

JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

- must know** Kaufpreiszahlung und Eigentumserwerb im römischen Recht
Prüfungsrelevantes Nebenstrafrecht in Fällen (VerbotsG)
- Musterfall** Strafrecht, Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrecht, Bürgerliches Recht
- Judikatur** Kostenersatz bei Verdacht auf sog Krankenstandsmissbrauch
Judikaturauswahl 1. Halbjahr 2022
- Seitenblick** Juristische Berufe vorgestellt: Der öffentliche Dienst

Redaktionsleitung
Verena T. Halbwachs

Redaktion
Barbara Beclin
Florian G. Burger
Ulrike Frauenberger-Pfeiler
Thomas Klicka
Jürgen Pirker
Roman Alexander Rauter
Hannes Schütz

Korrespondenten
Erwin Bernat
Christoph Grabenwarter
Friedrich Harrer
Ferdinand Kerschner
Alexander Schopper

2022/2023

01

MANZ 

ISSN 1022-9426

Prüfungsrelevantes Nebenstrafrecht in Fällen (VerbotsG)

Der folgende Beitrag bietet einen Überblick über Schwerpunkte des Verbotsgesetzes. Das VerbotsG wird dabei anhand von vier praxisnahen Fällen im Prüfungsformat behandelt.

Von Jakob Hajszan und Julia Innerhofer

Inhaltsübersicht:

- A. Grundlagen des VerbotsG
- B. Fall 1 „Hitlergruß“
 1. Sachverhalt
 2. Relevante Gesetzesbestimmungen
 3. Lösung
 - a) Strafbarkeit des A
 - b) Alternative Verfahrenserledigung
- C. Fall 2 „Posting“
 1. Sachverhalt
 2. Relevante Gesetzesbestimmungen
 3. Lösung
 - a) Strafbarkeit des B
 - b) Variante: Strafbarkeit des B
 - c) Beweisantrag
- D. Fall 3 „Zum Gedenken“
 1. Sachverhalt
 2. Relevante Gesetzesbestimmungen
 3. Lösung
 - a) Strafbarkeit der C
 - b) Sachliche Zuständigkeit
 - c) Anwendung des Erschwerungsgrundes
- E. Fall 4 „Flyer und Chatgruppen“
 1. Sachverhalt
 2. Relevante Gesetzesbestimmungen
 3. Lösung
 - a) Strafbarkeit des D hinsichtlich des Verteilens der Ausdrucke
 - b) Strafbarkeit des D hinsichtlich des Postings in der Chatgruppe
 - c) Verfassungswidrigkeit?

A. Grundlagen des VerbotsG

Als Reaktion auf das schreckliche Unrecht und die unmenschlichen Verbrechen des NS-Regimes wurde durch die provisorische Staatsregierung Österreichs bereits zu Kriegsende ein **Verfassungsgesetz über das Verbot der NSDAP (VerbotsG)** erlassen. Ziel des VerbotsG ist der Schutz der demokratisch-freiheitlichen Grundordnung Österreichs vor einer Wiederbegegnung der NS-Herrschaft. Die Existenz des Gesetzes ist somit aus der österreichischen Geschichte zu erklären.

Das VerbotsG enthielt in seiner Stammfassung das Verbot der NSDAP und Sonderrecht für die Behandlung von Nationalsozialisten. Mit dem Nationalsozialistengesetz 1947 wurde es umfassend novelliert – daher auch die Bezeichnung als **Verbotsgesetz 1947** – und zur Bekämpfung nationalsozialistischer **Wiederbetätigung** die Straftatbestände der **§§ 3 a bis 3 g Ver-**

botsG eingeführt. Die letzte größere Änderung erfolgte durch die **VG-Novelle BGBl 1992/148**; im Zuge dessen wurde die sog **Holocaust-Leugnung** in **§ 3 h VerbotsG** explizit unter Strafe gestellt. Doch schon davor wurde die Leugnung oder gröbliche Verharmlosung des Holocaust vom OGH in stRsp – bei entsprechendem Vorsatz auf Betätigung im nationalsozialistischen Sinne – als nach § 3 g VerbotsG tatbestandsmäßig beurteilt.¹⁾ § 3 h VerbotsG erfasst darüber hinaus die auf qualifiziert öffentliche Weise begangene Leugnung, Verharmlosung oder Gutheißung sowie Versuche der Rechtfertigung des nationalsozialistischen Völkermordes und der anderen nationalsozialistischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit auch ohne Wiederbetätigungsvorsatz.²⁾ Da stets ein Nachauftreten der nationalsozialistischen Gesinnung nötig ist und somit nicht die nationalsozialistische Überzeugung als solche unter Strafe gestellt wird, sondern lediglich bestimmte Betätigungen unter die Tatbestände fallen, kann im VerbotsG kein Gesinnungsstrafrecht erblickt werden.³⁾ Aufgrund seiner hohen Bedeutsamkeit enthält das VerbotsG erhebliche Strafdrohungen. Außerdem müssen diesbezügliche Verfahren wegen der politischen Brisanz stets vor dem Geschworenengericht geführt werden.⁴⁾

Neben den gerichtlichen Strafbestimmungen der §§ 3 a ff VerbotsG bestehen auch verwaltungsstrafrechtliche Tatbestände im Zusammenhang mit dem Verbot nationalsozialistischer Betätigung. So erfasst **Art III Abs 1 Z 4 EGVG die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankengutes.**⁵⁾ Dies greift allerdings aufgrund der allg Subsidiaritätsregel für Verwaltungsübertretungen in § 22 Abs 1 VStG nur, sofern keine gerichtliche Strafbarkeit besteht. Art III Abs 1 Z 4 EGVG kann daher ausschließlich dann zur Anwendung kommen, wenn die Tat nicht nach dem VerbotsG – insb nach §§ 3 d, 3 g, 3 h – strafbar ist. Für die Abgrenzung zu § 3 g VerbotsG ist entscheidend, ob ein **Vorsatz auf Betätigung im nationalsozialistischen Sinne vorliegt**; fehlt ein solcher, kommt die

1) So etwa OGH 12 Os 57/90 JBl 1991, 464; 13 Os 135/92 RZ 1995/44.

2) Siehe genauer bei Fall 2.

3) *Birkbauer/Landertl*, Nationalsozialistische Wiederbetätigung: Strafen oder alternative Verfahrenserledigung? JSt 2020, 131.

4) Art 91 Abs 2 B-VG; § 3j VerbotsG.

5) Zur gleichlautenden Vorgängerbestimmung des Art IX Abs 1 Z 7 EGVG idF BGBl 1986/248 siehe *Merli*, Das Verbot der Verbreitung nationalsozialistischen Gedankengutes im EGVG, JBl 1986, 767 (768 ff).

