

# ÖJZ

## Österreichische Jurist:innenzeitung

### Beiträge

#### Zinsdeckel bei variablen Verbraucherkrediten?

Matthias Schimka, Chiara Schurich

#### Finanzvertrieb über „Tippgeber“

Bernhard Burtscher, Patrick Raschner

#### Umbruch im Anti-Doping-Recht?

Sebastian Lendl

#### Verbotsgesetz-Novelle 2023

Jakob Hajszan

### Kurzbeitrag

#### Genehmigungsverfahren nach § 17 Abs 5 PSG

Robert Briem

### Evidenzblatt

#### Organfunktion des verdeckten Ermittlers

Martin Paar

#### Abgabenbetrug und Anfechtung

Lorenz Pranter

#### Einwandfreies Zustandekommen der Lenkerberechtigung

Clara Ifsits

# Die Verbotsgesetz-Novelle 2023: Änderungen im Bereich der Strafbestimmungen

**Der Beitrag schnell gelesen**

Knapp 30 Jahre nach der letzten Änderung erfuhr das Verbotsgesetz mit der Verbotsg-Novelle 2023 eine umfassende Überarbeitung. So kam es insb zu Änderungen der praxisrelevanten §§ 3g, 3h Verbotsg, etwa durch die Herabsetzung der Strafdrohungen bei Taten mit niedriger Publizität zur Ermöglichung der Diversion bei Erwachsenen. § 3h Verbotsg wurde außerdem verschärft, indem sein Anwendungsbereich wesentlich erweitert wurde. Der Beitrag legt den Fokus auf die Änderungen im Bereich der Strafbestimmungen und soll diese

vorstellen, einordnen sowie Auslegungsvorschläge bieten. Die Änderungen abseits der Strafbestimmungen werden in einem alsbald folgenden Beitrag behandelt.

**Strafrecht; Strafprozessrecht**

§§ 3a, 3b, 3d, 3e, 3f, 3g, 3h, 3o Verbotsg idF BGBl I 2023/177

ÖJZ 2024/38



Univ.-Ass. Mag. JAKOB HAJSZAN ist Universitätsassistent am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien.

**Inhaltsübersicht:**

- A. Kontext und Entstehungsgeschichte der Novelle
  - 1. Entwicklung des Verbotsg bis 2023
  - 2. Gesetzwerdungsprozess der Verbotsg-Novelle 2023
- B. Anpassungen der §§ 3a, 3e, 3f, 3i Verbotsg
- C. Schaffung von Gefährlichkeitsqualifikationen
  - 1. Ausgestaltung als echte Qualifikation
  - 2. Prozessuale Folgen der Ausgestaltung als Qualifikation
  - 3. Bestimmtheit der besonderen Gefährlichkeit
- D. Ausdifferenzierung des § 3g Verbotsg
- E. Änderungen des § 3h Verbotsg
- F. Ermöglichung einer diversionellen Erledigung bei §§ 3g, 3h Verbotsg
  - 1. Schaffung neuer Grunddelikte mit herabgesetzter Strafdrohung
  - 2. Kostentragung
- G. Schlussbemerkungen

**A. Kontext und Entstehungsgeschichte der Novelle**

**1. Entwicklung des Verbotsg bis 2023**

Als Reaktion auf das schreckliche Unrecht und die unmenschlichen Verbrechen des NS-Regimes wurde in Österreich bereits kurz nach Kriegsende durch die provisorische Staatsregierung ein **Verfassungsgesetz über das Verbot der NSDAP**<sup>1</sup> erlassen, dessen Ziel es war und weiterhin ist, die demokratisch-freiheitliche Grundordnung der Republik Österreich vor einer Wiederbegründung der NS-Herrschaft zu schützen. Das Verbotsg sah ursprünglich vor allem ein Verbot der NSDAP und Sonderbestimmungen für die Behandlung von Nationalsozialist:innen vor. Es kannte aber mit § 3 Abs 2 Verbotsg bereits eine Strafbestimmung, die das in § 3 Abs 1 (§ 3 idGF) enthaltene Verbot der Betätigung für die NSDAP und deren Ziele sowie die mit § 1 verfügte Auflösung der NSDAP, ihrer Organisationen und Einrichtungen und das ebenfalls in § 1 geregelte Verbot von deren

Neubildung strafrechtlich absicherte.<sup>2</sup> Mit dem Nationalsozialistengesetz 1947<sup>3</sup> kam es zur Aufhebung des § 3 Abs 2 Verbotsg und der Einführung der bis zur Verbotsg-Novelle 2023 weitgehend unveränderten Straftatbestände der §§ 3a – 3g zur Bekämpfung nationalsozialistischer Wiederbetätigung.<sup>4</sup> Durch die Verbotsg-Novelle 1992<sup>5</sup> wurde das Verbotsg schließlich um § 3h erweitert, der die Leugnung, gröbliche Verharmlosung, Gutheißung oder den Versuch der Rechtfertigung des nationalsozialistischen Völkermordes oder anderer nationalsozialistischer Verbrechen gegen die Menschlichkeit explizit unter Strafe stellte. Davor subsumierte der OGH solches Verhalten unter den allgemeinen Wiederbetätigungstatbestand des § 3g Abs 1 Verbotsg idF vor BGBl 1992/148, soweit Vorsatz auf eine Betätigung im nationalsozialistischen Sinne gegeben war.<sup>6</sup> Die Novelle 1992 brachte außerdem eine Herabsetzung der Strafdrohungen bei gleichzeitiger Erhöhung des Höchstmaßes in Fällen besonderer Gefährlichkeit von Täter:in oder Betätigung. Weiters wurde § 3g Abs 2 Verbotsg im neuen § 3i verselbständigt und § 3j eingefügt, der die Zuständigkeit des Geschworenengerichts für alle Verbrechen nach dem Verbotsg festlegt.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Verfassungsgesetz über das Verbot der NSDAP (Verbotsgesetz) StGBI 13/1945.  
<sup>2</sup> Näher *Rittler*, Die Strafbestimmungen des Verfassungsgesetzes über das Verbot der NSDAP, JBl 1946, 313 (313f). Vgl weiters *Hasiba*, Das NS-Verbotsgesetz im Spannungsfeld von Rechtsakzeptanz und Rechtsstaatlichkeit, in *Ebert* (Hrsg), FS Baltl (1998) 165 (167).  
<sup>3</sup> Bundesgesetz v 6. 2. 1947 über die Behandlung der Nationalsozialisten (Nationalsozialistengesetz) BGBl 1947/25.  
<sup>4</sup> *Birkbauer/Kneihls in Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (13. Lfg 2014) Art 1 Verbotsg Rz 5; *Kolonovits in Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (8. Lfg 2007) Vor Verbotsg Rz 8; *Lässig in WK StGB<sup>2</sup> Vor Verbotsg Rz 1*; *Platzgummer*, Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich, ÖJZ 1994, 753 (754).  
<sup>5</sup> Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Verbotsgesetz geändert wird (Verbotsgesetz-Novelle 1992), BGBl 1992/148.  
<sup>6</sup> ZB OGH 25. 6. 1986, 9 Os 132/85; 12 Os 57/90 JBl 1991, 464; 16 Os 7/92 JBl 1993, 598; s auch *Salimi*, Zur Reichweite der Strafbarkeit nationalsozialistischer Propaganda, in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal* (Hrsg), „[...] um alle nazistische Tätigkeit und Propaganda in Österreich zu verhindern“ (2018) 27 (33). Der OGH sah in der Einführung des § 3h Verbotsg eine Bekräftigung seiner Judikaturlinie, OGH 16. 2. 1994, 13 Os 135/92.  
<sup>7</sup> Allg zur Novelle 1992 *Birkbauer/Kneihls in Rill-Schäffer-Kommentar Art 1 Verbotsg Rz 8*.

