

Prof. Guido Raimund
raimund1415@proton.me
Rua Enrico de Martino 349
05652-010 São Paulo
Brasilien

5.7.2023

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Betrifft: Ministerialentwurf zur Verbotsgesetz-Novelle 2023 (279/ME)

Zu obig näher bezeichnetem Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem das Verbotsgesetz 1947, das Vertragsbedienstetengesetz 1948 und das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 geändert werden (Verbotsgesetz-Novelle 2023) wird folgende

STELLUNGNAHME

abgegeben.

Zur Entstehung des NSDAP-Verbotsgesetzes

Die Provisorische Staatsregierung hat im Verbotsgesetz vom 8.5.1945, StGBL. Nr. 13, im Artikel I das Verbot der NSDAP ausgesprochen und unter die strafrechtliche Sanktion des Hochverrates gestellt. Der zweite Absatz des § 3 enthielt die Sanktion für dieses Verbot. Er bestimmte, dass derjenige, der weiter dieser Partei angehört oder sich für sie oder ihre Ziele betätigt, ein Verbrechen begeht, das mit dem Tode und dem Verfall des gesamten Vermögens bestraft wird. Nur in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen konnte statt auf die Todesstrafe auf schweren Kerker in der Dauer von 10 bis zu 20 Jahren erkannt werden. Das Verbotsgesetz betrachtete jede weitere Betätigung für die NSDAP als eine auf eine gewaltsame Veränderung der Regierungsform, auf die Herbeiführung einer Gefahr für den Staat von außen oder einer Empörung oder eines Bürgerkriegs im Inneren angelegte Tätigkeit, demnach als Hochverrat.

Von diesen Grundsätzen ausgehend hatte die Bundesregierung das im Zusammenwirken aller zuständigen Zentralstellen ausgearbeitete Bundesverfassungsgesetz über die Behandlung der Nationalsozialisten im

Nationalrat eingebracht. Der Nationalrat wies die Regierungsvorlage dem Hauptausschuss zu. In durch mehrere Wochen sich hinziehenden und zum Zwecke neuerlicher Parteienbesprechungen unterbrochenen Beratungen nahm der Hauptausschuss an der Regierungsvorlage wesentliche Änderungen vor und stellte am 19.7.1946 den einstimmigen Antrag, der Nationalrat wolle dem Gesetzesentwurf die verfassungsmäßige Zustimmung erteilen. Der Nationalrat selbst erhob den Entwurf in seiner Sitzung vom 24.7.1946 mit Stimmeneinhelligkeit zum Gesetzesbeschluss. Auch im Bundesrat wurde der einstimmige Beschluss gefasst, gegen den Gesetzesbeschluss des Nationalrates keinen Einspruch zu erheben. Der Gesetzesbeschluss bedurfte im Hinblick auf seinen verfassungsgesetzlichen Charakter vor seiner Kundmachung der Zustimmung des Alliierten Rates für Österreich im Sinne des zwischen den vier Besatzungsmächten abgeschlossenen Abkommens über den Kontrollapparat in Österreich vom 28.6.1946. Der Alliierte Rat genehmigte in seiner Sitzung vom 13.12.1946 den Gesetzesbeschluss, knüpfte jedoch die Genehmigung an die Auflage, Änderungen und Ergänzungen, die der Rat am Gesetzesbeschluss vorgenommen hatte, zu übernehmen.

Diese Abänderungswünsche machten eine neuerliche parlamentarische Behandlung des Nationalsozialistengesetzes erforderlich. Die Regierungsvorlage wurde am 5.2.1947 im Nationalrat eingebracht, im Hauptausschuss des Nationalrates behandelt und am 6.2.1947 mit den Stimmen aller von den Besatzungsmächten lizenzierten Parteien vom Nationalrat zum Gesetzesbeschluss erhoben. Der Gesetzesbeschluss wurde, nachdem der Bundesrat keinen Einspruch erhoben hatte, in dem am 17.2.1947 ausgegebenen 8. Stück des Bundesgesetzblattes unter Nr. 25 kundgemacht und ist am 18.2.1947 in Kraft getreten.

