinter dem Öffentlichkeitsgrundsatz stehen, ist dort nicht angeführt. Insofern könnte argumentiert werden, dass es von vornherein nicht zulässig ist, das Haus zu verlassen, um einer öffentlichen Gerichtsverhandlung als Zuhörer beizuwohnen. Überspitzt formuliert ist eine Verhandlung zwar de jure weiterhin öffentlich, de facto aber infolge der genannten VO nicht, weil der Weg zum Gericht keine Ausnahme vom Verbot, öffentliche Orte zu betreten, bildet. Der Gesundheitsminister hat es somit in der Hand, per VO den verfassungsrechtlichen Öffentlichkeitsgrundsatz zu untergraben. Ich will an dieser Stelle keine Beurteilung vornehmen, ob eine derartige VO überhaupt verfassungsrechtlich gedeckt ist. Dessen ungeachtet sollte uns jedoch die Möglichkeit, Verfassungsgrundsätze derart leicht aus den Angeln zu heben, nachdenklich stimmen. Bedenkt man darüber hinaus, dass auch der Weg eines Zeugen zum Gericht, um einer Ladung Folge zu leisten, nicht unter die Ausnahmen des § 2 der genannten VO fallen, wird offensichtlich, wie wenig durchdacht die angesprochene VO ist.

Freilich gibt es auch eine andere Lesart der VO, wofür die Regierungsspitze die Bezeichnung „Interpretation spitzfindiger Juristen“ vergeben hat, weil sie sich am Wortlaut einer Norm orientieren, wie es Juristinnen und Juristen in den ersten Vorlesungen ihres Studiums im Übrigen lernen. § 2 Z 5 der genannten VO des BMSGPK nennt als Ausnahme vom Verbot des Betretens öffentlicher Orte im Freien, wenn diese „alleine, mit Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, oder mit Haustieren betreten werden sollen, gegenüber anderen Personen ist dabei ein Abstand von mindestens einem Meter einzuhalten“. Ein bestimmter Zweck des Betretens ist darin nicht genannt und damit nicht erforderlich. Sportliche Betätigung, Spazierengehen oder schlichter Aufenthalt im Freien zum Sonnenbaden ist davon ebenso erfasst wie der Weg zu Freundinnen und Freunden oder auch zum Gericht, um einer Ladung Folge zu leisten oder einer Verhandlung beizuwohnen. Das immer wieder seitens der Regierung ins Spiel gebrachte Verbot, andere Menschen zu besuchen, mag zwar zur Eindämmung der Pandemie vernünftig sein, es findet aber weder in den

entsprechenden Gesetzen noch in den dazu ergangenen VO seine Deckung. Vor diesem Hintergrund ist möglicherweise auch der „Ostererlass“ zu verstehen, in dem § 2 Z 5 der genannten VO an sich richtig interpretiert wurde, der jedoch die bisherigen gegenteiligen Botschaften der Regierung in Frage gestellt hätte und wohl deshalb wieder zurückgenommen wurde.

Für die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung ist aus der interpretierbaren Zulässigkeit, zum Gericht zu gelangen, jedoch mitunter wenig gewonnen, weil potentielle Zuhörerinnen und Zuhörer es zwar bis zum Gericht schaffen, möglicherweise aber nicht in dieses Gericht gelangen werden bzw die Sicherheitskontrolle eine für sie unüberwindliche Schranke bilden wird. Damit kommt es faktisch infolge der COVID-19-Maßnahmen zu keiner öffentlichen Hauptverhandlung. Entsprechend der Rspr zum Öffentlichkeitsgrundsatz wird sich in solchen Fällen eine Nichtigkeit aber nur schwer wegargumentieren lassen.²¹ Die durch die COVID-19-Krise faktisch verhinderte Öffentlichkeit von Hauptverhandlungen ist somit unter rechtlichen Aspekten mehr als bedenklich.

4. Bedenkliches Differenzierung im Bereich des Strafvollzugs

§ 10 1. COVID-19-JuBG²² räumt der BMJ weitgehende VO-Ermächtigungen im Bereich des Strafvollzugs ein. Durch den Verweis auf die sinngemäße Anwendung des I. Hauptstücks des genannten Gesetzes stehen diese Ermächtigungen unter dem Leitgedanken, „einerseits die Gefahr eines Übergreifens des Virus auf den Strafvollzug möglichst hintanzuhalten, andererseits aber auch das System des Strafvollzugs, einschließlich seiner rechtsstaatlichen Garantien, möglichst aufrechtzuerhalten bzw zu bewahren, um so bestmöglich zur Sicherheit der Allgemeinheit, aber nicht zuletzt auch der Strafvollzugsbediensteten und der im Strafvollzug befindlichen Personen beizutragen“.²³ Durch die entsprechenden VO-Ermächtigungen soll die BMJ „möglichst flexibel und situationsbezogen auf die aktuellen Herausforderungen reagieren“²⁴ können.