JAP 2022/2023/2

§§ 3 d, 3 f, 3 g, 3 h, 3 j VerbotsG;
§ 9 StGB;
§§ 32 Abs 2, 33 Abs 1 Z 5 StGB;
§§ 62, 65, 67 StGB;
§ 125, 126 StGB;
§ 283 StGB;
§§ 7, 19 Abs 2 JGG;
Art VIII Abs 1, Art X StRAG;
Art III Abs 1 Z 4 EGVG;
§ 3 Abs 1 AbzeichenG;
§ 2 Uniform-VerbotsG

Nebenstrafrecht;
Verbotsgesetz;
Wiederbetätigung;
Holocaust-Leugnung;
Diversion;
Doppelverwertungsverbot;
Verbotsirrtum;
Verfassungswidrigkeit

Verwaltungsstrafbestimmung zur Anwendung.⁶⁾ Im Hinblick auf § 3 h VerbotsG ist für den Anwendungsbereich des EGVG ausschlaggebend, ob die ohne Wiederbetätigungsvorsatz erfolgte Holocaust-Leugnung durch eine der in § 3 h VerbotsG genannten öffentlichen Begehungsweisen erfolgt.⁷⁾ Aufgrund der unterschiedlichen Ausrichtung ist die Verhängung einer Verwaltungsstrafe nach dem EGVG daher auch noch nach Einstellung des gerichtlichen Verfahrens möglich.⁸⁾

Das **AbzeichenG** stellt darüber hinaus in dessen § 3 Abs 1 die öffentliche Zurschaustellung, die Verbreitung oder das öffentliche Tragen von Abzeichen, Symbolen oder Uniformen verbotener Organisationen – dies sind nationalsozialistische Organisationen aufgrund des Verbotes in § 1 VerbotsG jedenfalls – unter Verwaltungsstrafe. Auch diese Strafbestimmung ist ggü den gerichtlichen Strafbestimmungen des VerbotsG subsidiär, geht Art III Abs 1 Z 4 EGVG aber aufgrund von Spezialität und wegen der höheren Strafandrohung vor.⁹⁾

Das Tragen von Wehrmachtsuniformen, nicht aber von zB SS- oder SA-Uniformen, wird allerdings von der gerichtlichen Strafbestimmung des **§ 2 Uniform-VerbotsG** erfasst, die wiederum § 3 AbzeichenG vorgeht. Ein Vorsatz auf nationalsozialistische Betätigung ist dabei nicht nötig. Trifft § 2 Uniform-VerbotsG mit § 3 g VerbotsG zusammen, tritt jener als typische Begleitstat als subsidiär hinter § 3 g VerbotsG zurück. Das Tragen der Wehrmachtsuniform allein reicht aber – wohl auch bei Wiederbetätigungsvorsatz – nicht für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 3 g VerbotsG.¹⁰⁾

Auch mehr als 75 Jahre nach dem Ende des 2. Weltkrieges kommt dem VerbotsG, insbesondere dem allgemeinen Verbot der Wiederbetätigung in § 3 g und der Strafbarkeit der Holocaust-Leugnung gem § 3 h, weiterhin erhebliche gesellschaftliche Bedeutung zu. Auch die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte werden in nicht zu unterschätzendem Ausmaß mit Verbrechen nach dem VerbotsG befasst. So kam es im Jahr 2020 zu **132 Verurteilungen** nach dem VerbotsG, wovon 128 nach § 3 g und vier nach § 3 h VerbotsG erfolgten.¹¹⁾ 2019 führten 1.037 Anzeigen¹²⁾ nach dem VerbotsG zu insgesamt 143 Verurteilungen.¹³⁾ Die letzte Verurteilung nach § 3 f VerbotsG erfolgte 2018 und § 3 d VerbotsG wurde 2017 das letzte Mal abgeurteilt.¹⁴⁾ Auch stellen sich im Zusammenhang mit dem VerbotsG immer wieder neue Anwendungsprobleme, wie etwa jenes der österreichischen Strafgewalt bei Tatbegehung über das Internet.¹⁵⁾

B. Fall 1 „Hitlergruß“

1. Sachverhalt

Der 17-jährige **A** macht gelegentlich einen Spaziergang durch den Wienerwald. Andere Spaziergänger begrüßt er dabei mit dem Hitlergruß.

Prüfen Sie die Strafbarkeit!

Wäre in diesem Fall eine alternative Verfahrenserledigung möglich?

2. Relevante Gesetzesbestimmungen

§ 3 g VerbotsG; §§ 7, 19 Abs 2 JGG; § 198 Abs 2 Z 1 StPO

§ 3 g. VerbotsG

Wer sich auf andere als die in den §§ 3 a bis 3 f bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinn betätigt, wird, sofern die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung strenger strafbar ist, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung bis zu 20 Jahren bestraft.

3. Lösung

a) Strafbarkeit des A

§ 3 g VerbotsG

Objektiver Tatbestand: A betätigt sich auf andere als die in den §§ 3 a bis 3 f bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinn, indem er andere Spaziergänger mit dem Hitlergruß begrüßt. Unter der Betätigung im nationalsozialistischen Sinn versteht das Gesetz nämlich jedes **Verhalten, das geeignet ist, eine der spezifischen Zielsetzungen der NSDAP im Inland oder mit Auswirkung auf die Republik Österreich zu neuem Leben zu erwecken oder solcherart zu propagieren und zu aktualisieren**. Diese weite Fassung verlangt nicht, dass alle zum Nationalsozialismus gehörenden Ziele mit der Betätigung verfolgt werden. Es genügt, dass die Handlung einzelne Teile davon fördert, sofern eine gewisse Erheblichkeit erreicht wird.¹⁶⁾ Gleichzeitig ist es auch möglich, dass Einzelhandlungen für sich allein noch nicht die Schwelle der Wiederbetätigung überschreiten, aber im Zusammenhang mit Handlungskomplexen ausreichen.¹⁷⁾

Die Einordnung der Ausführung des Hitlergrüßes als Wiederbetätigung kann demnach auf jeden Fall bejaht werden. So bestätigte der OGH, dass der Hitlergruß ein charakteristisches Symbol des Nationalsozialismus ist und der Gebrauch in der Öffentlichkeit eindeutig geeignet ist, NS-Ziele zu propagieren.¹⁸⁾

Da § 3 g VerbotsG ein abstraktes Gefährdungsdelikt und kein Erfolgsdelikt ist,¹⁹⁾ kommt es bei dem Delikt auch nicht darauf an, dass die anderen Spaziergänger durch diese Art der Begrüßung tatsächlich beein-

6) VfGH B 1824/88 VfSlg 12.002/1989; E 1698/2017 JBl 2017, 784; OGH 11. 3. 1993, 12 Os 72/92; 5. 9. 1996, 15 Os 107, 108/96; 8. 4. 2010, 12 Os 2/10a; VwGH 90/10/0194 VwSlg 13.548 A/1991; VwG Wien 7. 1. 2020, VGW-031/005/9527/2019.

7) *Lässig* in WK² StGB § 3 h Verbotsgesetz Rz 5.

8) VwGH Ra 2021/03/0020; siehe auch die Mitteilungspflicht der Staatsanwaltschaft in Art III Abs 4 EGVG.

9) Siehe dazu und zum AbzeichenG generell eingehend *Lichtenwagner*, Abzeichengesetz – „kleines Verbotsgesetz“ verschollen im Verwaltungsstrafrecht? *juridikum* 2017, 171 (171 ff).

10) *Lässig* in WK² StGB § 2 Uniform-Verbotsgesetz Rz 2.

11) Gerichtliche Kriminalstatistik 2020, statistik.at (3. 1. 2022).

12) Verfassungsschutzbericht 2019, dsn.gv.at (3. 1. 2022) 35.

13) Gerichtliche Kriminalstatistik 2019, statistik.at (3. 1. 2022).

14) Gerichtliche Kriminalstatistik 2018, statistik.at (3. 1. 2022); Gerichtliche Kriminalstatistik 2017, statistik.at (3. 1. 2022).