Mit der Verbotsgesetznovelle 1992 (BGBl. Nr. 148/1992) wurden die Mindeststrafen gesenkt und das Verbotsgesetz um den § 3h erweitert. Nach diesem wird bestraft, wer den nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen leugnet, gröblich verharmlost, gutheißt oder zu rechtfertigen sucht.

Näheres zu der sich im Entwurf befindlichen Verbotsgesetz-Novelle 2023 weiter unten.

Zur Verfassungswidrigkeit des NSDAP-Verbotsgesetzes

Das Bundes-Verfassungsgesetz verlangt die Vornahme einer Abstimmung des Bundesvolkes als Voraussetzung für eine Gesamtänderung der Verfassung. Was unter „Gesamtänderung“ zu verstehen ist, wurde nicht näher bestimmt. Der VfGH bezeichnete als Gesamtänderung der Verfassung eine Änderung, *„die einen der leitenden Grundsätze der Bundesverfassung berührt. Als solche Grundsätze kommen das demokratische, das rechtsstaatliche und das bundesstaatliche Prinzip in Betracht.“* (Vgl. VfSlg. 2455/1952.)

Der VfGH selbst spricht in VfSlg 11.888/1988 von der „*Urfassung des B-VG aus dem Jahre 1920*“. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass im Jahre 1945 die Verfassungsrechtslage des Jahres 1920 mit allen seither eingetretenen Änderungen, einschließlich dadurch bewirkter, der Rechtsordnung anhaftenden Verfassungswidrigkeiten übernommen wurde, so muss Art. 44 Abs. 3 B-VG – anders als bei der erstmaligen Entstehung der Bundesverfassung – bei Gesamtänderungen der Bundesverfassung jedenfalls Anwendung finden.

Aus Sicht des österreichischen B-VG stellt das Verbotsgesetz schwere Eingriffe in Verfassungsprinzipien (demokratisches und rechtsstaatliches Prinzip, Gleichheitsgrundsatz), im Zusammenhang mit Verletzungen des bei Einführung des B-VG gegebenen Standards an Grund- und Freiheitsrechten materiell eine Gesamtänderung der Verfassung dar.

Als Rechtsgrundlage für die Erlassung der Stammfassung des Verbotsgesetzes, das ursprünglich „Vergeltungsgesetz“ heißen sollte, StGBL. 13/1945, sieht ein Teil der Lehre „*allein die rudimentären Vorschriften über die 'Gesetzgebung' in den §§ 18 bis 22 der 'Vorläufigen Verfassung'*. Da das Gebot einer besonderen Behandlung gesamtändernder Verfassungsgesetze in diesen Paragraphen nicht enthalten war, besteht auch keinerlei Anlaß, das Wiederbetätigungsverbot auf seine gesamtändernde Wirkung hin zu untersuchen oder daraus irgendwelche Schlüsse zu ziehen.“ (Vgl. Janko, Gesamtänderung der Verfassung, S. 208.)

Vom Kopf auf die Füße gestellt bedeutet das Fehlen einer Bestimmung über die Gesamtänderung der Verfassung schlicht, dass die Vorläufige Verfassung der Provisorischen Staatsregierung eben keine Kompetenz zu einer Gesamtänderung des B-VG gab.

Tatsächlich konnte die Provisorische Staatsregierung bestenfalls die Vorläufige Verfassung ändern, die nach Art. 4 Abs. 2 des Verfassungs-Überleitungsgesetz StGBL. 4/1945 jedenfalls sechs Monate nach dem Zusammentreten eines neu gewählten Nationalrats „außer Kraft“ trat. Es war daher durchaus logisch, dass der Nationalrat bei Wiedereinführung des B-VG eine Liste von Verfassungsgesetzen der Vorläufigen Verfassung, die weitergelten sollten, – darunter das Verbotsgesetz – beschloss. Schon dieser Beschluss wäre an Art. 44 Abs. 3 (damals Abs. 2) B-VG zu messen gewesen, erlangte aber mangels Verlautbarung ohnehin nicht Gesetzeskraft. Damit waren die davon betroffenen Verfassungsgesetze gelinde gesagt in Schwebelage.