## 2. Gesetzwerdungsprozess der VerbotsG-Novelle 2023

Angesichts des Umstands, dass die letzte Novellierung des VerbotsG knapp 30 Jahre zurücklag, und in Anbetracht der technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen während dieser Zeitspanne wurde im Regierungsprogramm für die Jahre 2020 bis 2024 die Evaluierung und allfällige Überarbeitung des VerbotsG vereinbart.<sup>8</sup> Zunächst wurde eine Arbeitsgruppe zur Evaluierung des VerbotsG gebildet, die in ihrem Abschlussbericht in einigen Punkten Handlungsbedarf sah. So wurden eine Ausdehnung der inländischen Gerichtsbarkeit, die Ermöglichung der Diversion bei Erwachsenen, das Schließen von Strafbarkeitslücken im Bereich des § 3h VerbotsG sowie die Möglichkeit einer selbständigen Einziehung von NS-Devotionalien gefordert.<sup>9</sup> Auf Basis dieses Abschlussberichts wurde schließlich ein ME<sup>10</sup> erarbeitet und einem Begutachtungsverfahren unterzogen. In den inhaltlich berücksichtigungswürdigen Stellungnahmen wurden der Entwurf und dessen Ziele, die zentralen Bestimmungen des VerbotsG an die gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen anzupassen sowie dessen Handhabung effizienter und praktischer zu gestalten, überwiegend begrüßt. Die Ausgestaltung – insb der Regelung der Zuständigkeit der österr Strafverfolgungsbehörden bei Online-Begehung – ist im Einzelnen aber auch kritisiert worden. Am 8. 11. 2023 – kurz vor dem 85. Jahrestag der Novemberpogrome 1938 – wurde sodann die RV<sup>11</sup> dem Parlament zur Behandlung<sup>12</sup> übermittelt. Aufgrund der Eigenschaft des VerbotsG als Verfassungsgesetz<sup>13</sup>, was im Titel des VerbotsG nunmehr – wie vor 1947 – wieder hervorgehoben wird, mussten die diesbezüglichen Änderungen im Nationalrat gem Art 44 Abs 1 B-VG mit Verfassungsmehrheit beschlossen werden. Die Novelle<sup>14</sup> ist sodann gem § 28 VerbotsG nF mit 1. 1. 2024 in Kraft getreten. Im Zusammenhang mit den umfassenden Änderungen, die teilweise Verschärfungen, aber auch Lockerungen der Gesetzeslage mit sich bringen, stellen sich auch Fragen der Rückwirkung auf Sachverhalte vor diesem Termin.<sup>15</sup>

## B. Anpassungen der §§ 3a, 3e, 3f, 3i VerbotsG

Neben der Einführung von Überschriften wurde die Novelle – wie im Begutachtungsverfahren vorgeschlagen<sup>16</sup> – auch dazu genutzt, in den §§ 3a, 3e, 3f, 3i VerbotsG sprachliche und redaktionelle Anpassungen vorzunehmen. Dazu wurde die Umschreibung der Verbindungsziele in § 3a Z 2 VerbotsG aF (nunmehr § 3a Abs 1 Z 2) modernisiert und die Formulierung „oder die öffentliche Ruhe und den Wiederaufbau Österreichs zu stören“ durch die Wortfolge „oder den öffentlichen Frieden zu verletzen“ ersetzt. Weiters wurden die Aufzählung der Bezugstaten der §§ 3e, 3f VerbotsG modernisiert und die Verweisungen auf das StG bzw das Sprengstoffgesetz durch Anführung der entsprechenden Bestimmungen des StGB ersetzt. Ebenso wurde in § 3i VerbotsG statt des Hinweises auf die Legaldefinition Angehöriger des § 216 StG ein Verweis auf § 72 StGB eingefügt.

Nach den Materialien sollte mit diesen Anpassungen keine inhaltliche Änderung einhergehen.<sup>17</sup> Dies ist im Zusammenhang mit der Modernisierung der Verweise in §§ 3e, 3f VerbotsG zutreffend. Die Hinweise auf strafrechtliche Bestimmungen bezogen sich gem Art VIII Abs 1 iVm Art X StRAG bereits seit Inkrafttreten des StGB auf die entsprechenden Bestimmungen dieses Gesetzes.<sup>18</sup> Auch die Streichung des Hinweises auf „**Verbrechen** nach §§ [...] des Strafgesetzes“ bewirkt keine inhaltliche Änderung, weil das Wort „**Verbrechen**“ schon bisher nicht iSd § 17 StGB, sondern – in Anbetracht der allgemeinen Verwendung im StG – aus historischen Gründen als „mit Strafe bedrohte Handlungen“ auszulegen war.<sup>19</sup> Auch in § 3i VerbotsG hatte der Austausch des Hinweises auf § 216 StG keine inhaltlichen Folgen.

Hinsichtlich des neben der Untergrabung der Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Republik Österreich zweiten Verbindungsziels in § 3a VerbotsG war jedoch bisher umstritten, ob der Zweck der Verbindung kumulativ die Störung der öffentlichen Ordnung und des Wiederaufbaus sein musste oder eines der beiden Ziele ausgereicht hat. Nach der hA sei das Tatbildmerkmal der Störung des Wiederaufbaus obsolet gewesen und es habe seit Abschluss des Wiederaufbaus die Ausrichtung auf Störungen der öffentlichen Ordnung ausgereicht,<sup>20</sup> demnach hätte die Novelle tatsächlich keine inhaltliche Änderung bewirkt. Nach der – aufgrund des Wortlauts naheliegenderen – Gegenansicht musste der Zweck der Störung des Wiederaufbaus zum Ziel der Störung der öffentlichen Ruhe kumulativ hinzutreten, was zur Folge hatte, dass Verbindungen, deren Zweck die Stö-

<sup>8</sup> Bundeskanzleramt, Aus Verantwortung für Österreich – Regierungsprogramm 2020–2024 (2020) 27; Tipold, Das Regierungsprogramm 2020–2024, JSt 2020, 107 (107).

<sup>9</sup> Vgl ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 1.

<sup>10</sup> Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Verbotsgesetz 1947, das Vertragsbedienstetengesetz 1948 und das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 geändert werden (Verbotsgesetz-Novelle 2023), 279/ME 27. GP.

<sup>11</sup> Regierungsvorlage zu einem Bundesgesetz, mit dem das Verbotsgesetz 1974, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008, das Abzeichengesetz 1960, das Uniform-Verbotsgesetz und das Symbole-Gesetz geändert werden (Verbotsgesetz-Novelle 2023), RV 2285 BlgNR 27. GP.

<sup>12</sup> Dabei kam es aufgrund eines Abänderungsantrags zur Einfügung einer Regelung über die Kostentragung bei bestimmten Diversionsmaßnahmen (§ 3o VerbotsG), s JAB 2340 BlgNR 27. GP 3. Im Plenum kam es neben der Behebung eines Redaktionsversehens außerdem zur Einführung einer Verwaltungsstrafbestimmung zum Schutz von Fahnen und Hoheitszeichen in Art III Abs 1 Z 3a EGVG (s AA-363 27. GP).

<sup>13</sup> Eingehend zum Verfassungsrang *Wiederin*, Das Verbotsgesetz und die Meinungsfreiheit, in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 67 (67 ff); *Birkbauer/Kneihs* in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 16; *Kolonovits* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Vor VerbotsG Rz 14 ff.