Da § 10 1. COVID-19-JuBG mit 31.12.2020 (voraussichtlich) wieder außer Kraft treten wird²⁵, soll hier nur am Rande darauf eingegangen werden. Erwähnung finden sollen exemplarisch Aspekte, die ein bedenkliches Menschenbild zum Ausdruck bringen. So gibt § 10 Z 1

21 Siehe etwa OGH 15 Os 61/02 = RIS-Justiz RS0117048, wonach ein nichtigkeitsbegründender Ausschluss der Öffentlichkeit – selbst ohne formellen Ausschluss der Öffentlichkeit gem § 229 Abs 1 StPO – auch durch faktische Hinderung Interessierter, an der Hauptverhandlung teilzunehmen, verwirklicht werden kann; zu weiteren Nachweisen siehe *Ratz* in WK-StPO § 281 Rz 252 ff.

22 BGBl I 2020/16 Art 21 vom 21.3.2020.

23 IA 397/A BlgNR 27. GP 39.

24 IA 397/A BlgNR 27. GP 39.

25 Vgl § 12 1. COVID-19-JuBG.

1. COVID-19-JuBG der BMJ die VO-Ermächtigung, das *Unterbleiben der Aufforderung zum Strafantritt* für einen auf freiem Fuß befindlichen rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten (§ 3 Abs 2 1. Satz StVG) für die Dauer von COVID-19-Maßnahmen, also längstens bis 31.12.2020 zu ermöglichen. In Ergänzung dazu räumt § 10 Z 4 1. COVID-19-JuBG die Möglichkeit zum *Vollzugaufschub* nach § 6 Abs 1 StVG für Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren (§ 6 Abs 1 Z 1 StVG) für die Dauer COVID-19-Maßnahmen ein und ermächtigt § 10 Z 3 1. COVID-19-JuBG dazu, mit COVID-19 infizierte Personen oder solche, die wegen Kontakts mit infizierten Personen unter Quarantäne stehen, gem § 5 StVG als (ursprünglich) *vollzugsuntauglich* und § 133 StVG als (nachträglich) *vollzugsuntauglich* einzustufen. Zur zuletzt genannten Möglichkeit stellen die Erläuterungen klar, dass dies nicht bedeute, dass diese Personen in jedem Fall auf freiem Fuß bleiben, sondern allenfalls eine Haft anderer Art (zB in einer öffentlichen Krankenanstalt) vollzogen werden könne, auch im Rahmen einer Unterbrechung des Strafvollzugs gem § 133 StVG, wenn die Kapazitäten der Justizanstalten zur medizinischen Behandlung und besonderer Quarantänemaßnahmen erschöpft sind.²⁶ Eine solche Haft anderer Art in einer Krankenanstalt wäre für den Verurteilten günstig, weil er durch seine Krankheit ohnehin in seiner Freiheit beschränkt ist und mit dem „besonderen Strafvollzug“ im Ergebnis einen Teil seiner Freiheitsstrafe auf diese Weise verbüßt.

Von diesen VO-Ermächtigungen wurde mittlerweile Gebrauch gemacht.²⁷ Nach deren § 2 ist bei einem Verurteilten, der sich auf freiem Fuß befindet (§ 3 Abs 2 1. Satz StVG) und dessen zu vollziehende Freiheitsstrafe die Dauer von drei Jahren nicht übersteigt²⁸, ein *Strafantritt* bis zum Ablauf des 30.6.2020 nicht zulässig und die Anordnung des Strafvollzuges bis zu diesem Zeitpunkt *aufzuschieben*, es sei denn, dass er wegen einer in § 33 Abs 2 StGB umschriebenen Tat (im Wesentlichen Gewalt im sozialen Nahbereich, in hohem Ausmaß oder unter Waffeneinsatz) oder wegen eines bestimmten Sexualdelikts (§§ 201, 202, 205, 205a, 206, 207, 207a oder 207b StGB) verurteilt wurde. Durch diesen Ausschluss bestimmter Tätergruppen ist die VO deutlich enger als es das Gesetz erfordert. Da die durch § 10 1. COVID-19-JuBG ermöglichten Maßnahmen auch dem Schutz des Strafgefangenen dienen, der nicht durch eine Inhaftierung zusätzlich gefährdet werden soll, leuchtet diese Begrenzung des Vollzugaufschubs nicht nur nicht ein, sondern

ist das dahinterstehende Menschenbild, derartigen Tätern nicht die Chance zu geben, durch einen Vollzugaufschub besser geschützt zu sein, absolut unangebracht. Es kann hier auch nicht mit dem Schutz der Gesellschaft vor solchen Tätern argumentiert werden, ist doch Voraussetzung für einen Vollzugaufschub, dass sich der (potentielle) Gefangene auf freiem Fuß befindet.