15) Siehe Fall 2 und zB OGH 13 Os 105/18t JBl 2019, 187 (*Tipold*); *Salimi* in WK² StGB § 67 Rz 59, 59/1; *Zerbes*, Tatort: Internet, ÖJZ 2017, 856 (860 ff).

16) *Lässig* in WK² StGB § 3 g Verbotsgesetz Rz 4 f.

17) ZB OGH 11 Os 115/19z JBl 2020, 341 (*Kramml*).

18) OGH 15 Os 155/93 EvBl 1994/84; 4. 12. 2003, 15 Os 80/03.

19) *Birkbauer/Kneihls* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 60; *Lässig* in WK² StGB § 3 g Verbotsgesetz Rz 8.

flusst wurden. Die Tat ist zudem nicht nach einer anderen (außerhalb des VerbotsG normierten²⁰⁾) Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht, weshalb alle notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Was dem Gesetzeswortlaut nach wie ein Auffangtatbestand formuliert ist, stellt in der Praxis die am öftesten angewandte Bestimmung des VerbotsG dar. Auch der Ausspruch „Heil Hitler“,²¹⁾ das sichtbare Tragen oder Verwenden der Zahl 88,²²⁾ Handlungen im Zusammenhang mit dem Geburtstag Adolf Hitlers,²³⁾ die Freude über die Geburt eines „arischen Kindes“,²⁴⁾ das Abspielen und Singen bestimmter Lieder von Rechtsrock-Bands²⁵⁾ sowie das Ansammeln von NS-Propagandamaterial zum Zweck der Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts²⁶⁾ wurden als objektiv geeignete Wiederbetätigungen angesehen und nach § 3g VerbotsG abgeurteilt.

Nicht ausreichend war für den OGH in einem konkreten Einzelfall hingegen die Behauptung, dass Hitler nicht so schlecht gewesen sei und Arbeit für viele geschaffen habe, weil in dieser Äußerung für sich noch keine Verherrlichung oder Glorifizierung der Person Adolf Hitlers erblickt werden könne. Hier müssten demnach noch weitere Handlungen hinzukommen, damit das Gesamtverhalten als Wiederbetätigung zu qualifizieren wäre.²⁷⁾

Subjektiver Tatbestand: Unter der Voraussetzung, dass A beim Verwenden des Hitlergrußes **Eventualvorsatz auf die Förderung dieser typisch nationalsozialistischen Betätigung** hat, ist der subjektive Tatbestand erfüllt. Es ist festzuhalten, dass nicht alle Ziele des Nationalsozialismus verfolgt werden müssen und eine ausdrückliche Gutheißung nicht erforderlich ist, sondern eine vorsätzliche Propagierung einzelner Punkte ausreicht.

Rechtswidrigkeit ist mangels gegenteiliger Hinweise im Sachverhalt unproblematisch.

Schuld: Auch hier ergeben sich keine Probleme. Insbesondere kann A sich auch nicht auf das Vorliegen eines (nicht vorwerfbaren) Verbotsirrtums iSd § 9 Abs 1 StGB²⁸⁾ berufen. Dass eine nationalsozialistische Betätigung in Österreich strafrechtlich verboten ist, muss aufgrund der mehr als 75-jährigen Geltung dieses im Verfassungsrang stehenden Verbotes jeder erwachsenen Person in Österreich bekannt sein.²⁹⁾ Bei Vorsatz auf die Betätigung im nationalsozialistischen Sinn wäre ein behaupteter Verbotsirrtum daher in aller Regel vorwerfbar und würde die Strafbarkeit nach dem jeweiligen Delikt nicht ausschließen.³⁰⁾ Wäre A nicht einmal laienmäßig bekannt, dass die Handlung an sich als Wiederbetätigung aufgefasst wird, würde hingegen schon kein Vorsatz vorliegen und sich die Frage des Verbotsirrtums gar nicht mehr stellen.³¹⁾

Ergebnis: A ist strafbar gemäß § 3g VerbotsG.

b) Alternative Verfahrenserledigung³²⁾

Da A erst 17 Jahre alt ist, wird er im Strafrecht als Jugendlicher iSd § 1 Abs 1 Z 2 JGG behandelt. Für Jugendliche gelten durch § 7 JGG einige Sonderbestimmungen zur Diversion, die von den allgemeinen Regelungen im Erwachsenenstrafrecht – §§ 198 ff StPO – abweichen. So enthält § 7 JGG **keine formale Strafdro-**

hungsobergrenze für die Anwendung einer alternativen Verfahrenserledigung, weshalb die Diversion hier – bei Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen – trotz der hohen Strafdrohungen auch bei den Delikten des VerbotsG denkbar ist. Aufgrund der Regelung des § 19 Abs 2 JGG wird diese Möglichkeit des § 7 JGG auch auf junge Erwachsene iSd § 1 Abs 1 Z 5 JGG ausgedehnt.

Für **Erwachsene**, also alle Personen, die das 21. Lebensjahr bereits vollendet haben, kommt eine alternative Verfahrenserledigung im Zusammenhang mit Betätigungen nach dem VerbotsG allerdings nicht in Betracht. Die für sie anwendbare Diversionsbestimmung des § 198 Abs 2 Z 1 StPO legt explizit fest, dass ein solches Vorgehen nur zulässig ist, wenn die Tat nicht mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Da alle **Delikte nach dem VerbotsG** zumindest mit zehn Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, kann es hier **keine Diversion** geben.

C. Fall 2 „Posting“

1. Sachverhalt

Der Österreicher **B** postet während seines Kurzurlaubs in Deutschland auf seiner öffentlichen und in Österreich zugänglichen Facebook-Seite einen Beitrag, in dem er die systematische Ermordung bestimmter Bevölkerungsgruppen während der NS-Diktatur bestreitet und behauptet, dies seien bloß von den Siegermächten verbreitete Lügen.

Variante: **B** bezieht sich in seinem Posting explizit nur auf die Existenz von Gaskammern im Konzentrationslager Mauthausen. Den Holocaust als solchen und die Existenz von Gaskammern in anderen Konzentrationslagern erkennt er aber an.

Prüfen Sie die Strafbarkeit!

B möchte in der Hauptverhandlung beweisen, dass seine Behauptung wahr ist und stellt daher einen An-

20) *Birkbauer/Kneihls* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 60.

21) OGH 15 Os 155/93 EvBl 1994/84.

22) OGH 4. 7. 2017, 14 Os 55/17 w; 15 Os 110/20 w JusIT 2021/8.

23) Ausdrückliche Gratulationen oder das Posten eines Bildes von Eierknockerl am Geburtstag Adolf Hitlers dürfen von den Geschworenen im Rahmen der Beweiswürdigung als Wiederbetätigung beurteilt werden; OGH 4. 3. 2019, 12 Os 12/19 k; 14. 9. 2021, 11 Os 68/21 s.

24) OGH 19. 10. 2021, 13 Os 95/21 a.

25) OGH 10. 6. 2008, 14 Os 64/08 f.

26) OGH 15 Os 155/93 EvBl 1994/84; 18. 5. 2010, 14 Os 41/10 a; 14. 3. 2018, 13 Os 24/18 f. Das bloße Sammeln an sich ist jedoch noch nicht strafbar, siehe OGH 27. 5. 2004, 15 Os 49/04.

27) OGH 12. 10. 1993, 11 Os 130/93.

28) Siehe dazu allg *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹¹ (2021) Rz 23/19 ff; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil¹⁶ (2020) Rz 19.1 ff.