<sup>14</sup> Bundesgesetz, mit dem das Verbotsgesetz 1974, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008, das Abzeichengesetz 1960, das Uniform-Verbotsgesetz und das Symbole-Gesetz geändert werden (Verbotsgesetz-Novelle 2023) BGBl I 2023/177.

<sup>15</sup> Eingehend dazu *Hajszan*, Die Verbotsgesetz-Novelle 2023: Flankierende Änderungen, ÖJZ 2024 (in Druck).

<sup>16</sup> *Hajszan*, 26/SN-279/ME 27. GP 1f; *LGSt Graz*, 40/SN-279/ME 27. GP 1; im Hinblick auf die durchgängige Einführung von Überschriften *StAJ*, 34/SN-279/ME 27. GP 3; *Tipold*, 27/SN-279/ME 27. GP 3.

<sup>17</sup> ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 3; ebenso Einfühererlass zur VerbotsG-Novelle 2023 eJABl 2024/01, 15.

<sup>18</sup> *Hajszan/Innerhofer*, Prüfungsrelevantes Nebenstrafrecht in Fällen (VerbotsG), JAP 2022/2023, 11 (16); *Kolonovits* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht §§ 3a – 3j VerbotsG Rz 4; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3e VerbotsG Rz 2; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Strafrechtliche Nebengesetze<sup>3</sup> (2022) § 3e VerbotsG Rz 3; vgl auch *Birkbauer/Kneihs* in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 56.

<sup>19</sup> *Hajszan/Innerhofer*, JAP 2022/2023, 11 (16); im Ergebnis auch *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*<sup>3</sup> § 3e VerbotsG Rz 3, die sich dabei auch auf Art VIII Abs 5 Z 1 StRAG berufen, der allerdings in Art X StRAG nicht angeführt ist. Anders *Kolonovits* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht §§ 3a – 3j VerbotsG Rz 4, wonach der Begriff seit der Einführung des StGB 1975 iSd § 17 StGB zu verstehen war.

<sup>20</sup> *Birkbauer/Kneihs* in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 34; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> §§ 1–3a VerbotsG Rz 5; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3a VerbotsG Rz 7; *Platzgummer*, ÖJZ 1994, 753 (759), sowie die ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 3 und Einfühererlass eJABl 2024/01, 15. In diese Richtung auch OGH 6. 3. 2018, 14 Os 27/18d; 26. 6. 2018, 14 Os 60/18g.

rung der öffentlichen Ruhe, nicht aber das Untergraben der Selbstständigkeit oder Unabhängigkeit Österreichs (§ 3 a Z 1 VerbotsG aF) ist, von § 3 a Z 2 aF nicht erfasst waren.<sup>21</sup> Bei Zugrundelegung dieser Auslegung führte die Novelle zu einer Ausweitung der Strafbarkeit.

## C. Schaffung von Gefährlichkeitsqualifikationen

### 1. Ausgestaltung als echte Qualifikation

Die Strafbestimmungen des VerbotsG sahen – mit Ausnahme des § 3 i VerbotsG – seit der VerbotsG-Novelle 1992 (vgl oben A. 1.) die Möglichkeit der Verhängung höherer Strafen vor, wenn Täter:in oder Betätigung eine besondere Gefährlichkeit aufwies. Dies galt aufgrund des pauschalen Verweises auf § 3 g VerbotsG („Nach § 3 g wird auch bestraft, wer [...]“) auch für § 3 h VerbotsG aF.<sup>22</sup> Die dogmatische Einordnung der unterschiedlich hohen Strafen war bisher unklar: Die ältere Judikatur sah darin einen – dem StGB unbekannt – „gleitenden Strafsatz“.<sup>23</sup> Die neuere Rsp ordnete die Normierung höherer Strafen im Fall besonderer Gefährlichkeit von Betätigung oder Täter:in als mit §§ 39, 313 StGB vergleichbare **Strafrahmenbestimmung** ein.<sup>24</sup> Die hLit nahm hingegen unter Berufung auf die durch Art III – VI und IX StrAG erfolgte Angleichung des Nebenstrafrechts – einschließlich des im Verfassungsrang stehenden VerbotsG (vgl Art X StrAG) – an das Strafsystem des StGB an, dass es sich um **zwei getrennte Strafsätze** handelte.<sup>25</sup>

### Die besondere Gefährlichkeit von Betätigung oder Täter:in begründet nunmehr Qualifikationen mit eigenständigen Strafsätzen.

Mit der durch die VerbotsG-Novelle erfolgten **Schaffung eigener**, auf die Gefährlichkeit von Betätigung oder Täter:in abstellender **Qualifikationen** hat der Gesetzgeber diese Unklarheit ausgeräumt und klargestellt, dass es sich nunmehr um verschiedene Strafsätze handelt.<sup>26</sup> Anders als noch im ME wurden diese Qualifikationen, wie in einigen Stellungnahmen gefordert,<sup>27</sup> zur Wahrung der Einheitlichkeit des VerbotsG nicht nur in §§ 3 g und 3 h, sondern auch in den §§ 3 a, 3 b und 3 d – 3 f eingeführt. Einhergehend mit der Ausgestaltung als eigener Strafsatz sehen die Qualifikationen der § 3 b Abs 2, § 3 d Abs 2, § 3 g Abs 3 und § 3 h Abs 3 VerbotsG nunmehr **erhöhte Mindeststrafdrohungen** von zehn Jahren vor. Bei §§ 3 g und 3 h bedeutet das eine signifikante Anhebung, weil die besondere Gefährlichkeit bisher nur Einfluss auf das Höchstmaß hatte, die Mindeststrafdrohung aber stets ein Jahr betrug. Diese deutliche Erhöhung mag zwar der – im VerbotsG allerdings auch nach der Novelle nicht konsequent durchgezogenen – Systematik des österr Strafsystems entsprechen, allerdings stellt sich die Frage, ob sie in dieser Form tatsächlich notwendig und angemessen ist.<sup>28</sup> Auch entsteht dadurch eine gewisse Widersprüchlichkeit in der Systematik des VerbotsG, weil die Gefährlichkeitsqualifikationen der §§ 3 g und 3 h die gleiche Mindeststrafdrohung vorsehen wie die in §§ 3 b sowie 3 d, deren Begehung jedoch ein höheres Unrecht aufweist, was auch durch eine mit fünf Jahren deutlich höhere Mindeststrafdrohung des Grunddelikts erkennbar wird. In §§ 3 a, 3 e und 3 f VerbotsG führt die Einführung der Qualifikation dazu, dass die lebenslange Freiheitsstrafe bei Vorliegen der besonderen Gefährlichkeit zwingend zu verhängen ist, während sie nach alter Rechtslage bei Einordnung der höheren Strafdrohung als Strafrahmenvorschrift die Möglichkeiten der Strafzumessung erweiterte.<sup>29</sup>

### 2. Prozessuale Folgen der Ausgestaltung als Qualifikation

Die nunmehr klargestellte Ausgestaltung als eigener Strafsatz hat auch Folgen für die Art der Auseinandersetzung mit der besonderen Gefährlichkeit im Hauptverfahren und für die Geltendmachung von darauf bezogenen Bedenken im Rechtsmittelverfahren. Nach der vor der Novelle in der Rsp hA war die Statuierung der höheren Strafe im Fall der besonderen Gefährlichkeit als **Strafrahmenvorschrift** nicht Teil der Fragestellung an die Geschworenen, sondern im Rahmen der **Strafzumessung** durch Schwurgerichtshof und Geschworene gemeinsam zu beurteilen.<sup>30</sup> Eine Nichtigkeit war daher aus § 345 Abs 1 Z 13 erster Fall StPO geltend zu machen, im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde konnte dabei – anders als bei der Einordnung als gleitender Strafsatz<sup>31</sup> – auch die Sachverhaltsbasis für die Anwendung der Strafrahmenvorschrift iVm § 345 Abs 1 Z 3–5 und § 281 Abs 1 Z 5 und 5 a StPO bekämpft werden.<sup>32</sup> Die unterlassene Inanspruchnahme der erweiterten Strafbefugnis trotz Vorliegens einer besonderen Gefährlichkeit war demgegenüber – mangels Überschreitung der Strafbefugnis – nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde aus § 345 Abs 1 Z 13 erster Fall StPO, sondern nur mit Berufung gem §§ 346 iVm 283 StPO zu bekämpfen.<sup>33</sup>