Bezogen auf die Schutzfunktion gegenüber Strafgefangenen räumt § 10 Z 6 1. COVID-19-JuBG der BMJ eine VO-Ermächtigung ein, die *Frist für den Wiederantritt der Strafe* nach § 99 Abs 3 StVG (Unterbrechung der Freiheitsstrafe), § 99a Abs 2 StVG (Ausgang) und § 147 Abs 2 StVG (Ausgang im Rahmen des Entlassungsvollzugs) sowie die Maßnahme nach § 166 Z 2 StVG (Unterbrechung der Unterbringung im Maßnahmenvollzug nach § 21 Abs 2 StGB) für die Dauer der vorläufigen COVID-19-Maßnahmen zu unterbrechen. Damit müssten Gefangene während der Dauer der genannten Maßnahmen nicht (wieder) in den Strafvollzug zurückkehren. Von dieser VO-Ermächtigung machte die BMJ auf sehr eigene Weise Gebrauch. Die entsprechende VO²⁹ ermöglicht nicht nur keine Fristunterbrechung für den Wiederantritt der Strafe, wie es § 10 Z 6 1. COVID-19-JuBG vorsieht, sondern normiert in § 7 Abs 1, dass *Freiheitsmaßnahmen* nach den §§ 99, 99a, 126 und 147 StVG bis zum Ablauf des 31.5.2020 *grundsätzlich unzulässig* sind. Ausnahmen von Abs 1 können nach Abs 2 beim Freigang (§ 126 Abs 3 StVG) zur Bereitstellung dringend benötigter Arbeitskräfte zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur und Versorgung im Einzelfall durch die Generaldirektion für den Strafvollzug und den Vollzug freiheitsentziehender Maßnahmen angeordnet werden. Dadurch will der Strafvollzug offenbar seinen Anteil an der Bewältigung der COVID-19-Krise leisten. Das grundsätzlich generelle Verbot von solchen alternativen Freiheitsmaßnahmen ist aber bedenklich, zumal es keinesfalls von § 10 Z 6 1. COVID-19-JuBG gedeckt ist. Es kann allenfalls aus dem sehr unbestimmten Verweis am Beginn von § 10 1. COVID-19-JuBG auf die sinngemäße Anwendung des I. Hauptstücks abgeleitet werden, der auch für § 1 der genannten VO herangezogen wird. Der Geist, der hinter diesem Verbot steckt, reiht sich jedoch in den oben angeführten Gedanken ein, Strafgefangene nicht unbedingt vor Ansteckungen schützen zu wollen. Die Gefährlichkeit kann auch hier nicht als Argument herangezogen werden, weil ihr Fehlen ohnehin Voraussetzung für einen Ausgang oder vergleichbare Lockerungen ist.

26 IA 397/A BgNR 27. GP 39.

27 VO der BMJ über besondere Vorkehrungen im Anwendungsbereich des StVG zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (BGBl II 2020/120 idF BGBl II 2020/184). Die VO tritt nach ihrem § 10 mit 31.12.2020 wieder außer Kraft.

28 Durch das Abstellen auf eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren kombiniert § 2 der genannten VO letztlich § 10 Z 1 und Z 4 des 1. COVID-19-JuBG.

29 BGBl II 2020/120 idF BGBl II 2020/184.

Resümee

Hält man sich die in diesem Beitrag genannten Beispiele an COVID-19-Veränderungen im Bereich des Strafrechts vor Augen, verwundert es, dass nicht eher und stärker gegen die grundlegende Einschränkung von (mitunter sogar verfassungsrechtlich gewährleisteten) Rechten Kritik geübt wurde. Ich nehme mich hier keineswegs aus. Die Methode, Grundrechte wie die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung de iure unangetastet zu lassen, aber sie de facto durch Ausgangsbeschränkungen im Verordnungswege zu verunmöglichen, sollte uns für die Zukunft wachsam sein lassen. Noch dazu, wenn, wie im Rahmen der COVID-19-Gesetze und VO gar keine entsprechenden Verbote existieren, sondern solche von den Regierungsverantwortlichen nur vorgegaukelt werden. Auch geht es nicht an, diejenigen, welche entsprechend des Bestimmtheitsgrundsatzes infrage stellen, ob eine Strafe überhaupt auf Basis der (angeblich verordneten) Ausgangsbeschränkungen oder gar eines Erlasses des Gesundheitsministers legitimierbar ist, als „spitzfindige Juristen“ zu bezeichnen. Dies sollte ebenso einen Aufschrei verursachen wie

die Äußerung, Verfassungswidrigkeiten, die in der Eile passiert sind, nicht beheben zu wollen, denn wenn der VfGH darüber entscheide, seien sie (hoffentlich) ohnehin nicht mehr in Kraft. Bei allem Schutz für die Gesundheit und der eingeforderten Solidarität für die Schwachen in unserer Gesellschaft sowie dem Umstand, dass (zumindest manche) Maßnahmen auch sinnvoll sind, dürfen die zentralen Grundsätze in einem freien Rechtsstaat nicht über Bord geworfen werden. Der Wunsch, mit einhelligen Vorgaben die Bevölkerung zum Durchhalten zu animieren, legitimiert in keiner Weise Beschränkungen der Meinungsbildungs- und Meinungsäußerungsfreiheit sowie das Vortäuschen nicht bestehender Verbote, noch dazu unter Einbindung polizeilicher Maßnahmen. Das sollten wir aus den COVID-19-Gesetzen und seinen VO für künftige Ausnahmesituationen unbedingt mitnehmen.

Korrespondenz:

Univ.-Prof. Dr. Alois Birklbauer,
alois.birklbauer@jku.at