Daraus ergibt sich die besondere Bedeutung des Nationalsozialistengesetzes (BGBl. 25/1947). Sie liegt auch darin, dass die Bestimmungen der Stammfassung des Verbotsgesetzes in den einzelnen Besatzungszonen sehr unterschiedlich, nur in der russischen effektiv ausgeführt wurden. Das Nationalsozialistengesetz war die erste dauerhafte, effektive und bundesweite Regelung. Die Übergangsbestimmung des I. Hauptstückes, Abschnitt II Ziffer 7 lautete: „*Das Verfassungsgesetz vom 8. Mai*

1945, St.G.Bl. Nr. 13, über das Verbot der NSDAP (Verbotsgesetz) in der Fassung des Verfassungsgesetzes vom 16. November 1945, B.G.Bl. Nr. 16/1946 (2. Verbotsgesetznovelle), und des Abschnittes I ist als 'Verbotsgesetz 1947' zu bezeichnen.“

In den Schlussbestimmungen des XXI. Hauptstückes hieß es unter Ziffer 1:

„Die Bundesministerien sind ermächtigt, die in den Hauptstücken I bis XX genannten Rechtsvorschriften unter Berücksichtigung der Änderungen und Ergänzungen, die sich aus dem vorliegenden Bundes-Verfassungsgesetz ergeben, sowie unter Bedachtnahme auf die gegenwärtigen Staats- und verwaltungsrechtlichen Einrichtungen durch Verordnung mit rechtsverbindlicher Kraft zu verlautbaren.“

Hieraus ergibt sich schlüssig der Wille zur Geltung der Stammfassung auch unter den Bedingungen des B-VG, sowie die Auffassung des Verbotsgesetzes als nunmehr vollendetes Ganzes. Es ist daher der als „Verbotsgesetz 1947“ bezeichnete Gesamtinhalt dem Gesetzesbeschluss von 1947 zuzurechnen und an dem jedenfalls damals in Kraft befindlichen Art. 44 Abs. 2 B-VG (heute Abs. 3) zu messen.

Dazu kommt die qualitative Änderung des Inhaltes. Die Stammfassung des Verbotsgesetzes war als zeitlich und personell begrenztes Ausnahmegesetz konzipiert, das wohl Verfassungsgrundsätze verletzte, sie aber nicht auf Dauer ausschalten sollte, wie der spätere Abbau seiner Bestimmungen zeigt. Von bis heute dauernder Relevanz sind die durch das Nationalsozialistengesetz vom 6.2.1947 eingefügten Strafbestimmung. Es geht darin um einen Ausschluss der freien Meinungs- und Willensbildung des Volkes als allgemeine Generalklausel, deren Unbestimmtheit noch dazu rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspricht. Damit erfolgte eine dauerhafte tiefgreifende Verletzung des rechtsstaatlichen und demokratischen Prinzips im Wesenskern. Zu diesem Zeitpunkt war das B-VG jedenfalls bereits in Kraft und der Gesetzesbeschluss an ihm zu messen. Das notwendige Verfahren, nämlich eine Volksabstimmung nach Art. 44 Abs. 3 (damals Abs. 2) B-VG, wurde jedoch nicht eingehalten.

Alleine aus dem hier aufgezeigten Grund der Verfassungswidrigkeit ist den nun im Ministerialentwurf vorliegenden Änderungen nicht nur die Zustimmung zu versagen, sondern sind das NSDAP-Verbotsgesetz und alle auf es verweisenden Normen aus dem Rechtsbestand der Republik Österreich zu entfernen.