Seit der **Ausgestaltung als Qualifikation** durch die VerbotsG-Novelle 2023 obliegt die Beurteilung der besonderen Gefährlichkeit ausschließlich den Geschworenen. Diese haben sich damit – soweit schon die Anklage eine solche Qualifikation annimmt – im Rahmen der Beantwortung einer **Hauptfrage** iSd § 312 StPO oder, wenn Anzeichen dafür erst in der Hauptverhandlung hervorkommen, einer **uneigentlichen Zusatzfrage** iSd § 316 StPO auseinanderzusetzen.<sup>34</sup> Dabei liegt es gem § 317 Abs 2 StPO im Ermessen des Schwurgerichtshofs, die Frage nach der besonderen Gefährlichkeit im ersten Fall von der Hauptfrage abzutrennen und eine eigene Zusatzfrage zu stellen oder im zweiten Fall

<sup>21</sup> *Salimi*, Gefährliche Gruppierungen als Sicherheitsbedrohung (2022) Rz 461.  
<sup>22</sup> OGH 22. 8. 2008, 12 Os 39/08i; *Platzgummer*, ÖJZ 1994, 753 (761); so auch *Bertel*, Die Betätigung im nationalsozialistischen Sinn, in *Fuchs/Brandstetter* (Hrsg), FS Platzgummer (1995) 119 (126), nach dem eine besondere Gefährlichkeit bei nach § 3 h tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen aber nicht vorkommen solle. Dass dieser Verweis auch die höhere Strafdrohung bei besonderer Gefährlichkeit erfasst hat, wurde von *Tipold*, Verbotsgesetz-Novelle 2023 – der Ministerialentwurf, JSt 2023, 265 (266), wohl übersehen.  
<sup>23</sup> OGH 22. 11. 1995, 13 Os 122/95.  
<sup>24</sup> OGH 12 Os 82/13w EvBl 2014/49; 11 Os 78/22p JSt 2023, 47; OLG Wien 18 Bs 186/22t JSt 2023, 233 (*Gansterer*); 25. 1. 2023, 17 Bs 268/22v. Allg zur Figur der Strafrahmenvorschrift OGH 13 Os 44/09h EvBl 2009/144; *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 666 ff.  
<sup>25</sup> *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> Vor VerbotsG Rz 7; *Birkbauer/Kneihs* in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 50; offenlassend *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3 a VerbotsG Rz 20 f.  
<sup>26</sup> ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 3; *Tipold*, JSt 2023, 265 (266).  
<sup>27</sup> OGH, 50/SN-279/ME 27. GP 1; *Reindl-Krauskopf*, 25/SN-279/ME 27. GP 2; *Salimi*, 19/SN-279/ME 27. GP 2; *StAV*, 34/SN-279/ME 27. GP 1; *Tipold*, 27/SN-279/ME 27. GP 3; *Hajszan*, 26/SN-279/ME 27. GP 3.  
<sup>28</sup> *Hajszan*, 26/SN-279/ME 27. GP 3.  
<sup>29</sup> Vgl OGH 22. 11. 1995, 13 Os 122/95.  
<sup>30</sup> OGH 11 Os 78/22p JSt 2023, 47 Rz 11 und aus der früheren Rsp OGH 22. 11. 1995, 13 Os 122/95; vgl auch *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3 a VerbotsG Rz 35.  
<sup>31</sup> Demnach kam nur Nichtigkeit aus § 345 Abs 1 Z 13 zweiter Fall StPO in Betracht, vgl nur *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> Vor VerbotsG Rz 7.  
<sup>32</sup> Vgl OGH 12 Os 82/13w EvBl 2014/49; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> Vor VerbotsG Rz 7; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3 a VerbotsG Rz 37; *Ratz* in WK StPO § 345 Rz 17; *Steininger*, Nichtigkeitsgründe im Strafverfahren<sup>7</sup> (2019) 608.  
<sup>33</sup> OLG Wien 18 Bs 186/22t JSt 2023, 233 (*Gansterer*). Vgl *Hager/Meller/Hetlinger*, Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung<sup>7</sup> (2022) 96; *Ratz* in WK StPO § 281 Rz 668/3.  
<sup>34</sup> So schon bisher *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> Vor VerbotsG Rz 7. Allg *Lässig* in WK StPO § 312 Rz 15; *Mitgutsch* in *Birkbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess* (Hrsg), Linzer Kommentar zur StPO (2020) § 312 Rz 11.

die Zusatzfrage mit der Hauptfrage zusammenzufassen.<sup>35</sup> Die Beantwortung der Frage nach der besonderen Gefährlichkeit ist daher nunmehr mit Nichtigkeitsbeschwerde aus § 345 Abs 1 Z 3–10 oder Z 12 StPO anfechtbar.<sup>36</sup>

### 3. Bestimmtheit der besonderen Gefährlichkeit

Das Gesetz enthält keine näheren Anhaltspunkte dafür, wann eine qualifikationsbegründende besondere Gefährlichkeit von Täter:in oder Betätigung vorliegt. Daher wurde das Abstellen auf die besondere Gefährlichkeit aus Bestimmtheitsgesichtspunkten kritisiert.<sup>37</sup> Auch der OGH hielt im Zusammenhang mit der Einordnung als „gleitender Strafsatz“ fest, dass dem Begriff die für ein strafsatzänderndes Tatbestandselement erforderliche Bestimmtheit fehlen würde.<sup>38</sup> Mittlerweile kam es jedoch zu einer gewissen Konkretisierung der besonderen Gefährlichkeit durch die Rsp zum VerbotsG und anderen auf ein solches Kriterium abstellenden Bestimmungen.

Danach sind bei der Beurteilung der besonderen **Gefährlichkeit von Täter:innen** der bisherige Lebenswandel und auch eine etwaige einschlägige Vorstrafenbelastung zu berücksichtigen.<sup>39</sup> Auch ein rascher Rückfall kann für die besondere Gefährlichkeit sprechen.<sup>40</sup> Darüber hinaus ist aber nicht nur auf die nach dem VerbotsG strafbaren Verhaltensweisen und das diesbezügliche Vorleben, sondern auf jegliche im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Betätigung stehenden Handlungen und Gesinnung Bedacht zu nehmen.<sup>41</sup> So begründet etwa der Fund von Anleitungen und Materialien zum Bombenbau, verbotenen Waffen und Datenträgern mit Informationen über wegen ihrer Herkunft, Religion, Weltanschauung oder Rolle bei der Verfolgung von Straftaten nach dem VerbotsG als „feindlich“ eingestuften Personen eine besondere Gefährlichkeit.<sup>42</sup> Auch eine Einbindung in Neo-Nazi-Gruppierungen<sup>43</sup> oder ein besonderer Einfluss auf andere Personen nationalsozialistischer oder rechtsextremer Gesinnung deutet auf eine besondere Gefährlichkeit hin.<sup>44</sup> Im Hinblick auf die **besondere Gefährlichkeit der Betätigung** sind unter anderem die Beweggründe für die Tat und deren genaue Ausführung heranzuziehen.<sup>45</sup> Auch die im Vergleich zu anderen Straftaten nach dem VerbotsG gesteigerte Intensität kann eine besondere Gefährlichkeit begründen.<sup>46</sup> So kann die weite Verbreitung der tatgegenständlichen Äußerungen oder der Umstand, dass darin zu massivster Gewalt gegen einzelne Bevölkerungsgruppen aufgefordert wird, für eine besondere Gefährlichkeit der Betätigung sprechen.<sup>47</sup>