29) OGH 13 Os 62/95 ÖJZ-LSK 1996/25; *Thiele*, Straftaten im Cyberspace, MR 1998, 219 (224).

30) *Lässig* in WK² StGB § 3g Verbotsgesetz Rz 10; *Birkbauer/Kneihls* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 61.

31) *Lässig* in WK² StGB Vor Verbotsgesetz Rz 2.

32) Näher zu alternativen Verfahrenserledigungen bei Delikten nach dem VerbotsG auch *Birkbauer/Landerl*, JSt 2020, 130 (131 ff), wo auch das Projekt „3g VerbotsGesetz“ beschrieben wird, bei dem junge Beschuldigte bzw Angeklagte im Rahmen eines diversionellen Vorgehens das ehemalige Konzentrationslager Mauthausen besuchen und sich durch die Hilfe von pädagogisch ausgebildeten Personen mit dem Thema Nationalsozialismus und dessen Auswirkungen beschäftigen.

trag auf Bestellung eines Sachverständigen zum Beweis, dass keine systematische Ermordung bestimmter Gruppen während der NS-Diktatur stattgefunden hat.

Wäre ein solcher Beweisantrag zulässig?

2. Relevante Gesetzesbestimmungen

§ 3h VerbotsG; §§ 62, 65, 67 StGB

§ 3h. VerbotsG

Nach § 3g wird auch bestraft, wer in einem Druckwerk, im Rundfunk oder in einem anderen Medium oder wer sonst öffentlich auf eine Weise, daß es vielen Menschen zugänglich wird, den nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verarmlost, gutheißt oder zu rechtfertigen sucht.

§ 62. StGB

Die österreichischen Strafgesetze gelten für alle Taten, die im Inland begangen worden sind.

§ 65. StGB

(1) Für andere als die in den §§ 63 und 64 bezeichneten Taten, die im Ausland begangen worden sind, gelten, sofern die Taten auch durch die Gesetze des Tatorts mit Strafe bedroht sind, die österreichischen Strafgesetze:

1. wenn der Täter zur Zeit der Tat Österreicher war oder wenn er die österreichische Staatsbürgerschaft später erworben hat und zur Zeit der Einleitung des Strafverfahrens noch besitzt; [...]

§ 67. StGB

[...]

(2) Eine mit Strafe bedrohte Handlung hat der Täter an jedem Ort begangen, an dem er gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder ein dem Tatbild entsprechender Erfolg ganz oder zum Teil eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters hätte eintreten sollen.

3. Lösung

a) Strafbarkeit des B

§ 3h VerbotsG

Objektiver Tatbestand: B leugnet den nationalsozialistischen Völkermord schlechthin und in seinem Kern,³³⁾ indem er behauptet, es habe nie eine systematische Ermordung von Angehörigen bestimmter Bevölkerungsgruppen gegeben. Dadurch stellt B diese Verbrechen in Abrede. Würde B bloß seine Unsicherheit hinsichtlich des Stattfindens des nationalsozialistischen Völkermordes äußern, wäre der objektive Tatbestand des § 3h VerbotsG vermutlich noch nicht erfüllt.³⁴⁾ Außerdem könnte der Inhalt des Postings auch als „gröbliches Verharmlosen“ gesehen werden, wobei eine genaue Trennung der Begehungsformen von geringerer Bedeutung ist, weil § 3h VerbotsG ein alternatives Mischdelikt darstellt.³⁵⁾

Da B das Posting über Facebook verbreitet, leugnet er den nationalsozialistischen Völkermord in einem Medium. Facebook ist ein Medium iSd § 1 Abs 1 Z 1 MedienG, weil es als Internet-Website ein Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen mit gedanklichem Inhalt in Schriftform ist; auch werden Websites in § 1 Abs 1 Z 5 a lit b MedienG explizit genannt. Teilweise wird zusätzlich das Zugänglichwerden der Äußerung

an viele Menschen – dies sind etwa 30 Personen – verlangt. Da es sich beim Profil des B um ein öffentliches Profil handelt, ist das Posting jedenfalls vielen Menschen zugänglich geworden. Ob sie tatsächlich davon Kenntnis genommen haben, ist irrelevant.³⁶⁾

Subjektiver Tatbestand: § 3h VerbotsG verlangt zumindest bedingten Vorsatz auf die Begehung in einem Medium oder sonst auf öffentliche Weise sowie darauf, den nationalsozialistischen Völkermord zu leugnen. Aus den umschriebenen Tathandlungen ergibt sich also, dass es eines „gefärbten Vorsatzes“ bedarf, der auf das direkte oder indirekte Leugnen, Gutheißen oder grobe Verniedlichen bzw Rechtfertigen des nationalsozialistischen Völkermordes gerichtet ist.³⁷⁾ Ein **Vorsatz auf eine Betätigung im nationalsozialistischen Sinne** ist hingegen – anders als bei § 3g VerbotsG – **nicht notwendig**.³⁸⁾ Würde ein solcher Vorsatz auf Betätigung im nationalsozialistischen Sinne aber vorliegen, käme nur § 3g VerbotsG zur Anwendung.³⁹⁾

B hat hier Vorsatz auf die Leugnung des nationalsozialistischen Völkermordes in dessen Kern, denn er stellt diesen gänzlich in Abrede. Ebenso ist die Begehung mittels eines Mediums von seinem Vorsatz umfasst, weil B das Posting auf seiner Facebook-Seite veröffentlichten will.

Bei B liegen in diesem Fall aber keine Anzeichen für einen Vorsatz auf nationalsozialistische Wiederbetätigung vor; die subjektive Tatseite erschöpft sich in der Leugnung des nationalsozialistischen Völkermordes. Daher bleibt es bei der Tatbestandsmäßigkeit nach § 3h VerbotsG.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind mangels gegenteiliger Hinweise im Sachverhalt unproblematisch.

Österreichische Strafgewalt⁴⁰⁾

Da das Posting in Deutschland veröffentlicht wurde, stellt sich die Frage, ob die österreichischen Strafgesetze hier überhaupt anwendbar sind. Dazu ist zunächst zu überlegen, ob die Tatbegehung in Österreich und somit im Inland erfolgte bzw der tatbestandsmäßige Erfolg im Inland eingetreten ist. Entscheidend bei dieser Beurteilung ist, ob § 3h VerbotsG ein **Erfolgs- oder ein schlichtes Tätigkeitsdelikt** ist. Dies ist in der Literatur umstritten. Wird § 3h VerbotsG als schlichtes Tätigkeitsdelikt gesehen, sind die österreichischen Strafgesetze nur nach Maßgabe der

33) OGH 14 Os 24/96 RZ 1997/4; *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, Handbuch IT-Strafrecht (2019) Rz 2.743.

34) Siehe zu einem solchen Fall OGH 14 Os 24/96 RZ 1997/4.

35) Siehe dazu OGH 14 Os 24/96 RZ 1997/4; 11 Os 4/96 JBl 1997, 471; *Lässig* in WK² StGB § 3h Verbotsgesetz Rz 8; *Platzgummer*, Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich, ÖJZ 1994, 753 (762).

36) *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht Rz 2.746; *Lässig* in WK² StGB § 3h Verbotsgesetz Rz 3.

37) OGH 14 Os 24/96 RZ 1997/4; *Birkbauer/Kneihns* in *Kneihns/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 65; *Platzgummer*, ÖJZ 1994, 753 (762).