Zu § 3g VerbotsgG idF. 279/ME

Die Aufgliederung des Tatbestandes in vier Absätze hat die Unbestimmtheit des in der Praxis am Häufigsten zur Anwendung kommenden § 3g nicht beseitigt. Es ist

nicht nur weiterhin von einer Betätigung „auf andere als die in den §§ 3a bis 3f bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinn“ (Abs. 1) die Rede, sondern in Abs. 3 bleibt die „besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung“ erhalten. Weiters soll selbst die Strafbarkeit von Äußerungen im Zwiegespräch erhalten bleiben. Hierzu soll der Strafraum gesenkt werden, um abermals die Anklage- und Verurteilungswahrscheinlichkeit zu erhöhen. Das alles in Anbetracht der Tatsache, dass es ohnedies jedes Jahr zu immer noch mehr Verurteilungen nach dem NSDAP-Verbotsgesetz kommt. Während es 2010 noch 40 Verurteilungen waren, stieg die Zahl 2015 auf 67, im Jahr 2020 dann auf 128. Im Jahr 2021 waren es 207 Verurteilungen, 2022 dann 215.

Man scheint es hier dem historischen Gesetzgeber gleich tun zu wollen, der weder grundsätzliche Publizitätserfordernisse festgelegt hat und sich mit der Ausgestaltung der „besonderen Gefährlichkeit“ als erweitertem Strafraum anstelle eines Strafsatzes die Schaffung eines strafsatzändernden Tatbestandselements gänzlich erspart hat.

Die Neustrukturierung ändert weder etwas an der erforderlichen Bestimmtheit der „besonderen Gefährlichkeit“ noch am Problem der Betätigung „im nationalsozialistischen Sinn“. Auch die Exklusion der §§ 3a bis 3f hinsichtlich einer Betätigung iSd § 3g schafft keine Klarheit, wird das strafbare Verhalten dadurch ja nur negativ begrenzt. Hierzu Univ.-Prof. Dr. Winfried Platzgummer:

„Das strafbare Verhalten ist nur negativ eindeutig abgegrenzt: Die Beteiligung an einer NS-Verbindung, die öffentliche Aufforderung zur Wiederbetätigung, die Begehung der in § 3f genannten Gewalttaten oder deren Verabredung scheiden für § 3g VG aus, sie bleiben nach den dafür vorgesehenen Tatbeständen strafbar. Der positive Inhalt der Strafnorm, also das danach strafbare Verhalten, ist nur äußerst vage umschrieben: § 3g VG pönalisiert in der Art einer Generalklausel (EvBl 1994/54) schlechthin jedes andere Verhalten, das darauf abzielt, in Österreich wieder ein Naziregime zu installieren. Das ist nun freilich angesichts der hohen Strafdrohung ein Tatbild von größter Unbestimmtheit und uferloser Weite, und Rittler hatte sicher recht, wenn er das Fehlen aller rechtsstaatlichen Garantien beklagte.“ (Vgl. Platzgummer, Die strafrechtliche Bekämpfung des Neonazismus in Österreich, ÖJZ 1994, S. 760.)

Univ.-Prof. Dr. Christian Bertel äußerte sich wie folgt dazu:

„Nach § 3g VG macht sich strafbar, wer sich 'im nationalsozialistischen Sinn betätigt'. Wenn die Tat nicht nach anderen Gesetzesstellen strenger strafbar ist, ist der Täter mit Freiheitsstrafen von einem bis zu zehn Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung bis zu zwanzig Jahren strafbar. In Rechtsstaaten sind solche Strafbestimmungen ungewöhnlich: Von rechtsstaatlichen Gesetzgebern erwartet man gerade bei schweren Verbrechen eine sorgfältige

Beschreibung der tatbildmäßigen Handlung. Was aber ist eine Betätigung im nationalsozialistischen Sinn? Unbestimmter hätte das Gesetz kaum ausfallen können.“ (Vgl. Bertel, Die Betätigung im nationalsozialistischen Sinn, Platzgummer-FS 1995, S. 119.)

Selbst der OGH spricht bei der „*subsidiären Strafvorschrift*“ des § 3g Abs. 1 VerbotsgG ausdrücklich von der „*dürftigen Kontourierung ihres gesetzlichen Tatbilds*“. (Vgl. OGH 12 Os 29/92.)