Aufgrund der **Konkretisierung durch die Rsp** kommt der besonderen Gefährlichkeit iSd VerbotsG mittlerweile ein gerade noch den Anforderungen des § 1 StGB und des im Verfassungsrang stehenden Art 7 EMRK entsprechender **ausreichender Grad an Bestimmtheit** zu.<sup>48</sup> Auch würde selbst eine unzureichende Bestimmtheit wegen der Eigenschaft des VerbotsG als Bundesverfassungsgesetz nicht zur Verfassungswidrigkeit der Qualifikationen führen,<sup>49</sup> allenfalls wäre aber eine Verurteilung Österreichs durch den EGMR möglich.<sup>50</sup> Durch die Beibehaltung dieses immer noch mit gewissen Unsicherheiten behafteten – und etwas antiquiert anmutenden – Begriffs wurde die Novelle in diesem Zusammenhang dem Ziel, das VerbotsG zu modernisieren und deren Anwendung zu erleichtern, nicht gerecht.<sup>51</sup> Zur Erhöhung des Bestimmtheitsgrades hätte der Gesetzgeber wie in § 99 Abs 1 StVG bei der Beurteilung der besonderen Gefährlichkeit heranzuziehende Merkmale – zB Art und Beweggrund der Tat oder Lebenswandel – exemplarisch anführen sollen. Dies gilt insb in Anbetracht dessen, dass die Beurteilung der besonderen Gefährlichkeit nunmehr ausschließlich den Geschworenen in ihrem Wahrspruch

obliegt und nicht mehr zusammen mit dem Schwurgerichtshof im Rahmen der Strafzumessung vorzunehmen ist.

### D. Ausdifferenzierung des § 3g VerbotsG

§ 3g VerbotsG stellt als Auffangtatbestand<sup>52</sup> die sog nationalsozialistische Wiederbetätigung unter Strafe. Darunter fällt jegliches Verhalten, das geeignet ist, eine der spezifischen Zielsetzungen der NSDAP zu neuem Leben zu erwecken oder zu propagieren und solcherart zu aktualisieren.<sup>53</sup> Die Novelle brachte eine Ausdifferenzierung dieses allgemeinen Verbots der Wiederbetätigung in § 3g VerbotsG: So wurde der bisherige § 3g zu § 3g Abs 1 VerbotsG nF als neues Grunddelikt mit einer abgesenkten Strafdrohung von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe. Durch diese Herabsetzung ist nunmehr auch bei Erwachsenen eine Diversion möglich (s unten F. 1.). Ergänzend zu diesem Grunddelikt wurde mit **§ 3g Abs 2 VerbotsG** eine neue **Qualifikation** geschaffen, deren Strafdrohung der des § 3g aF entspricht. Demnach ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer eine Tat nach Abs 1 auf eine **Weise** begeht, dass sie **vielen Menschen zugänglich wird**. Ein Zugänglichwerden für viele Menschen ist dann gegeben, wenn die Tat für ca 30 oder mehr Menschen wahrnehmbar ist, wobei es sich

<sup>35</sup> Zur Zusammenfassung von Fragen zB OGH 19. 5. 1991, 13 Os 35/91; 13. 10. 1994, 15 Os 137/94; 22. 10. 2021, 12 Os 62/21s; *Mitgutsch* in LiK StPO § 316 Rz 5; *Lässig* in WK StPO § 312 Rz 15; anders jedoch *ders* in WK StPO § 316 Rz 8, wonach die Hauptfrage stets anklagekonform zu stellen sei.

<sup>36</sup> Schon bisher *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> Vor VerbotsG Rz 7.

<sup>37</sup> *Tipold*, JSt 2023, 265 (265); *ders*, 27/SN-279/ME 27. GP 2; *Generalprokuratur*, 35/SN-279/ME 27. GP 2. Vgl auch *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3a VerbotsG Rz 19.

<sup>38</sup> OGH 22. 11. 1995, 13 Os 122/95.

<sup>39</sup> OLG Wien 18 Bs 186/22t JSt 2023, 233 (*Gansterer*); *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3a VerbotsG Rz 19. Zur besonderen Gefährlichkeit des Strafgefangenen iSd § 99 StVG OLG Wien 1. 2. 2018, 132 Bs 381/17z; 132 Bs 281/18w JSt 2018, 502; LGSt Graz 25 Bl 40/19s JSt 2019, 366; LGSt Wien 13. 1. 2021, 192 Bl 59/20a; *Drexler/Weger*, StVG<sup>5</sup> (2022) § 99a Rz 8.

<sup>40</sup> Im Hinblick auf § 99 Abs 1 StVG OLG Wien 132 Bs 281/18w JSt 2018, 502; OLG Linz Vk 81/05 JSt 2006, 47; LG Linz 21 Bl 117/14a JSt 2015, 486; LGSt Wien 13. 1. 2021, 192 Bl 59/20a.

<sup>41</sup> OLG Wien 18 Bs 186/22t JSt 2023, 233 (*Gansterer*); ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 5f.

<sup>42</sup> OLG Wien 18 Bs 186/22t JSt 2023, 233 (*Gansterer*).

<sup>43</sup> Zu § 99 Abs 1 StVG LG Linz 21 Bl 58/15a JSt 2016, 281.

<sup>44</sup> OLG Wien 25. 1. 2023, 17 Bs 268/22v.

<sup>45</sup> Zu § 99 StVG OLG Wien 1. 2. 2018, 132 Bs 381/17z; 132 Bs 281/18w JSt 2018, 502; LGSt Graz 25 Bl 40/19s JSt 2019, 366; LGSt Wien 13. 1. 2021, 192 Bl 59/20a. Vgl auch *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3a VerbotsG Rz 19.

<sup>46</sup> OLG Wien 25. 1. 2023, 17 Bs 268/22v; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3a VerbotsG Rz 19.

<sup>47</sup> OLG Wien 25. 1. 2023, 17 Bs 268/22v; ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 5f.

<sup>48</sup> Vgl EGMR 11. 11. 1996, 17862/91, *Cantoni/Frankreich*; 8. 1. 2007, 18397/03, *Witt/Deutschland*, zur Einbeziehung der Auslegung durch die Gerichte bei der Bestimmtheitsprüfung; vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>7</sup> (2021) § 14 Rz 156.

<sup>49</sup> So zum Verhältnis des VerbotsG zu den Grundrechten generell VfSlg 1.661/1948; VfSlg 13.116/1992; 15.334/1998; OGH 15 Os 1/93 JBl 1995, 64;

17. 11. 2009, 14 Os 81/09g; *Birkbauer/Kneihls* in Rill-Schäffer-Kommentar Art 1 VerbotsG Rz 12; *Hajszan/Innerhofer*, JAP 2022/2023, 11 (18); *Kolonovits in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Vor VerbotsG Rz 24; *Wiederin*, Das Verbotsgesetz und die Meinungsfreiheit, in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 67 (71f).

<sup>50</sup> Vgl *Wiederin* in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 67 (75), im Zusammenhang mit Art 10 EMRK.

<sup>51</sup> Siehe bereits die Kritik bei *Tipold*, JSt 2023, 265 (165), sowie mit Änderungsorschlägen *ders*, 27/SN-279/ME 27. GP 2.