38) OGH 13 Os 135/92 RZ 1995/44; *Lässig* in WK² StGB § 3h Verbotsgesetz Rz 5; *Birkbauer/Kneihns* in *Kneihns/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 65; *Platzgummer*, ÖJZ 1994, 753 (761).

39) *Lässig* in WK² StGB § 3h Verbotsgesetz Rz 5.

40) Siehe dazu genauer *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁶ Rz 42.12f; *Fuchs/Zerbes*, AT I¹¹ Rz 5/36ff.

§§ 63, 64 Abs 1 Z 8 und 65 StGB anzuwenden.⁴¹⁾ Die Begehung der Tat würde dann im Ausland erfolgen und es wäre auch keine der Anwendungsvoraussetzungen des § 64 Abs 1 StGB erfüllt. Eine Anwendung der österreichischen Strafgesetze könnte sich daher nur aufgrund von § 65 Abs 1 Z 1 StGB ergeben.⁴²⁾ Da B laut Sachverhalt österreichischer Staatsbürger ist, käme es auf die Strafbarkeit der Tat nach den Tatortgesetzen an. In Deutschland ist die öffentliche Leugnung des Holocaust gem § 130 Abs 3 dStGB ebenfalls strafbar.⁴³⁾ B könnte daher in Österreich bestraft werden, allerdings wäre die Höhe der Strafdrohung nach § 130 Abs 3 dStGB gem § 65 Abs 2 StGB bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Wird aber für die Verwirklichung des § 3h VerbotsG auch in der Begehungsform über Druckwerke, den Rundfunk oder andere Medien das Zugänglichwerden der Tathandlung vorausgesetzt, so wäre diese Strafbestimmung als Erfolgsdelikt zu sehen.⁴⁴⁾ Als Konsequenz dieser Einordnung würde gem § 67 Abs 2 StGB ein Erfolgsort in Österreich vorliegen, sobald das Posting vielen Personen in Österreich zugänglich wird. Dann wäre die Anwendung der österreichischen Strafgesetze nach § 62 StGB gegeben.

Ergebnis: B ist strafbar gemäß § 3h VerbotsG.

b) Variante: Strafbarkeit des B

§ 3h VerbotsG

Objektiver Tatbestand: B leugnet zwar die Existenz von Gaskammern im Konzentrationslager Mauthausen, nicht aber den nationalsozialistischen Völkermord schlechthin und in seinem Kern. Auch ist in der Leugnung der Existenz von Gaskammern in nur einem Konzentrationslager bei gleichzeitiger Anerkennung des Holocaust generell sowie der Existenz von Gaskammern in anderen Lagern noch nicht zwangsläufig eine gröbliche Verharmlosung iSd § 3h VerbotsG zu sehen.⁴⁵⁾ Der objektive Tatbestand ist daher in diesem Fall nicht erfüllt.

Eine Versuchsstrafbarkeit ist nicht zu prüfen, weil der Sachverhalt keine Hinweise auf einen auf die gröbliche Verharmlosung des Holocaust in seiner Gänze gerichteten Vorsatz bietet.

Ergebnis: B ist nicht strafbar gemäß § 3h VerbotsG.

c) Beweisantrag

Durch § 3h VerbotsG stellte der Gesetzgeber klar, dass der nationalsozialistische Völkermord keines Beweises bedarf, woraus sich verfahrensrechtlich ein **Beweisthemenvorbot** ergibt.⁴⁶⁾ Ein Beweisantrag mit dem Ziel, die Wahrheit der Behauptung des B zu beweisen, ist daher unzulässig und wäre zurückzuweisen.

D. Fall 3 „Zum Gedenken“

1. Sachverhalt

Im Rahmen der Ausstellung „Zum Gedenken“ stellt eine Stadt in einem öffentlichen Park Fotografien von verschiedenen Konzentrationslagern aus und bringt Erinnerungstafeln mit den Namen der dort ermordeten Personen an. Nachts beschmiert C die Fotografien

und die Erinnerungstafeln mit Hakenkreuzen und antisemitischen Parolen.

Prüfen Sie die Strafbarkeit!

Bei der Bemessung der konkreten Strafe für C wendet das Gericht den Erschwerungsgrund des § 33 Abs 1 Z 5 StGB an.

Welches Gericht ist für das Hauptverfahren sachlich zuständig?

Ist die Anwendung des Erschwerungsgrundes hier zulässig? Wenn nein, wie könnte C dagegen vorgehen?

2. Relevante Gesetzesbestimmungen

§§ 3f, 3j VerbotsG; §§ 125, 126 Abs 1 Z 3 StGB; § 33 Abs 1 Z 5 StGB

§ 3f. VerbotsG

Wer einen Mord, einen Raub, eine Brandlegung, ein Verbrechen nach §§ 85, 87 oder 89 des Strafgesetzes oder ein Verbrechen nach § 4 des Sprengstoffgesetzes^{a)} als Mittel der Betätigung im nationalsozialistischen Sinn versucht oder vollbringt, wird mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung auch mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

^{a)} heute Brandstiftung, §§ 126, 173, 176 StGB.

§ 126. StGB

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist zu bestrafen, wer eine Sachbeschädigung begeht

[...] 3. an einem öffentlichen Denkmal oder an einem Gegenstand, der unter Denkmalschutz steht, [...]

§ 3j. VerbotsG

Die Hauptverhandlung und Urteilsfällung wegen der in den §§ 3a bis 3i bezeichneten Verbrechen obliegt dem Geschworenengericht.

§ 33. StGB

(1) Ein Erschwerungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter

[...] 5. aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen, insbesondere solchen, die sich gegen eine der in § 283 Abs 1 Z 1 genannten Gruppen von Personen oder ein Mitglied einer solchen Gruppe ausdrücklich wegen der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe richten, gehandelt hat; [...] →

41) Dafür *Birkbauer/Kneihls* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 64; *Ebensperger*, Die Verbreitung von NS-Gedankengut im Internet und ihre strafrechtlichen Auswirkungen, ÖJZ 2002, 132 (144); wohl auch *Tipold*, Anmerkung zu OGH 10. 10. 2018, 13 Os 105/18t, JBl 2019, 187 (191).

42) So im Zusammenhang mit § 3g VerbotsG bei Tatbegehung aus Deutschland OGH 19. 12. 2018, 13 Os 130/18v.

43) Siehe zB *Sternberg-Lieben/Schnittenhelm* in *Schönke/Schröder*, StGB³⁰ § 130 Rz 16 ff; daneben wäre in Deutschland auch die Verwendung nationalsozialistischer Symbole nach § 86a dStGB strafbar, siehe dazu ua *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK-StGB⁹ (2022) § 86a Rz 1 ff.

44) So OGH 11. Os 4/96 JBl 1997, 471; *Salimi* in WK² StGB § 67 Rz 59; *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht Rz 4.20; *Zerbes*, ÖJZ 2017, 856 (860); *Thiele*, MR 1998, 219 (223 ff). Differenzierend *Lässig* in WK² StGB § 3h Verbotsgesetz Rz 3, der § 3h VerbotsG bei medialer Begehungsweise als schlichtes Tätigkeitsdelikt, ansonsten als Erfolgsdelikt sieht.

45) Das Bestreiten der Existenz von Gaskammern generell oder des Bestehens des Konzentrationslagers Mauthausen als Ganzes wäre hingegen wohl eine gröbliche Verharmlosung des Holocaust; siehe *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht Rz 2.743.