Anschaulicher könnte ein Gesetz die Gewaltenteilung nicht verletzen. Es ist ganz offensichtlich so, dass der historische Gesetzesgeber einen mangelhaften und unbefriedigenden Gesetzestext erlassen hat. Gerichte dürfen diesen nicht zu korrigieren oder zu ergänzen suchen, da sie dadurch Aufgaben übernehmen würden, die verfassungsmäßig nicht der vollziehenden, sondern ausschließlich der gesetzgebenden Gewalt zukommen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs ist die Gesetzgebung im Sinne des rechtsstaatlichen Gedankens der Publizität des Gesetzesinhalts verpflichtet, der breiten Öffentlichkeit den Inhalt eines Gesetzesbeschlusses in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis zu bringen, um es den Normunterworfenen zu ermöglichen, sich der Norm gemäß zu verhalten. Diesem Erfordernis entspricht nach der Rechtsprechung weder eine Vorschrift, zu deren Sinnermittlung „*subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß*“ vonnöten sind, noch eine solche, zu deren Verständnis „*außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben*“ erforderlich sind. (Vgl. sogenannte „Denksport“-Judikatur des VfGH: zB VfSlg. 3130/1956, 12.420/1990, 13.740/1994, 16.381/2001.)

Der § 3g des NSDAP-Verbotsgesetzes steht somit nicht nur derzeit sondern auch idF. 279/ME im krassen Widerspruch zum rechtsstaatlichen Prinzip, da die Freiheitssphäre des Einzelnen durch eine deutliche Grenzziehung von dem Gebiet des Unerlaubten geschieden werden muss und das NSDAP-Verbotsgesetz diese Grenzziehung nicht vermag.

Zu § 3h VerbotsgG idF. 279/ME

Auch dieser Tatbestand wurde aufgegliedert und das zu § 3g Gesagte gilt im Wesentlichen auch für § 3h. Um die Anklage- und Verurteilungswahrscheinlichkeit zu erhöhen, soll einerseits das hier eingezogene Publizitätserfordernis nach unten korrigiert und aus „*gröblich verharmlost*“ soll „*verharmlost*“ werden. Dadurch erhofft man sich Träger von gelben Sternen mit der Aufschrift „ungeimpft“ oder Aussagen eines HC-Strache, von wegen WKR-Ball-Besucher seien „*die neuen Juden*“, strafrechtlich sanktionieren zu können. Für alle Fälle hat man hier auch

gleich die „*besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Tat*“ (Abs. 3) eingefügt.

Zu § 3m VerbotsG idF. 279/ME

Seit der OGH mit Entscheidung vom 10.10.2018 zu 13 Os 105/18t bzw. am 19.12.2018 zu 13 Os 130/18v ausgesprochen hat, wonach tatbestandsmäßiges Handeln iSd VerbotsG einen inländischen Tatort voraussetzt, sind Verfahren wie gegen den Humanisten Gerd Honsik nicht mehr möglich. Es soll aber künftig wieder möglich sein tadellose Deutsche, zumindest jene mit österreichischer Staatsbürgerschaft, die aus ihrem (bspw. spanischen) Exil heraus tätig werden, in Österreich vor ein Geschworenengericht zu zerren. Das ist der Hintergrund dieser Bestimmung, der nicht zu Unrecht den Gedanken an eine Weltpolizei aufkommen lässt.

Zu § 3n VerbotsG idF. 279/ME

Wie den Erläuterungen zum gegenständlichen Ministerialentwurf zu entnehmen ist, soll künftig nicht nur das (unkommentierte) Buch „Mein Kampf“ eingezogen werden können, sondern auch Bilder und Fotos. Konnex zu einer Straftat muss nach vorliegender Bestimmung keiner bestehen. Damit aber nicht auch Fotos aus dem Familienalbum oder Bücher aus Bibliotheken in der Asservatenkammer verschwinden, soll man „*Gewähr dafür*“ bieten können „*dass die Gegenstände nicht zur Begehung strafbarer Handlungen verwendet werden*“.

Nachgebildet ist diese Bestimmung dem § 5 NPSG. Während man im Hinblick auf Substanzen die unter das NPSG fallen wohl leicht zwischen dem Giftmischer und einer zur Produktion von Arzneien befähigten Person unterscheiden kann, soll hinsichtlich des Besitzes von historischen Büchern ein Gesinnungstest Aufschluss geben? In welche Richtung steuert dieses Land?

Prof. Guido Raimund