<sup>52</sup> ZB *Hajszan/Innerhofer*, JAP 2022/2023, 11 (13); *Salimi* in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 27 (28). So auch ua OGH 18. 5. 2010, 14 Os 41/10a („Generalklausel“).

<sup>53</sup> Etwa OGH 13. 9. 2000, 13 Os 45/00; 14. 7. 2004, 13 Os 28/04; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3g VerbotsG Rz 4.

bei dieser Anzahl um einen Richtwert handelt.<sup>54</sup> Dabei muss die Äußerung aber nicht tatsächlich einem solchen Personenkreis zugehen.<sup>55</sup> Für diese Fälle bleibt die Diversion somit ausgeschlossen, was im Hinblick auf die höhere Sozialschädlichkeit und größere Propagandawirkung der Tat nachvollziehbar ist. Die Ausdifferenzierung hat auch Auswirkungen auf die Einordnung des § 3g VerbotsG als Erfolgs- oder schlichtes Tätigkeitsdelikt: Während **Abs 1** – der die Formulierung der alten Fassung des § 3g übernimmt – als **schlichtes Tätigkeitsdelikt** einzustufen ist,<sup>56</sup> setzt die Qualifikation des **Abs 2** mit dem Zugänglichwerden der Äußerung einen Erfolg voraus, weshalb es sich um ein **Erfolgsdelikt** handelt,<sup>57</sup> was in § 3m Abs 3 VerbotsG nunmehr gesetzlich klargestellt wurde.<sup>58</sup>

## E. Änderungen des § 3h VerbotsG

Nach § 3h VerbotsG aF war bisher zu bestrafen, wer auf qualifiziert öffentliche Weise den nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnete, gröblich verharmloste, guthieß oder zu rechtfertigen suchte. Dieses Verbot der sog Holocaust-Leugnung erfuhr durch die VerbotsG-Novelle 2023 in mehrfacher Hinsicht eine Ausweitung.

So wurde die notwendige Publizität durch die Schaffung eines neuen Grunddelikts in § 3h Abs 1 VerbotsG herabgesetzt. Nunmehr genügt statt des Zugänglichwerdens für viele Menschen bereits die **öffentliche Begehung**, was eine Wahrnehmbarkeit der Tat für einen größeren Personenkreis (Richtwert von ca zehn Personen) voraussetzt.<sup>59</sup> Damit wurden Taten mit geringer Publizitätswirkung, die bisher mitunter nach Art III Abs 1 Z 4 EGVG als Verwaltungsübertretung strafbar waren,<sup>60</sup> in den Anwendungsbereich des § 3h VerbotsG einbezogen. Taten mit erhöhter Publizität erfüllen zukünftig die **Qualifikation nach § 3h Abs 2** VerbotsG. Dazu muss die **Tat** in einem **Druckwerk, im Rundfunk, in einem anderen Medium** oder **sonst auf eine Weise** begangen werden, dass sie

**vielen Menschen zugänglich wird.** Die Publizitätsschwelle entspricht damit weitgehend jener nach § 3h VerbotsG aF.

Auch hier handelt es sich – wie bei § 3g – bei **Abs 1** jedenfalls um ein **schlichtes Tätigkeitsdelikt**. Hinsichtlich des § 3h VerbotsG aF, der im Wesentlichen der Qualifikation des § 3h Abs 2 nF entsprach, war die Einordnung umstritten. So wurde § 3h VerbotsG aF zT in allen Begehungsvarianten als Erfolgsdelikt angesehen.<sup>61</sup> Andere sahen nur die sonstige Begehung als Erfolgsdelikt, die explizit genannten medialen Begehungsweisen aber als schlichte Tätigkeitsdelikte.<sup>62</sup> Nach einer dritten Ansicht sollen hingegen alle Begehungsvarianten schlichte Tätigkeitsdelikte bilden.<sup>63</sup> Während aufgrund des Wortlauts des § 3m Abs 3 VerbotsG **nunmehr** die Einordnung der **Qualifikation in § 3h Abs 2** als **Erfolgsdelikt** naheliegt,<sup>64</sup> bleibt weiterhin strittig, ob nur das sonstige Zugänglichmachen oder auch die medialen Begehungsweisen einen Erfolg voraussetzen.<sup>65</sup>

## Der Anwendungsbereich des § 3h VerbotsG wurde durch Herabsetzung der Publizitätsschwelle und Einbeziehung jeglicher Verharmlosung des Holocaust deutlich erweitert.

Bisher verlangte § 3h VerbotsG, dass die nationalsozialistischen Verbrechen „gröblich“, also in erheblichem Maß oder in ihrem Kern und nicht bloß in Randbereichen<sup>66</sup>, verharmlost werden. Daneben wurde – auch aufgrund der genannten Einschränkung im Wortlaut<sup>67</sup> – verlangt, dass der nationalsozialistische Völkermord bzw die sonstigen Verbrechen gegen die Menschlichkeit schlechthin, also in deren Kern, geäußert werden. Sog Teilleugnungen waren demgegenüber nicht strafbar.<sup>68</sup> So war zB das Bestreiten von Gaskammern nur im Konzentrationslager Mauthausen oder von bloß einzelnen Verbrechen nicht tatbestandsmäßig,<sup>69</sup> das Leugnen der Existenz von Gaskammern generell fiel hingegen schon bisher unter § 3h.<sup>70</sup> In diesem Zusammenhang ergaben sich mitunter Abgrenzungsschwierigkeiten.<sup>71</sup>

<sup>54</sup> Vgl zur gleichlautenden Voraussetzung in § 3h VerbotsG aF OGH 23. 2. 2006, 12 Os 119/05z; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3h VerbotsG Rz 3; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3h VerbotsG Rz 8; *Salimi* in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 27 (32); *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 64.

<sup>55</sup> So zu § 3h VerbotsG OGH 27. 8. 2015, 12 Os 69/15m; *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 64; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3h VerbotsG Rz 3; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3h VerbotsG Rz 8. Zu Fragen der Publizität bei Begehung im Internet s *Hajszan*, Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen im Internet (1. Teil), JBl 2023, 699 (707f) mwN.

<sup>56</sup> Zu § 3g VerbotsG aF *Fellmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für verbale und visuelle Angriffe im Netz (2023) 80f; *Salimi* in WK StGB<sup>2</sup> § 67 Rz 59/1. Auch die Rsp hob hervor, dass es auf einen Erfolgseintritt nicht ankam, zB OGH 14 Os 81/08f; 13 Os 105/18t JBl 2019, 187 (*Tipold*) = JSt 2019, 154 (*Schwaighofer*); ebenso *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 60; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3g VerbotsG Rz 8; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3g VerbotsG Rz 4.

<sup>57</sup> Ebenso Einführungserslass eJABl 2024/01, 10. Vgl zum Zugänglichwerden in § 3h VerbotsG aF OGH 11 Os 4/96 JBl 1997, 471; OLG Innsbruck 20. 8. 2021, 6 Bs 172/21a; *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 64; *Fellmann*, Angriffe im Netz 81; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3g VerbotsG Rz 3; *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3h VerbotsG Rz 6; *Salimi* in WK StGB<sup>2</sup> § 67 Rz 59/1. Allg zu dieser Formulierung *Hajszan*, JBl 2023, 699 (708f) mwN.

<sup>58</sup> Näher zur Regelung der inländischen Gerichtsbarkeit in § 3m VerbotsG *Hajszan*, ÖJZ 2024 (in Druck).