46) OGH 15 Os 1/93 EvBl 1994/54; 13 Os 135/92 RZ 1995/44; 13. 1. 1999, 13 Os 169/98; *Lässig* in WK² StGB § 3h Verbotsgesetz Rz 7; *Fabrizy*, StGB¹³ § 3h VG Rz 1.

3. Lösung

a) Strafbarkeit der C

§ 3f VerbotsG

Objektiver Tatbestand: § 3f VerbotsG fasst einige strafbare Handlungen zusammen, die auch als Mittel der Betätigung im nationalsozialistischen Sinn begangen werden können und solcherart mit wesentlich höherer Strafe bedroht werden. Hierbei zählt das Gesetz Mord, Raub, Brandlegung, bestimmte Verbrechen nach dem – nicht mehr in Geltung stehenden – Strafgesetz 1852 (StG) sowie ein Verbrechen nach § 4 des Sprengstoffgesetzes auf. Gem Art VIII Abs 2 StRAG, der über Art X StRAG auch für Strafbestimmungen in Verfassungsgesetzen wie dem VerbotsG gilt, sind diese Hinweise auf die entsprechenden Delikte des StGB zu beziehen. Dies sind hinsichtlich der §§ 85, 87, 89 StG und § 4 Sprengstoffgesetz die §§ 126⁴⁷⁾ (Schwere Sachbeschädigung), 171 (Vorsätzliche Gefährdung durch Kernenergie oder ionisierende Strahlen), 173 (Vorsätzliche Gefährdung durch Sprengmittel) und 176 (Vorsätzliche Gemeingefährdung) StGB.⁴⁸⁾

Zunächst muss also das passende Delikt gefunden werden, das in diesem Fall als Mittel nationalsozialistischer Betätigung dient. Bei den Fotografien und Erinnerungstafeln handelt es sich um fremde Sachen mit Gebrauchswert und somit um taugliche Tatobjekte einer Sachbeschädigung nach § 125 StGB. Indem C sowohl die Fotografien als auch die Erinnerungstafeln beschmiert, **verunstaltet** sie diese. Verunstalten heißt, dass das äußere Erscheinungsbild durch eine nicht ganz unerhebliche Einwirkung auf ihre Substanz verändert und der Wert gemindert wird.⁴⁹⁾ Auch die Tat-handlung ist daher gegeben.

Da § 3f VerbotsG allerdings lediglich auf § 126 StGB und damit auf eine schwere Sachbeschädigung Bezug nimmt, muss ein weiteres Merkmal hinzukommen.⁵⁰⁾ C begeht diese Sachbeschädigung gem § 126 Abs 1 Z 3 StGB an einem **öffentlichen Denkmal**, weil die **Fotografien und die Erinnerungstafeln** gemeinsam als ein solches qualifiziert werden können. Unter einem Denkmal versteht man Erinnerungszeichen an bestimmte Personen oder Begebenheiten,⁵¹⁾ was mit den abgebildeten Konzentrationslagern sowie den Namen der ermordeten Personen jedenfalls bejaht werden kann. Das Denkmal befindet sich zudem in einem **Park** und somit an einem **öffentlichen Ort**.

Dem Gesetzeswortlaut nach fallen nur **Verbrechen** nach § 126 StGB unter die Bestimmung des VerbotsG. Hier ist allerdings darauf zu achten, dass damit nicht die Unterteilung in Verbrechen und Vergehen nach § 17 StGB gemeint ist. Diese Einteilung legt fest, dass Verbrechen vorsätzliche Handlungen sind, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind. Alle anderen Handlungen, somit eben auch Delikte mit unter drei Jahren Freiheitsstrafandrohung, werden als Vergehen qualifiziert. Der einschlägige § 126 Abs 1 Z 3 StGB ist nach § 17 StGB demnach kein Verbrechen, weil er lediglich mit zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Da das Wort Verbrechen in § 3f StGB aus historischen Gründen allerdings einfach als **strafbare Handlung** ausgelegt werden muss, spielt die konkrete Straf-

drohung hier keine Rolle.⁵²⁾ Es reicht somit, dass § 126 Abs 1 Z 3 StGB erfüllt wurde.

Wesentlich ist schließlich, dass C diese schwere Sachbeschädigung als **Mittel der Betätigung im nationalsozialistischen Sinn** einsetzt. Da sie Hakenkreuze und antisemitische Parolen auf die Fotografien und die Erinnerungstafeln schmiert, stellt sich das als relativ unproblematisch dar. Gerade Hakenkreuze sind eindeutige Symbole der nationalsozialistischen Betätigung,⁵³⁾ was im Zusammenhang mit den antisemitischen Parolen noch bekräftigt wird.

Subjektiver Tatbestand: Unter der Voraussetzung, dass C Eventualvorsatz auf alle Elemente des objektiven Tatbestandes hat, ist der subjektive Tatbestand erfüllt. Sie muss daher insbesondere die Sachbeschädigung an einem öffentlichen Denkmal und die Betätigung im nationalsozialistischen Sinn in ihren Vorsatz aufnehmen. Hierbei genügt eine laienhafte Erfassung, weshalb sie den genauen Zusammenhang zwischen § 126 Abs 1 Z 3 StGB und § 3f VerbotsG nicht erkennen muss. Es reicht, dass sie es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, ein öffentliches Denkmal auf eine nationalsozialistische Weise zu beschmieren. Das wird durch das Beschmieren mit Hakenkreuzen und antisemitischen Parolen wohl leicht zu bejahen sein.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind mangels gegen-teiliger Hinweise im Sachverhalt unproblematisch.

Ergebnis: C ist strafbar gemäß § 3f VerbotsG.

Konkurrenzen

Da die **§§ 125, 126 Abs 1 Z 3 StGB** hier als Begehungsmittel des § 3f VerbotsG zu sehen sind, erfolgt keine gesonderte Bestrafung nach der allgemeinen strafbaren Handlung der Sachbeschädigung. § 3f VerbotsG verweist nämlich auf alle Elemente der schweren Sachbeschädigung und nennt mit der nationalsozialistischen Betätigung ein weiteres Tatbestandsmerkmal. Dadurch geht diese Bestimmung aufgrund von Spezialität vor und die schwere Sachbeschädigung tritt als solche im Wege der Scheinkonkurrenz zurück.⁵⁴⁾

47) Siehe zur Anwendbarkeit des heute geltenden § 126 StGB anstelle des damaligen § 85 StG als Mittel der Betätigung gem § 3f VerbotsG OGH 19. 9. 1989, 11 Os 92/89; 12 Os 127/88 SSt 60/4.

48) *Birkbauer/Kneihls* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 56; *Lässig* in *WK² StGB § 3e Verbotsgesetz Rz 2*. Die im Gesetz genannte Brandlegung entspricht der Brandstiftung nach § 169 StGB.

49) *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I⁵ (2020) §§ 125, 126 Rz 11; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht Besonderer Teil⁷ (2020) 147.

50) Das könnte neben § 126 Abs 1 Z 3 StGB auch § 126 Abs 1 Z 7 StGB sein, wenn der durch die Tat verursachte Schaden € 5.000,- übersteigt. Hier reicht es auch, dass erst mehrere Sachbeschädigungen durch Zusammenrechnung nach § 29 StGB zur Anwendung der Wertqualifikation und somit des § 3f VerbotsG führen; siehe OGH 12 Os 127/88 SSt 60/4.

51) *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold*, BT I⁵ §§ 125, 126 Rz 18.

52) Das StG verwendete den Begriff Verbrechen in vielerlei Hinsicht, wodurch klar wird, dass das Wort nicht dem heutigen Verständnis iSd § 17 StGB gleichgesetzt werden kann. So wurde schon der 1. Teil des Strafgesetzes ganz allgemein „Von den Verbrechen“ genannt und auch der hier relevante § 85 StG bezeichnet die Tathandlungen undifferenziert als Verbrechen. Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Österreich 1852/117.

53) OGH 15 Os 155/93 EvBl 1994/84; *Lässig* in *WK² StGB § 3g Verbotsgesetz Rz 6*.

54) OGH 12 Os 179/83 ÖJZ-LSK 1984/86; *Lässig* in *WK² StGB § 3f Verbotsgesetz Rz 2*; *Birkbauer/Kneihls* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 58.

Ähnliches gilt auch im Verhältnis zwischen § 283 StGB und § 3 f VerbotsG. Da verhetzende Inhalte – wie im konkreten Fall antisemitische Parolen – als geradezu typische Ausdrucksformen nationalsozialistischen Gedankengutes gelten, darf die Tat bei Verwirklichung beider Tatbestände nicht nach beiden Bestimmungen bestraft werden.⁵⁵⁾ Hier ist zwar nicht von Spezialität auszugehen, weil § 3 f VerbotsG nicht alle Elemente des § 283 StGB enthält,⁵⁶⁾ doch es liegt stillschweigende Subsidiarität vor, weshalb § 3 f VerbotsG vorgeht.⁵⁷⁾

b) Sachliche Zuständigkeit

Gem § 31 Abs 2 Z 12 StPO iVm § 3 j VerbotsG ist das **Landesgericht als Geschworenengericht** sachlich zuständig. Delikte nach dem VerbotsG werden aufgrund ihres politischen Charakters daher stets vor dem Geschworenengericht unter der Beteiligung von Laien verhandelt.⁵⁸⁾ Dabei entscheiden die Geschworenen allein über die Schuld, während sie die Strafe gemeinsam mit den Berufsrichterinnen bzw -richtern festsetzen.

c) Anwendung des Erschwerungsgrundes

Der Schuldspruch nach § 3 f VerbotsG ist grundsätzlich mit der Annahme des Handelns aus rassistischen oder fremdenfeindlichen Beweggründen verbunden. Gleiches gilt natürlich auch für die sonstigen Delikte des VerbotsG. Daher darf diese Motivation, die ja kennzeichnend für den jeweiligen Tatbestand als solchen ist, nicht auch noch erschwerend im Rahmen der Strafbemessung bewertet werden. Eine zweimalige Beachtung verstößt demnach gegen das **Doppelverwertungsverbot** gem § 32 Abs 2 erster Satz StGB.⁵⁹⁾

Die Anwendung des § 33 Abs 1 Z 5 StGB kann daher mit der Nichtigkeitsbeschwerde gem § 345 Abs 1 Z 13 StPO geltend gemacht werden, weil das Geschworenengericht durch die Missachtung des Doppelverwertungsverbot in unvertretbarer Weise gegen Bestimmungen über die Strafbemessung verstoßen hat.⁶⁰⁾

E. Fall 4 „Flyer und Chatgruppen“

1. Sachverhalt

D ist der Meinung, die Zeit des Nationalsozialismus sei die des größten Wohlstandes in Deutschland und Österreich gewesen. Er verfasst deshalb ein Schreiben, in dem er zur Neugründung der NSDAP in Österreich aufruft. Ausdrücke dieses Textes verteilt D auf einer beliebten Einkaufsstraße an einige der vorbeikommenden Personen.

D verfasst auch eine Textnachricht, in der er zu einer gemeinsamen Demonstration einlädt, bei der nationalsozialistische Parolen gerufen und der Hitlergruß gezeigt werden sollen. Diesen Text postet er in eine Telegram-Chatgruppe von sechs weiteren Personen, die sich bereits öfters im nationalsozialistischen Sinne betätigt haben.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von D!

Es kommt zur Verhandlung gegen D. Im Rahmen des Strafverfahrens will D die Verfassungswidrigkeit des VerbotsG geltend machen. Er ist der Ansicht, die-

ses würde das Recht auf freie Meinungsäußerung verletzen.

Ist das überhaupt möglich?

2. Relevante Gesetzesbestimmungen

§§ 1, 3, 3 d VerbotsG

§ 1. VerbotsG

Die NSDAP, [...] sowie alle nationalsozialistischen Organisationen und Einrichtungen überhaupt sind aufgelöst; ihre Neubildung ist verboten. [...]

§ 3. VerbotsG

Es ist jedermann untersagt, sich, sei es auch außerhalb dieser Organisationen, für die NSDAP oder ihre Ziele irgendwie zu betätigen.

§ 3 d. VerbotsG

Wer öffentlich oder vor mehreren Leuten, in Druckwerken, verbreiteten Schriften oder bildlichen Darstellungen zu einer der nach § 1 oder § 3 verbotenen Handlungen auffordert, aneifert oder zu verleiten sucht, insbesondere zu diesem Zweck die Ziele der NSDAP, ihre Einrichtungen oder Maßnahmen verherrlicht oder anpreist, wird, sofern sich darin nicht ein schwerer verpöntes Verbrechen darstellt, mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung bis zu zwanzig Jahren, bestraft.

3. Lösung

a) Strafbarkeit des D hinsichtlich des Verteilens der Ausdrücke

§ 3 d VerbotsG

Objektiver Tatbestand: Durch den Aufruf zur Neugründung der NSDAP soll bei den vorbeigehenden Personen der Entschluss zur Begehung einer nach § 1 2. Halbsatz VerbotsG verbotenen Handlung geweckt werden. D fordert daher zu einer solchen Handlung auf. Dies erfolgt öffentlich iSd § 69 StGB, weil die Aufforderung durch das Verteilen auf einer frequentierten Einkaufsstraße mindestens zehn Personen zugänglich wird. Da die ausgedruckten Flyer ein **Druckwerk** iSd § 1 Abs 1 Z 4 MedienG sind und D diese an mindestens drei Personen verteilt, liegt ebenfalls eine Begehung vor mehreren Leuten in einem Druckwerk vor.

Subjektiver Tatbestand: Für eine Strafbarkeit nach § 3 d VerbotsG bedarf es zumindest bedingten Vorsatzes auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale. Vorausgesetzt der Vorsatz des D erstreckt sich auf die öffentliche Begehung bzw die Begehung vor mehreren in Druckwerken und auch darauf, zur Neugründung der NSDAP aufzurufen, wäre der subjektive Tatbestand erfüllt. Dabei würde eine laienhafte Vorstellung (sog *Parallelwertung in der Laiensphäre*) genügen; der Umstand, dass die Neugründung durch § 1 VerbotsG un-

55) OGH 12 Os 127/88 SSt 60/4.

56) Mit Spezialität begründend allerdings OGH 12 Os 127/88 SSt 60/4.

57) *Lässig* in WK² StGB § 3 f Verbotsgesetz Rz 2; *Birkbauer/Kneiß* in *Kneiß/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 58.

58) *Lässig* in WK² StGB § 3 j Verbotsgesetz Rz 2; vgl auch Art 91 Abs 2 B-VG.