<sup>59</sup> Zu § 3d VerbotsG *Öner/Schön* in *Leukauf/Steininger*, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3d VerbotsG Rz 7; *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 52; allg zB OGH 23. 2. 2006, 12 Os 119/05z; *Tipold* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> (2016) § 69 Rz 3; *Jerabek/Ropper* in WK StGB<sup>2</sup> § 69 Rz 2.

<sup>60</sup> *Merli*, „Unflug“ im Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 35 (43).

<sup>61</sup> OGH 11 Os 4/96 JBl 1997, 471; OLG Innsbruck 20. 8. 2021, 6 Bs 172/21a; *Fellmann*, Angriffe im Netz 81; *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, Handbuch IT-Strafrecht (2018) Rz 4.20; *Salimi* in WK StGB<sup>2</sup> § 67 Rz 59; *Zerbes*, Tatort: Internet, ÖJZ 2017, 856 (860).

<sup>62</sup> OGH 14 Os 81/09g SSt 2009/79; *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 64, 71; *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3h VerbotsG Rz 3.

<sup>63</sup> *Ebensperger*, Die Verbreitung von NS-Gedankengut im Internet und ihre strafrechtlichen Auswirkungen, ÖJZ 2002, 132 (144); *Velten*, Grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte, in *BMJ* (Hrsg), 32. Ottensteiner Seminar (2005) 173 (178f); allg für das Zugänglichwerden *Schallmoser*, „Zeit und Ort“ bei Social Media-Delikten – Straf- und Verfolgbarkeit wann, wo, wie lange? JSt 2018, 370 (376f); kritisch zur Einordnung von Äußerungsdelikten als Erfolgsdelikte auch *Tipold*, Anmerkung zu OGH 13 Ns 75/11z, JBl 2012, 604 (606).

<sup>64</sup> Vgl ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 9 und *Hajszan*, ÖJZ 2024 (in Druck).

<sup>65</sup> Näher zum Ganzen *Hajszan*, ÖJZ 2024 (in Druck).

<sup>66</sup> OGH 11 Os 4/96 JBl 1997, 471; JAB 386 BlgNR 18. GP 4; *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 64; *Salimi* in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 27 (32).

<sup>67</sup> Vgl *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht, Rz 2.743.

<sup>68</sup> Siehe OGH 23. 4. 1996, 14 Os 24/96; 14. 11. 2017, 20 Ds 11/17y; 20. 4. 2022, 13 Os 121/21z Rz 6; VfSlg 20.207/2017 Rz 32; JAB 386 BlgNR 18. GP 4; *Birkbauer/Kneih*s in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 64; *Hajszan/Innerhofer*, JAP 2022/2023, 11 (14f); *Lässig* in WK StGB<sup>2</sup> § 3h VerbotsG Rz 2; *Platzgummer*, ÖJZ 1994, 753 (762); *Salimi* in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, Nazistische Tätigkeit 27 (32).

<sup>69</sup> Zu deren Ausnahme aus § 3h VerbotsG aF *Hajszan/Innerhofer*, JAP 2022/2023, 11 (14f); *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, HB IT-Strafrecht, Rz 2.743.

<sup>70</sup> OGH 26. 9. 2018, 15 Os 88/18g; ebenso die Gleichsetzung der Situation der Personen ohne vollständige Immunisierung gegen COVID-19 mit der der jüdischen Bevölkerung unter der nationalsozialistischen Terrorherrschaft (OLG Wien 17 Bs 77/22f JSt 2022, 379).

<sup>71</sup> ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 7.

Mit der Novelle erfuhr § 3h VerbotsG durch die **Streichung des Wortes „gröblich“** somit eine **erhebliche Ausdehnung**: Dadurch wird erstens normiert, dass nunmehr auch die Verharmlosung der nationalsozialistischen Verbrechen in deren Randbereichen oder in geringerem Ausmaß für eine Strafbarkeit nach § 3h VerbotsG ausreicht. Zweitens lässt sich daraus ableiten, dass fortan auch die Teilleugnung derselben tatbestandsmäßig ist.<sup>72</sup> Diese Erweiterung ist zu befürworten, weil dadurch die beschriebenen Abgrenzungsschwierigkeiten beseitigt werden können, was auch aus Bestimmtheitsgesichtspunkten zu begrüßen ist. Allerdings ist insb bei den nunmehr strafbaren Fällen der „bloßen“ Verharmlosung oder der Teilleugnung eine diversionelle Erledigung in Betracht zu ziehen.<sup>73</sup>

Aufgrund der Bezugnahme auf § 3g VerbotsG in § 3h aF („Nach § 3g wird auch bestraft, [...]“) wurde bisher überwiegend bei Vorliegen eines Wiederbetätigungsvorsatzes eine Verdrängung des § 3h durch § 3g angenommen.<sup>74</sup> Nach dem ME hätte diese Bezugnahme entfallen und das Konkurrenzverhältnis auch nicht anderwärtig geregelt werden sollen. Nach entsprechendem Hinweis im Begutachtungsverfahren<sup>75</sup> wurde das Verhältnis des § 3h zu § 3g in der RV mittels einer **Subsidiaritätsklausel** klargestellt. Somit kommt § 3h VerbotsG auch weiterhin nur dann zur Anwendung, wenn die Tat ohne Wiederbetätigungsvorsatz begangen wird.<sup>76</sup>

## F. Ermöglichung einer diversionellen Erledigung bei §§ 3g, 3h VerbotsG

### 1. Schaffung neuer Grunddelikte mit herabgesetzter Strafdrohung

Eine wesentliche Neuerung ist die Ermöglichung einer alternativen Verfahrenserledigung (Diversion) bei Taten nach §§ 3g, 3h VerbotsG. Nach **alter Rechtslage** war eine **Diversion** bei Verbrechen nach dem VerbotsG ausgeschlossen, weil gem § 198 Abs 2 Z 1 StPO nur Straftaten mit einer Strafdrohung von maximal fünf Jahren oder weniger dafür in Frage kommen, die Höchststrafen aber mindestens zehn Jahre betragen. **Einzig bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen** war eine Diversion gem § 7 JGG (iVm § 19 Abs 2 JGG) schon bisher zulässig.<sup>77</sup> Die **Erweiterung der Diversionmöglichkeit auf Erwachsene** erfolgte durch Implementierung eines Grunddelikts mit einer Höchststrafe von fünf Jahren in § 3g Abs 1 bzw § 3h Abs 1 VerbotsG. Im Zusammenhang mit allen anderen nach dem VerbotsG strafbaren Handlungen scheidet eine Diversion bei Erwachsenen wegen der fünf Jahre übersteigenden Maximalstrafdrohung weiterhin aus (vgl § 198 Abs 2 Z 1 StPO). Bei Personen mit gefestigter nationalsozialistischer Gesinnung ist jedoch auch bei Taten mit geringer Publizität ausreichend sichergestellt, dass diesen das Privileg einer alternativen Verfahrenserledigung nicht zukommt: In solchen Fällen wird die Schuld wohl schwer (§ 198 Abs 2 Z 2 StPO) und eine Bestrafung aus general- oder spezialpräventiven Gründen geboten sein (§ 198 Abs 1 StPO), weshalb eine Diversion ausgeschlossen ist.<sup>78</sup>

Die Entscheidung über eine Diversion fällt im Ermittlungsverfahren gem § 198, § 209 Abs 1 StPO in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft, nach Anklageerhebung aber in den Aufgabenbereich des Gerichts (§ 199 StPO). Nach § 209 Abs 2 StPO obliegt die Vornahme der gerichtlichen Diversion grundsätzlich dem:r Vorsitzenden, in der Hauptverhandlung aber dem Schwurgerichtshof. Die Geschworenen sind an einer Entscheidung über die Diversion somit nicht beteiligt.