59) OGH 18. 5. 2004, 11 Os 147/03; *Lässig* in WK² StGB Vor Verbotsgesetz Rz 8. In die gegenteilige Richtung geht wohl OGH 15 Os 75/15 s JBI 2016, 60 (krit *Schwaighofer*).

60) OGH 12 Os 134/18z EvBl-LS 2019/64.

tersagt ist, müsste also nicht vom Vorsatz des Täters erfasst sein.⁶¹⁾ D handelt hier absichtlich iSd § 5 Abs 2 StGB, weil es ihm gerade auf die Aufforderung mehrerer Personen zu einem Verstoß gegen § 1 VerbotsG – der Neugründung der NSDAP – in Druckwerken ankommt. D hält es auch ernstlich für möglich, dass die Tatbegehung öffentlich iSd § 69 StGB erfolgt, weil er sich auf einer viel besuchten Einkaufsstraße platziert, und findet sich damit ab.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind mangels gegenteiliger Hinweise im Sachverhalt unproblematisch gegeben.

Ergebnis: D ist strafbar gemäß § 3 d VerbotsG.

b) Strafbarkeit des D hinsichtlich des Postings in der Chatgruppe

§ 3 d VerbotsG

Objektiver Tatbestand: Durch den Appel in der einschlägigen Chatgruppe zur gemeinsamen Demonstration, in deren Rahmen sich die Teilnehmenden im nationalsozialistischen Sinne betätigen, sollen bereits gegen das Verbot des § 3 VerbotsG verstoßende Personen darin bestärkt und zu intensiviertem Handeln bewegt werden. Daher liegt die Handlungsalternative des **Aneifers** vor.⁶²⁾ Die Tatbegehung erfolgt hier durch verbreitete Schriften, zu denen auch auf elektronischem Wege versandte Texte zählen.⁶³⁾ Auch das Tatbestandsmerkmal der Begehung vor mehreren Leuten ist durch das Teilen in der Gruppe mit sechs von D verschiedenen Personen gegeben.⁶⁴⁾

Subjektiver Tatbestand: Auch hier ist der subjektive Tatbestand erfüllt. D handelt mit dem Vorsatz, bereits zur Wiederbetätigung entschlossene Personen darin zu bestärken und zu intensiviertem Handeln zu animieren. Da ihm die Anzahl der Mitglieder der Chatgruppe bekannt ist, hat D auch Vorsatz auf die Begehung vor mehreren Personen. Auch die Begehung mittels verbreteter Schriften hat D in seinen Vorsatz aufgenommen; hier genügt wieder eine Parallelwertung in der Laiensphäre.

Rechtswidrigkeit und Schuld sind mangels gegenteiliger Hinweise im Sachverhalt unproblematisch gegeben.

Ergebnis: D ist strafbar gemäß § 3 d VerbotsG.

c) Verfassungswidrigkeit?

Grundsätzlich könnte die **Verfassungswidrigkeit** eines Strafgesetzes durch den Angeklagten oder die Angeklagte anlässlich eines Rechtsmittels gegen die erstinstanzliche Entscheidung des Gerichts mittels **Parteiantrag auf Normenkontrolle gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG** geltend gemacht werden.⁶⁵⁾ Da das **VerbotsG** jedoch ein **Bundesverfassungsgesetz** ist, kann **keine Verfassungswidrigkeit** aufgrund der **Verletzung „ein-**

fachen“ Verfassungsrechts bestehen. Daher würde eine Verletzung der durch Art 13 StGG geschützten Meinungsfreiheit keine Verfassungswidrigkeit bewirken können.⁶⁶⁾ Ebenso wenig besteht eine Verletzung des Art 10 EMRK. Zwar greift das umfassende Verbot der Wiederbetätigung in das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ein, jedoch ist dieser Eingriff nach dem Gesetzesvorbehalt des Art 10 Abs 2 EMRK gerechtfertigt.⁶⁷⁾ Auch die Gewissensfreiheit iSd Art 9 EMRK wird durch das VerbotsG nicht verletzt. Hier könnte sogar schon argumentiert werden, dass nicht einmal ein Eingriff vorliegt, weil das VerbotsG ja nicht die Einstellung als solche untersagt, sondern nur bestimmte Verhaltensweisen mit Strafe bedroht.⁶⁸⁾

Eine Verfassungswidrigkeit des VerbotsG könnte daher nur bei Widerspruch zu einem verfassungsrechtlichen Grundprinzip vorliegen. Das Verbot der nationalsozialistischen Propaganda könnte dabei in Konflikt mit dem demokratischen Grundprinzip stehen. Während der VfGH in stRsp eine Änderung des demokratischen Grundprinzips durch das Verbot nationalsozialistischer Wiederbetätigung verneint,⁶⁹⁾ sieht die hL in der Einführung des VerbotsG zwar eine Gesamtänderung, diese sei jedoch auf Basis der 1945 geltenden Verfassungsrechtslage einwandfrei zu Stande gekommen.⁷⁰⁾

Das **Verbot nationalsozialistischer Propaganda im VerbotsG** ist daher **verfassungsrechtlich unbedenklich** und D hätte mit seiner Behauptung der Verfassungswidrigkeit keinen Erfolg.

61) Vgl *Birkbauer/Kneihns in Kneihns/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 53; *Lässig in WK² StGB Vor Verbotsgesetz Rz 2*; *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht Rz 2.735, 740.

62) Zu dieser Tathandlung *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht Rz 2.732; *Lässig in WK² StGB § 3 d Verbotsgesetz Rz 3*; *Birkbauer/Kneihns in Kneihns/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 52.

63) *Birkbauer/Kneihns in Kneihns/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 52; ebenfalls für eine weite Auslegung des Begriffes „verbreitete Schriften“ *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht Rz 2.734; *Lässig in WK² StGB § 3 d Verbotsgesetz Rz 3*; gegen die Einbeziehung digitaler Schriften *Ebensperger*, ÖJZ 2002, 132 (136).

64) Siehe *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht Rz 2.733.

65) Siehe zB *Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2021) Rz 1085 a; *Mayer/Kuscko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1160.

66) *Birkbauer/Kneihns in Kneihns/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 12; *Kolonovits in Korinek/Holoubek et al (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Vorbem VerbotsG Rz 24; *Lässig in WK² StGB § 3 g Verbotsgesetz Rz 1*.

67) EGMR 1. 2. 2000, 32.307/96 *Schimanek*, ÖJZ 2000/17 (EMRK); OGH 10 Os 5/80 EvBl 1980/191; 9 Os 132/85 EvBl 1987/40.

68) *Birkbauer/Landerl*, JSt 2020, 130 (131).

69) VfGH B 39/48 VfSlg 1708/1948; G 175/84 VfSlg 10.705/1985; G 203/92, B 59/93 VfSlg 13.365/1993.

70) *Birkbauer/Kneihns in Kneihns/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Art I Verbotsgesetz Rz 16; *Kolonovits in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Vorbem VerbotsG Rz 19 f.

→ Zu den AutorInnen

Univ.-Ass. Mag. *Jakob Hajszan* und Univ.-Ass. Mag. *Julia Innerhofer* arbeiten am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien.

Von denselben AutorInnen ist bereits ein ähnlicher Beitrag zu den ebenfalls prüfungsrelevanten strafrecht-

lichen Bestimmungen des Suchtmittelgesetzes erschienen:

Innerhofer/Hajszan, Prüfungsrelevantes Nebenstrafrecht in Fällen (SMG), JAP 2020/2021, 152.