Eine Diversion, etwa in Form der Bestimmung einer Probezeit gem § 203 StPO, verbunden mit der Weisung zur Teilnahme an Deradikalisierungs- sowie Sensibilisierungskursen oder entspre-

chend kontextualisierten Führungen in einer Konzentrationslager-Gedenkstätte,<sup>79</sup> ist daher nunmehr bei Taten, die nur § 3g Abs 1 bzw § 3h Abs 1 VerbotsG erfüllen, grundsätzlich möglich. Insb bei bisher unbescholtenen Personen, die gegenüber einer kleinen Personengruppe den Hitler-Gruß zeigen oder Bilder mit nationalsozialistischen Inhalten an einzelne Personen versenden, kann so eine adäquate Reaktion gefunden werden. Mit Sensibilisierungsmaßnahmen verbundene Diversion ist in solchen Fällen wohl auch sinnvoller und effektiver als kurze Freiheitsstrafen.

### Bei Wiederbetätigung und Holocaust-Leugnung mit geringer Publizität (§ 3g Abs 1 bzw § 3h Abs 1 VerbotsG) ist nunmehr auch bei Erwachsenen Diversion möglich.

### 2. Kostentragung

Werden aufgrund einer im Rahmen der Diversion gem § 203 Abs 2 StPO erteilten Weisung von den betroffenen Personen pädagogisch begleitete Programme zur Sensibilisierung für die nationalsozialistischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit absolviert, sind die Kosten des Programms gem § 3o Abs 1 VerbotsG vom Bund zu tragen. Ohne diese Sonderbestimmung wären die Sensibilisierungsmaßnahmen durch die Betroffenen selbst zu bezahlen.<sup>80</sup> Den Beschuldigten bzw Angeklagten ist allerdings nach § 3o Abs 1 Satz 2 VerbotsG ein – nach § 381 Abs 5 StPO zu bemessender – Pauschalkostenbeitrag von bis zu 500 Euro aufzuerlegen, soweit dies deren Einkommensverhältnisse zulassen. Bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen ist die Auferlegung eines Pauschalbetrags gem Abs 1 Satz 3 aber nur dann zulässig, wenn dadurch deren Fortkommen nicht erschwert wird. § 3o Abs 4 VerbotsG sieht darüber hinaus Dokumentations- und Berichtspflichten für die Einrichtungen und Vereinigungen vor, die Sensibilisierungsprogramme durchführen.

### G. Schlussbemerkungen

Die mit der VerbotsG-Novelle 2023 verbundenen Änderungen im Bereich der Strafbestimmungen sind ganz überwiegend zu begrüßen. Der Gesetzgeber hätte jedoch die qualifikationsbegründende besondere Gefährlichkeit von Täter:in oder Betätigung näher definieren sollen. Außerdem wurden die Mindeststrafen für Fälle einer solchen besonderen Gefährlichkeit in ei-

<sup>72</sup> ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 7; Einführungserlass eJABl 2024/01, 6.

<sup>73</sup> Tipold, JSt 2023, 265 (266).

<sup>74</sup> OGH 16. 2. 1992, 13 Os 135/92; 20. 4. 2022, 13 Os 121/21z Rz 24; 6. 9. 2023, 14 Os 58/23w Rz 15; OLG Wien 17 Bs 77/22f JSt 2022, 379; Lässig in WK StGB<sup>2</sup> § 3h VerbotsG Rz 5 (Exklusivität); Öner/Schön in Leukauf/Steininger, Nebengesetze<sup>3</sup> § 3h VerbotsG Rz 16f; Hajszan/Innerhofer, JAP 2022/2023, 11 (14); anders Birkbauer/Kneihs in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 64, die Spezialität des § 3h gegenüber § 3g annehmen.

<sup>75</sup> Hajszan, 26/SN-279/ME 27. GP 4; OLG Wien, 38/SN-279/ME 27. GP 3; OStA Wien, 52/SN-279/ME 27. GP 2 f.

<sup>76</sup> Siehe nur OLG Wien 17 Bs 77/22f JSt 2022, 379; Hajszan/Innerhofer, JAP 2022/2023, 11 (14) mwN.

<sup>77</sup> Birkbauer/Kneihs in Rill-Schäffer-Kommentar Art I VerbotsG Rz 50; Birkbauer/Landerl, Nationalsozialistische Wiederbetätigung: Strafen oder alternative Verfahrenserledigung? JSt 2020, 130 (133); Hajszan/Innerhofer, JAP 2022/2023, 11 (13).

<sup>78</sup> ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 4; Einführungserlass eJABl 2024/01, 4.

<sup>79</sup> Vgl zu Divisionsmaßnahmen im Anwendungsbereich des VerbotsG ErläutRV 2285 BlgNR 27. GP 5; Birkbauer/Landerl, JSt 2020, 130 (131ff).

<sup>80</sup> Siehe im Zusammenhang mit einer Schulung in der KZ-Gedenkstätte Mauthausen OLG Linz 29. 9. 2021, 7 Bs 148/21w. Allg zur Kostentragung durch die Betroffenen bei Weisungen ua OGH 9. 10. 2019, 13 Os 77/19a; Schroll/Oshidari in WK StGB<sup>2</sup> § 51 Rz 48 mwN.

nem zum Teil nicht notwendigen Maße erhöht. Dennoch überwiegen insb in Zusammenschau mit den Änderungen abseits der Strafbestimmungen<sup>81</sup> im Ganzen die positiven Aspekte.

Hervorzuheben sind etwa die sinnvolle Differenzierung der §§ 3g und 3h VerbotsG nach Publizität der Tat und die Absenkung der Strafdrohungen bei niedriger Reichweite. Die damit verbundene Möglichkeit der Diversion bei Wiederbetätigungen bzw sog Holocaust-Leugnungen mit geringer Publizität auch bei Erwachsenen ermöglicht als wichtige Maßnahme ein sensibilisierendes Einwirken auf Täter:innen ohne gefestigte Ideologie. Zusammen mit der Diversionsmöglichkeit ist auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 3h VerbotsG auf Teilleugnungen und jegliche Verharmlosung sowie die Reduktion der nötigen Publizitätsschwelle gut vertretbar. Außerdem trägt diese Strafbarkeitserweiterung zu einer effektiven Verfolgung der Leugnung oder Verharmlosung des nationalsozialistischen Völkermordes bei und beseitigt bestehende Anwendungsschwierigkeiten. Positiv ist außerdem, dass die Novelle – anders als noch im ME vorgesehen – genutzt wurde, um das VerbotsG umfassend und in weiten Teilen zu reformieren und so dessen Systematik beizubehalten.

**Plus**

**ÜBER DEN AUTOR**

E-Mail: jakob.hajszan@univie.ac.at

**HINWEIS**

Ein weiterer Beitrag, der sich mit den weiteren Änderungen im Zuge der VerbotsG-Novelle 2023 auseinandersetzt, erscheint in einem der folgenden Hefte der ÖJZ: *Hajszan, Die Verbotsgesetz-Novelle 2023: Flankierende Änderungen*, ÖJZ 2024 (in Druck).

<sup>81</sup> Die Novelle brachte neben den genannten Änderungen Regelungen der inländischen Gerichtsbarkeit in §§ 3l und 3m VerbotsG, die Schaffung einer von der Verwendung bei mit Strafe bedrohten Handlungen unabhängigen Einziehungsmöglichkeit nach § 3n VerbotsG sowie einen zwingenden und von der Strafhöhe unabhängigen Amtsverlust bei Verurteilungen nach dem VerbotsG (§ 3k); näher dazu *Hajszan, ÖJZ 2024* (in Druck).